



Roj: **SAN 2457/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2457**

Id Cendoj: **28079230082014100381**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **26/05/2014**

Nº de Recurso: **358/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2457/2014,**
STS 1694/2017

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de mayo de dos mil catorce.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **358/12** 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 11 de abril de 2012, sobre Oferta de Referencia del servicio NEBA, 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 GOMEZ GARCIA, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, (TESAU), contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 11 de abril de 2012, que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, SAU.

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, declare contraria a derecho la resolución de la CMT el 10 de noviembre de 2011, así como la resolución de 10 de abril de 2012 en la medida que la confirma parcialmente, y anule las obligaciones de TESAU (i) de informar sobre la cobertura de los edificios pasados por FTTH; (ii) facilitar el acceso de la CMT mediante web services a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON; y (iii) proporcionar la provisión de alta de FTTH en un plazo de 10 días.

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 de todas las pretensiones de la parte actora.

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 21 mayo del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 11 de abril de 2012, por la que se resuelve -estimando en parte- el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U.

Dicha Resolución de 10/11/11, *RESUELVE:*

Primero.- Aprobar la oferta de referencia contenida en el anexo III. *Telefónica deberá publicarla en su página web www.movistar.es en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de la presente Resolución.*

[...]

Noveno.- *Telefónica deberá disponer los mecanismos oportunos para facilitar el acceso de esta Comisión, en modo consulta y mediante técnicas análogas a las empleadas por los operadores (Web Services), a los módulos de la plataforma NEON responsables de la gestión de información, averías e incidencias de provisión del conjunto de servicios mayoristas ofrecidos al amparo de ofertas reguladas, antes del 1 de julio de 2012.*

[...]

La resolución de 11/04/12, estima en parte el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la anterior resolución, y *RESUELVE:*

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U.

En atención a lo anterior, y de conformidad con el Fundamento de derecho Tercero, apartado c) de la presente Resolución, se modifica el último párrafo del apartado 2.3.2 de la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, que queda redactado de la siguiente manera:

"Por lo tanto, Telefónica deberá atender toda solicitud de LAG de varios puertos salvo limitación técnica justificada. Por ello, se debe añadir al documento de procedimientos la opción de disponer de más puertos en el LAG, hasta el máximo de ocho en el caso de puertos GbE, si bien no es necesario que dicha posibilidad esté disponible en la fecha de lanzamiento del servicio".

SEGUNDO.- Desestimar el resto de las alegaciones presentadas por Telefónica de España S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U.

[...].

SEGUNDO: Combate la entidad actora las anteriores resoluciones en lo que respecta únicamente a las obligaciones impuestas en relación con:

- la información de cobertura de los edificios pasados por FTTH (fibra hasta el hogar);
- facilitar el acceso de la CMT mediante web services a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON;
- proporcionar la provisión de alta de FTTH en un plazo de 10 días.

Se expone en la demanda que en cumplimiento de la exigencia incluida en el resuelve cuarto de la resolución de la CMT de 10 de noviembre de 2010, sobre la propuesta del nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha realizada por TESAU, con fecha 1 de marzo de 2011 esta entidad procedió a presentar a la CMT la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del nuevo servicio mayorista de banda ancha, recibiendo comunicación de la CMT sobre el inicio del procedimiento de revisión de la oferta de referencia del servicio NEBA propuesta por TESAU, con el objeto de examinar el contenido global de la oferta, salvo los aspectos de precio que serían objeto de un expediente separado. Tras la tramitación de dicho procedimiento, la CMT dictó la resolución de 10 noviembre 2011 por la que se aprueba la oferta de referencia del servicio NEBA, fijando para TESAU determinadas obligaciones, entre ellas las referidas al servicio de información de cobertura, el acceso a los WS NEON de averías e incidencias, y un plazo de provisión para NEBA FTTH.



TESAU recurrió en reposición dicha resolución, solicitando la revisión de la fecha de disponibilidad del servicio a 1 de enero de 2012, por ser necesario un aplazamiento de todos los hitos que forman parte de la implantación del servicio NEBA. Se alegaba desproporcionalidad de la obligación de información de cobertura, considerándola contraria al desarrollo del mercado de telecomunicaciones en España, indicando que podía comprometer la rentabilidad de la inversión a acometer para el despliegue de FTTH, que disponía de soluciones alternativas más adecuadas y que desincentiva el ánimo inversor del resto de los operadores en el servicio mayorista de acceso a registros y conductos y en el despliegue de FTTH en el interior de los edificios. Se denunciaba que cuatro de las obligaciones impuestas eran contrarias al objetivo de inversión eficiente marcado por el artículo 3 de la Ley 32/2003 ; que es técnicamente imposible implantar la medida consistente en cumplir con los SLAs en pares no validados sin que TESAU incurra en importantes perjuicios; que se han impuesto tres nuevas obligaciones que no estaban previstas en el informe de audiencia, entre ellas la supervisión por parte de la CMT mediante web services de los módulos de información, averías y solicitudes de NEON; e imposibilidad de proporcionar un plazo de provisión de alta FTTH de 10 días. Este recurso fue estimado en parte únicamente en un aspecto (obligación de TESAU de atender todas las solicitudes de LAG de varios puertos salvo limitación técnica justificada) desestimándose en el resto de cuestiones.

Articula la recurrente su pretensión anulatoria de determinadas obligaciones impuestas por CMT en las resoluciones impugnadas, sobre los siguientes motivos de impugnación:

1) La obligación de TESAU de suministrar información de cobertura de los edificios pasados por FTTH vulnera el secreto comercial y empresarial de esa entidad.

Razona que con esa obligación cualquier operador tendrá acceso a la información de la totalidad de fincas con acceso a FTTH de TESAU por el mero hecho de firmar la oferta de referencia del servicio NEBA, pudiendo darse la circunstancia de que un operador contrate el servicio aun cuando no tenga intención de hacer uso efectivo del mismo, con la única finalidad de conocer la cobertura de los servicios FTTH de TESAU, haciendo así pública una información que tiene carácter estratégico y debería quedar protegida por el secreto comercial y empresarial, máxime teniendo en cuenta que estamos en un momento incipiente de un mercado emergente de fibra, en el que los operadores que han apostado por este mercado están realizando importantes y costosas inversiones. TESAU no es dominante en este nuevo mercado de servicios de fibra, pues todos los operadores han partido de cero en el despliegue de esta nueva red de fibra óptica, por lo que desvelar los planes comerciales de la compañía puede desincentivar las inversiones y empobrecer las opciones de crecimiento y desarrollo, beneficiando a otros operadores que poseen una capacidad de inversión semejante. El conocimiento de esa información no es necesario para que el resto de operadores puedan desarrollar sus negocios. Por otra parte, la información enviada mensualmente por TESAU sobre las centrales telefónicas cubiertas con FTTH y el acceso de los operadores a un web service permite a los operadores tener información suficiente para decidir su posicionamiento estratégico global de inversión o de compra de servicios mayoristas a TESAU. Asimismo, facilitar esa información sería una amenaza para los operadores que están invirtiendo en fibra en España, como consecuencia de la posibilidad de compartición de las verticales de los edificios que brinda la resolución de la CMT de 12 febrero 2009, por la que se aprueba la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios. Se tacha de desproporcionada la medida, constituyendo una extralimitación por parte de la CMT en las facultades que posee para imponer obligaciones de transparencia, a la luz de lo establecido en artículo 9 de la Directiva de Acceso , vulnerando además el secreto comercial y empresarial de TESAU.

2) La obligación de TESAU de facilitar el acceso de la CMT mediante web services a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON vulnera los derechos fundamentales de la compañía.

Se trata de una obligación impuesta ex novo, que no se incluía en el informe de audiencia, que además facilita el acceso directo, completo y en tiempo real de la CMT a una determinada información, referida a todos los aspectos de los servicios mayoristas objeto de provisión a través de NEON y a todos los servicios de información asociados a las infraestructuras de soporte planta, entre ellos, los correspondientes a NEBA, pero no sólo a ellos. Entiende la recurrente que esa obligación vulnera su derecho a la intimidad constitucionalmente protegido, su derecho a la defensa (artículo 24 CE) y su derecho al secreto de las comunicaciones. La obligación impuesta no está amparada por ninguna de las normas que se invocan en los fundamentos de las resoluciones impugnadas (Directiva de Acceso, Reglamento de Mercados, artículo 48 LGTel) no pudiendo admitirse investigaciones prospectivas que afecten a derechos fundamentales. Careciendo la CMT de habilitación legal para imponer la obligación de acceso ws, y constituyendo una obligación desproporcionada.

3) La obligación impuesta a TESAU de proporcionar la provisión de alta de FTTH en un plazo de 10 días es irracional, arbitraria y vulnera el principio de seguridad jurídica.



Entiende la actora que dicha provisión supone efectuar todos los trabajos de alta del servicio NEBA FTTH, como validación, privación, establecimiento de ventana de instalación, etc. Existiendo una amplia casuística en este tipo de instalaciones que evidencia que en el 7,35% de las actuaciones la provisión finaliza en un tiempo superior a 20 días. Por ello, la obligación de provisionar el alta del servicio FTTH en 10 días incurre en arbitrariedad por cuanto dicho plazo resulta manifiestamente insuficiente, siendo evidente la irracionalidad de tal obligación pues TESAU supera ese plazo en "autoprestación" del mismo servicio. Por otra parte, tal obligación vulnera el requisito de la proporcionalidad al situar dicho plazo como umbral a partir del cual empezar a imponer penalizaciones por incumplimiento de los ANS de servicio, lo que supone que se penalice a TESAU por un porcentaje significativo de órdenes de alta, dado que habrá un importante número de órdenes de instalación que no serán protegidas en el plazo de 10 días. Añade que tan exiguo plazo no viene justificado por la necesidad de atender una urgente demanda del mercado, pues es un servicio con escasísimas solicitudes. La imposición de obligaciones cuyo cumplimiento no resulta racionalmente posible vulnera, a juicio de la recurrente, la seguridad jurídica.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso, invocando la inadmisibilidad del mismo por incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 45.2.d) LJCA, al no aportar la actora con el escrito de interposición el correspondiente acuerdo societario que acredite su voluntad clara e inequívoca de accionar contra la resolución impugnada. Y en cuanto al fondo, razona que en virtud de la regulación por la CMT del denominado Mercado 5 -mercado de acceso mayorista de banda ancha- TESAU está obligada a dar acceso a su red prestando unos servicios mayoristas de banda ancha, entre los que se encuentra el servicio NEBA, destinado a sustituir paulatinamente a los servicios previamente existentes en el mismo mercado (GigADSL y ADSL-IP). Dicho servicio comprende tanto las conexiones ADSL o VDSL basadas en la red de cobre como en la nueva red de fibra óptica ofreciendo por primera vez acceso mayorista a dicha nueva red. La CMT aprobó la descripción básica del servicio, su calendario de implantación y a continuación aprobó la correspondiente oferta de referencia, si bien la fecha de implantación se ha retrasado posteriormente de enero a julio de 2012, en resoluciones posteriores de la CMT. Se recuerda que la resolución de la CMT de 22 de enero de 2009, de definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a la infraestructura de la red en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, fue objeto de análisis por esta Sala en sentencia el 15 de octubre de 2011.

Dando respuesta a los concretos motivos de impugnación esgrimidos por la actora, señala el Abogado del Estado que no puede ser acogido el primero de ellos, pues con el sistema NEBA TESAU suministra a los operadores alternativos conexiones de abonado que ponen en comunicación al cliente final con el operador alternativo a través de un puerto de conexión previamente establecido en la capital de la provincia, de manera que el servicio está basado en el uso de la red de fibra de Telefónica, por lo que los servicios que los operadores alternativos pueden dirigir al mercado usando NEBA están estrechamente vinculados a las características de la red de Telefónica, entre las que se encuentra la cobertura. Por tanto, sin conocimiento de la cobertura de la red de fibra óptica no es posible que los operadores alternativos puedan ofrecer servicios basados en NEBA, siendo especialmente importante tal información en el caso de la red de fibra por su cobertura restringida que va aumentando paulatinamente. La recurrente ha ofrecido un servicio de consulta de domicilio individual, que se recoge en el epígrafe 3.3.3.1 del anexo I de la oferta de referencia NEBA, que si bien puede ser útil para confirmar las posibilidades de ofrecer el servicio a un cliente determinado, es insuficiente para que el operador pueda planificar su actividad comercial de forma precisa, para lo que necesitan una visión global del despliegue y potencialidad del mercado alcanzable con NEBA en su modalidad de fibra, por ello la obligación recogida en la oferta es la de identificar los edificios a los que se extiende la cobertura de la red de fibra. El sistema de información planteado por TESAU produciría una situación de discriminación, pues los operadores no podrán utilizar las herramientas idóneas para comercializar el servicio que sí estarían siendo utilizadas por la recurrente.

Por lo que respecta a la obligación impuesta en el *resuelve noveno* de la resolución de noviembre de 2011, señala que NEON es el sistema informático de gestión de las solicitudes de los operadores alternativos que desean acceder a los servicios mayoristas de TESAU, además de las incidencias que puedan presentarse durante su suministro e instalación inicial y durante su prestación efectiva. Dicho sistema utiliza para comunicarse con los operadores una tecnología conocida como "servicios web", que constituyen una herramienta útil para establecerse comunicaciones remotas entre máquinas de diferentes empresas u organizaciones, utilizando generalmente como medio Internet. Dado que TESAU dispone de esta herramienta, se estimó conveniente el acceso directo de la CMT a los ws de NEON al igual que ya lo hacen los operadores, aunque siempre en modo consulta, nunca con la posibilidad de enviar solicitudes al sistema. Con ello la CMT consigue recoger información sobre las actividades mayoristas de Telefónica, lo que facilita su labor de supervisión sin necesidad de llevar a cabo requerimientos concretos de información o la elaboración y



envío periódico de importantes conjuntos de indicadores de calidad por parte de Telefónica. Sin que quepa apreciar que con ello se vulnera el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o el derecho de defensa, pues se trata de una información de carácter eminentemente técnico y el acceso de la CMT no se enmarca en el seno de una investigación sino en el marco de las facultades de las que goza el regulador para supervisar las obligaciones específicas que han de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, correspondiendo a la CMT la facultad de definir los mercados pertinentes para establecer las obligaciones específicas (artículo 48.4 LGTel), y asimismo tiene atribuida (artículo 9 LGTel) la facultad de requerir toda la información precisa para llevar a cabo sus funciones de supervisión de las obligaciones que han sido impuestas, por lo que la medida cuestionada, de supervisión regulatoria, no es una inspección ni una inspección continua, no persigue unos objetivos particulares ni está limitada en el tiempo, tampoco tiene la consideración formal de actuación previa a la incoación del expediente sancionador. No puede considerarse una medida desproporcionada ya que guarda relación con el objetivo que persigue, la supervisión de las obligaciones específicas que la recurrente tiene en relación con los servicios mayoristas.

Por último, combate el tercer motivo de impugnación, señalando que el plazo establecido (10 días) es de días laborables, lo que equivale a dos semanas, y que la oferta de referencia contempla las denominadas "paradas de reloj" de modo que la presencia en determinadas solicitudes de problemas originados por causas ajenas a TESAU justifica que no se compute el tiempo transcurrido por dichas causas y los retrasos que concurran en dichas provisiones de alta puedan verse compensados sin necesidad de recurrir con carácter general a plazos de referencia excesivamente relajados.

En el escrito de conclusiones reitera el contenido de su escrito de contestación a la demanda, sin hacer mención a la causa de inadmisibilidad alegada, una vez subsanado por la entidad actora el defecto en el que se fundamentaba la misma.

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

Respecto al primer motivo, señala que la obligación impuesta a TESAU de información sobre los edificios pasados con FTTH es acorde con la legalidad vigente, ya que la CMT, tras analizar el mercado de referencia, ha concluido que sigue sin desarrollarse en un entorno de competencia efectiva. Entre las obligaciones que se contemplan en la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (Directiva de Acceso), la Ley 32/2003 y el Real Decreto 2296/2004 (Reglamento de Mercados) de posible imposición al operador con peso significativo en el mercado, se encuentra la de atenerse al principio de no discriminación, que se describe en el artículo 10 de la Directiva de Acceso, incluyendo el deber de proporcionar 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. La obligación controvertida va dirigida a procurar una mayor competencia en el mercado de banda ancha, lo que supone un interés de mayor protección que los invocados por la recurrente de no desvelar supuestos secretos comerciales. Para lograr el objetivo de mayor competencia es imprescindible prever en la oferta de referencia herramientas precisas para que los operadores puedan usar de forma efectiva los servicios mayoristas regulados, estando debidamente motivada la resolución impugnada en cuanto a esta cuestión. La normativa existente de ámbito europeo establece la necesidad de transparencia sobre la información discutida por TESAU, así una recomendación de la Comisión Europea 2010/572/UE, en relación con el acceso a los denominados "segmentos terminales en el caso de FTTH" recomienda que las autoridades nacionales de reglamentación deben obligar al operador con PSM a proporcionar información detallada sobre la arquitectura de la red de acceso, y que el operador con PSM debería estar obligado a proveer acceso a los puntos de distribución de acuerdo con el principio de equivalencia tal como se establece en el anexo II, en el cual se hace mención a que debería ser provista la localización geográfica de los puntos de distribución y una lista de los edificios conectados.

En cuanto a la obligación de disponer de mecanismos para que la CMT pueda consultar la herramienta utilizada por los operadores para provisión de servicios mayoristas por parte del TESAU, considera que la CMT ha motivado suficientemente la base legal que la facultad para imponer esa obligación. En ningún caso se trata de una intervención o intromisión ilegítima por parte de la CMT, cuyo acceso se limitaría a la consulta de información sobre el funcionamiento de los servicios mayoristas para facilitar su función de supervisión. La información susceptible de acceso por parte de la CMT es de naturaleza técnica por lo que el conocimiento de dicha información por el supervisor no puede vulnerar la intimidad negocial de la recurrente, pues la plataforma NEON sólo informa de interacciones informáticas que se desenvuelven durante el proceso de contratación y provisión de servicios mayoristas que TESAU debe ofrecer a los operadores alternativos. Por otra parte, la medida busca garantizar que se cumpla el principio de no discriminación, en la medida en que supervisa si el tratamiento dispensado a los operadores en la provisión de estos servicios es o no más desfavorable que el que se presta a sí misma. Dado que la plataforma NEON no incluye ninguna función de interacción entre



los operadores que pueda calificarse como sistema de comunicación susceptible de interceptación, no puede considerarse vulnerado el secreto de las comunicaciones, limitándose el ámbito de la consulta a campos técnicos normalizados estrictamente necesarios para comprobar que se están cumpliendo correctamente las obligaciones de provisión de servicios mayoristas.

En cuanto al plazo impuesto para el suministro del servicio, se alega que la resolución recurrida motiva con extensión la viabilidad del cumplimiento de dicho plazo, teniendo en cuenta que existen mecanismos para cubrir las incidencias relevantes que puedan producirse durante los trabajos de instalación de fibra, como las denominadas paradas de reloj.

QUINTO: Planteada la litis en los términos expuestos, los acuerdos de las resoluciones de la CMT de 10/11/11 y 11/04/12 sometidos a juicio de legalidad son únicamente los referidos a los tres aspectos arriba mencionados, en relación con la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA (Nuevo servicio Ethernet de acceso mayorista de Banda Ancha).

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas se ha de partir del contexto en que se establecen las obligaciones impuestas a TESAU objeto de controversia, así como del ámbito competencial en que tales obligaciones se imponen, dado que se trata de obligaciones con vocación de permanencia por tiempo indeterminado y que la normativa legal de aplicación ha variado desde que se dictaron las resoluciones impugnadas.

Tal como se consigna en la resolución de 10/11/11, la CMT introduce cambios en la oferta de referencia de acceso mayorista de banda ancha, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento MAN. Por otra parte, el art. 48.3 de la Ley 32/2003, en la redacción dada por la Disposición final trigésima cuarta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, establecía como función de la CMT "el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos."

Al margen de la reciente derogación de la Ley 32/2003 por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, en lo que ahora nos ocupa, tal como señala la actora, en virtud de la disposición derogatoria, apartado c), de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (por tanto posterior a las resoluciones aquí impugnadas), ha quedado derogado el citado artículo 48 de la Ley 32/2003, a excepción de su apartado 4. No obstante, ello no significa que se haya eliminado la función de supervisión del mercado de las telecomunicaciones, puesto que esa función ha sido asumida por el nuevo regulador (art. 5 Ley 3/2013). Concretamente, el artículo 6 de dicha Ley establece:

«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.»*

Por otra parte, las resoluciones a las que se contrae este recurso vienen precedidas por la resolución de la CMT de fecha 22 de enero de 2009, de análisis de los mercados 4 y 5 (mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y mercado de acceso de banda ancha al por mayor), que determinó



que Telefónica tiene individualmente poder significativo en el mercado 5. El "Resuelve" de dicha resolución establece:

"Primero. Aprobar la definición y análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, tal como recoge el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución).

Tercero. Considerar que el mercado mayorista de banda ancha al por mayor en España es un mercado de referencia que puede ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones .

Cuarto. Determinar que los citados mercados de referencia no son realmente competitivos, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 4, artículo 16, de la citada Directiva Marco y en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones .

Quinto. Considerar que Telefónica de España, S A U en los términos recogidos en los apartados II.3 y III.3 del Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución, tiene poder significativo de mercado en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo II, apartado 8 de la Ley General de Telecomunicaciones .

(...)"

Se establecía en esa resolución que Telefónica debe ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha que cumpla los siguientes requisitos:

Opciones suficientes, tanto en términos de parámetros de calidad como de estructura de precios que permitan la configuración flexible de productos minoristas así como su independencia de las ofertas minoristas de Telefónica.

Oferta de conexiones sin vinculación al servicio telefónico de Telefónica.

Interfaces de conexión que incluyan el tráfico de la red de agregación Ethernet.

Número de puntos de entrega sensiblemente inferior a los actuales del servicio GigADSL. La estructura de las demarcaciones se hará considerando el total del territorio y la población nacional.

Puntos de entrega coincidentes con puntos del actual servicio GigADSL.

En esta resolución de análisis de mercados, se estableció que Telefónica debía ofrecer un nuevo servicio mayorista de banda ancha, el cual una vez esté disponible permitirá la desregulación de GigADSL y ADSL-IP en los ámbitos coincidentes de cobertura.

Contra la anterior resolución TESAU interpuso recurso contencioso administrativo (rec. 353/09), en el que postuló su anulación, y en el que recayó sentencia desestimatoria de fecha 15/10/11 .

Con fecha 11 de noviembre de 2010, se aprobó la Resolución en la que se especificaron las características de NEBA, como nuevo servicio de acceso indirecto de banda ancha destinado a dar cumplimiento a las obligaciones impuestas en el análisis de los mercados 4 y 5, incluyendo las prestaciones de telefonía IP requeridas por el mercado 2 . En ella se impuso a Telefónica, entre otras, la obligación de remitir la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del servicio aprobada en la resolución citada.

SEXTO: Conforme a lo anterior, con fecha 1 de marzo de 2011 remitió Telefónica su propuesta y la Comisión inició un procedimiento administrativo de revisión de la misma (DT 2011/738), con el objeto de examinar su contenido global, salvo los aspectos de precios. Procedimiento que concluyó con la resolución aquí impugnada, en la que se realiza el análisis de los diversos aspectos de la oferta presentada por TESAU y, en relación con la información de cobertura, se indica que Orange apunta que resulta imperativo que se suministre la información de cobertura de fibra de forma que el operador alternativo pueda conocer a priori, y sin necesidad de lanzar una o múltiples consultas individuales sobre domicilios concretos, la disponibilidad de NEBA-fibra en un área de cobertura determinada.

Entiende la Comisión que, «en efecto, la consulta de cobertura de un domicilio concreto, que puede ser primordial y jugar un papel muy válido en la operativa comercial, no puede ser el único elemento de información de la cobertura. Para la planificación de las actuaciones comerciales de los operadores, se hace necesario que dispongan también de una visión global del despliegue y de la potencialidad del mercado alcanzable con NEBA-fibra, de modo análogo a la que Telefónica ofrece internamente a sus divisiones comerciales. Resulta claro que no planea Telefónica su actividad comercial basándose en información puntual de domicilios concretos, sino que emplea una información global del despliegue, por ejemplo para utilizar soportes publicitarios localizados.

Se razona, además, que esa Comisión ya se ha pronunciado en el caso de la solución de reventa de servicios FTTH sobre la necesidad de ofrecer a nivel mayorista la referida información, para que los operadores puedan planificar sus actuaciones, concluyendo que Telefónica deberá proporcionar *"la relación actualizada de fincas pasadas (edificios) donde pueda ofrecerse servicios FTTH"* a los operadores que firmen el contrato del servicio de reventa.

Por ello, se entiende que el servicio NEBA debe incluir el suministro de una relación de los edificios en cobertura para los servicios de fibra (identificados por la población, tipo de vía, nombre de vía, número y código GESCAL correspondiente de la finca) y ser actualizada periódicamente de forma que los operadores puedan dirigir sus ofertas al mercado de forma no discriminatoria.»

Impugna la actora esta obligación de información de cobertura, por las razones arriba expuestas. Por una parte, discute su posición de dominio en este mercado de servicios de fibra óptica, considera que la CMT se extralimita en sus funciones de imponer obligaciones de transparencia, la obligación que le impone no está debidamente justificada ni amparada por la normativa de aplicación y vulnera el secreto comercial y empresarial de TESAU, existiendo alternativas a esa obligación de información suficientes para que los operadores alternativos puedan decidir su posicionamiento comercial respecto del servicio mayorista que ofrece TESAU.

Entiende la Sala que no cabe acoger este primer motivo de impugnación.

Y ello porque no se aprecia que la CMT se haya excedido en sus facultades de imponer obligaciones en el marco regulatorio de los mercados, desde el prisma de la garantía de la libre competencia, ni que la medida sea desproporcionada e injustificada. Por el contrario, en las resoluciones recurridas se hace una precisa y razonada fundamentación al respecto, incidiendo en la cobertura legal de la obligación, la necesidad y pertinencia de la misma, habiendo sido impuesta en un procedimiento ajustado a la normativa vigente, con observancia de los derechos de defensa y contradicción.

Y ello partiendo del hecho, ahora incuestionable en este recurso, de que en otra resolución, confirmada por esta Sala -a la que se ha hecho referencia- se declaró que este mercado 5 no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva y se declara a TESAU operador con poder significativo en dicho mercado (PSM), lo que justifica la imposición de aquellas obligaciones que, dentro de las amparadas por la normativa vigente, permitan garantizar esa competencia efectiva, eliminando situaciones discriminatorias y de falta de transparencia para los operadores alternativos. Por otra parte, la Comisión razona sobre los motivos por los que no considera suficiente y adecuado el sistema alternativo de información que ofrece TESAU, a través de un *web service*, desde la perspectiva de prestación del servicio en igualdad de condiciones. Añadiendo que esa información que Telefónica considera desproporcionada, es la misma que ofrece en el caso de compartición de verticales, en el que Telefónica debe ofrecer dicha información a aquellos operadores que firmen un acuerdo de coinversión en el tramo de acceso al edificio/vivienda. Y se recuerda que el apartado 18 de la Recomendación de la Comisión 2010/572/UE, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA), en relación con el acceso a los "segmentos terminales en el caso de FTTH" recomienda que *"... las ANRs deberían obligar al operador con PSM a proporcionar información detallada sobre la arquitectura de la red de acceso..."*

La cuestionada obligación de información de cobertura que se impone a TESAU tiene amparo en el artículo 10 de la Directiva de Acceso (D. 2002/19/CE), que dispone:

«1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, las autoridades nacionales de reglamentación estarán facultadas para imponer obligaciones de no discriminación en relación con la interconexión o el acceso.

2. Las obligaciones de no discriminación garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas 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 Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (RD 2296/2004), en su artículo 4 otorga a la CMT la competencia para imponer al operador con poder significativo en dicho mercado obligaciones apropiadas, que tratándose de mercados mayoristas se recogen en el capítulo III, entre las que se encuentran las de información sobre las características de las redes, especificaciones técnicas y condiciones de suministro y utilización (art. 7.1). Añadiendo este precepto:

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



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

a) La localización y la descripción de los puntos en los que se ofrece el acceso, incluyendo, en su caso, los niveles de red o área de cobertura asociados a cada uno de ellos y su numeración asociada.

3. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo (...)"

No cabe duda de la relevancia que para los operadores tiene esa información de edificios pasados por FTTH, en el desarrollo de su actividad empresarial en este mercado regulado en condiciones de igualdad y transparencia, pues la planificación de su actividad y la oferta que pueda hacer a sus clientes o potenciales clientes requiere conocer la estructura de red de Telefónica. Por lo que, tanto en el aspecto formal como material, la obligación está justificada y debidamente motivada. No cabe tampoco, a la luz de la normativa citada, apreciar extralimitación por parte de la CMT, como Autoridad Nacional de Reglamentación, en el ejercicio de sus funciones de imponer obligaciones a los operadores con PSM para garantizar que ese mercado se desarrolle en condiciones de competencia efectiva.

SÉPTIMO: Entrando en el análisis del tercero de los motivos de impugnación (alterando la sistemática de la demanda), se ha de significar que el plazo de 10 días establecido para la provisión del acceso al sistema NEBA FTTH, se justifica en la resolución de 10/11/11, comparando los trabajos de alta recogidos en NEBA con los previstos en la OBA para el cobre, entendiendo la CMT que no es necesario establecer diferencias significativas en los SLA correspondientes a esos servicios. Concretamente se razona que la modalidad de alta sobre ocupado, al no requerir la instalación de recursos de acceso, se estima completamente equiparable tanto en las actuaciones necesarias como en los plazos máximos asociados a las mismas. Además, la propuesta de Telefónica no incluye el plazo aplicable a alta sobre ocupado con instalación en domicilio, con lo que puede fijarse en 8 días a la vista del resto de referencias. En la modalidad de alta sobre vacante se admiten determinadas diferencias derivadas de la distinta naturaleza de los recursos que deben instalarse, precisando que la instalación de recursos ópticos se encuentra en una fase incipiente con una experiencia limitada, especialmente si se compara con la red de cobre, existiendo una necesidad de personal cualificado ante la mayor complejidad de los trabajos necesarios. Por ello se considera razonable que el plazo para el alta sobre vacante NEBA se amplíe en dos días adicionales con respecto al considerado para el alta sobre vacante OBA, lo que resulta en 10 días laborables. Se rechaza el plazo propuesto por Telefónica -que se estima desproporcionado- exponiendo las concretas razones para ello y señalando que, para aquellas situaciones imprevistas y excepcionales que se puedan plantear, que impliquen un retraso de las actuaciones, ya existen mecanismos compensatorios (paradas de reloj) admitidos por la Comisión y usados por Telefónica habitualmente.

En la resolución de 11/04/12 se añade que de los datos que presenta Telefónica acerca del servicio minorista FTTH se desprende una reducción de los plazos históricos de provisión superior al 50% en un único semestre (el primero de 2011) hasta situarse el plazo medio de provisión en 6 días. Lo que evidencia una fuerte tendencia a la baja hacia valores muy inferiores al establecido.

Pues bien, sin perjuicio de las razones que puedan asistir a la recurrente para considerar que el plazo establecido pueda ser escaso en determinadas ocasiones, lo que no cabe admitir es la denuncia de que ese plazo es irracional, arbitrario o que vulnera el principio de seguridad jurídica. Puesto que el plazo impugnado se ha establecido en el curso de un procedimiento contradictorio, en el que se ha oído a todos los operadores interesados, se han emitido informes por los servicios de la Comisión y se ha valorado las circunstancias concurrentes y las distintas situaciones en las que se han de desarrollar los trabajos, teniendo en cuenta las características técnicas de los mismos y la experiencia ya existente en la implantación y acceso a otros sistemas y servicios. Y en las resoluciones impugnadas se da precisa cuenta de los motivos en los que se fundamenta el acuerdo combatido.

No se deriva de la documentación obrante en el expediente razón alguna que justifique que el criterio de la CMT sea sustituido por el que defiende la parte actora.

Por lo que el motivo de impugnación ha de ser rechazado.

OCTAVO: Por lo que respecta al segundo de los motivos de impugnación, sobre la obligación impuesta a TESAU de facilitar el acceso de la CMT mediante "web services" a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON, el análisis sobre la adecuación a Derecho de tal obligación debe partir del ámbito de actuación del órgano regulador en que tal obligación se sitúa.

Inicialmente, en lo que se refiere a la posible vulneración de derechos fundamentales, que denuncia la recurrente en los términos arriba expuestos, se han de rechazar los argumentos de la actora, en consonancia con lo expuesto por esta Sala en su sentencia de fecha 26 de julio de 2013, en la que se desestima el



recurso que por el procedimiento especial de Protección de Derechos Fundamentales promovió TESAU contra la resolución de la CMT de fecha 5 de julio de 2012, sobre revisión de la oferta mayorista de acceso a registros y conductos (Resolución MARCo).

La citada sentencia se hace eco de la doctrina jurisprudencial en la que se analiza la invocación de vulneración del derecho a la intimidad negocial, entendiendo el Tribunal Supremo que el derecho a la reserva sobre determinados ámbitos de la actividad de la empresa y sus medios y recursos no descansa en el derecho a la intimidad sino en otros títulos jurídicos, como los que ofrecen los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa. Se rechaza que se produzca vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por la imposición a TESAU de la obligación de dar acceso a la CMT a determinado sistema de gestión de servicios, razonando que:

"De la doctrina citada, así como las sentencias que cita la parte recurrente y las que también cita la parte demandada, tanto del TEDH, como del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo podemos concluir que la protección del derecho a la intimidad tiene una menor intensidad, de poder ser reconocido, cuando se trata de personas jurídicas -como en nuestro caso- si bien existe un ámbito de protección en el núcleo esencial de la propia dirección y decisión empresarial que tiene rango constitucional. Dicho núcleo esencial tendría, en todo caso, perfiles difusos, no establecidos con claridad por la doctrina citada y parece ligado al concepto de domicilio. Así, la STC 22/2003, de 10 de febrero, afirma: "aunque el objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5 ; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2 ; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6 ; 10/2002, de 17 de enero, FFJJ 5 y 6) hemos reconocido también su titularidad a las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre), de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar (ATC 257/1985, de 17 de abril, FJ 2)".

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

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

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

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

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



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

Se transcribe parcialmente la sentencia del TS de 27/12/10, que examina el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones en un recurso interpuesto por Telefónica contra una actuación de la CMT. Se desestima la pretendida vulneración del derecho a la intimidad y se dice en dicha sentencia, respecto del secreto de las comunicaciones:

"En efecto, está debidamente motivada porque explica, ante las posiciones de las partes, el enfoque que considera procedente: el derecho al secreto de las comunicaciones invocado en el proceso debe situarse en el particular contexto en el que surge la controversia. Contexto que no es otro que el de la comprobación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de cómo suministra TELEFÓNICA, operadora con una singular posición, especialmente sujeta a la Administración por el interés público de su actividad, un específico servicio a YACOM. Sitúa, pues, el litigio en torno al alcance del control de las redes previsto por el artículo 50.6 de la Ley General de Telecomunicaciones el cual incluye la monitorización de las llamadas por ser necesaria para verificar la existencia de irregularidades y concluye que la actuación cuestionada se ajustó plenamente a ella. Conclusión que deriva tanto de su interpretación de ese precepto, como del sentido que ha de tener el secreto de las comunicaciones en este caso en el que no cabe hablar de comunicaciones privadas sino de controles técnicos efectuados a empresas dedicadas a ellas relacionados con la prestación del servicio".

NOVENO: Dicho lo anterior, procede ahora examinar la adecuación a derecho de la obligación cuestionada desde la perspectiva de la legalidad ordinaria.

Justifica la CMT la imposición de dicha obligación razonando, en síntesis, que necesita disponer de un acceso directo, completo y en tiempo real a la información relativa a las bases de datos de información relativas a sistemas de provisión mayorista, incluyendo la información sobre averías e incidencias de dichos servicios, para ejercer debidamente sus competencias de supervisión de los servicios mayoristas prestados al amparo de una oferta regulada y no depender de informes de parte y generados a posteriori. El acceso a los módulos de la plataforma NEON implicados, tanto de NEBA como, por extensión, del resto de servicios mayoristas (pe. prolongación de par y ADSL-IP), se configura en modo de consulta y mediante técnicas análogas a las empleadas por los operadores, con el fin de disponer de visibilidad de todas las averías e incidencias tramitadas por la plataforma, con independencia del operador que las haya iniciado.

Al resolver el recurso de reposición contra la resolución en la que se impone tal obligación, dando respuesta a los motivos de impugnación esgrimidos por telefónica, se añade que el informe de audiencia constituye un trámite de puesta en conocimiento de los interesados de lo actuado en el procedimiento y del criterio provisional de los Servicios sobre el resultado de la tramitación del expediente, que ni tiene porqué ser el criterio definitivo de los Servicios, pues las alegaciones a dicho trámite pueden cambiar el criterio comunicado ni, en última instancia, tienen que constituir el criterio final de la CMT, que se expresa en decisión del Consejo, y mediante la correspondiente resolución. Tampoco resulta necesaria la motivación del cambio de criterio respecto del expresado en el informe de los servicios, puesto que no es este ninguno de los supuestos previstos en el artículo 54 de la LRJPAC en los que se exija necesariamente la motivación del acto. Concretamente, y considerando especialmente el apartado d) del artículo 54, que requiere la motivación del acto cuando se aparte del dictamen de órganos consultivos, cabe decir que ni los servicios son un órgano consultivo en el sentido del citado artículo, ni el informe es un dictamen, puesto que el dictamen es un acto de instrucción emitido por un tercero distinto al instructor para contribuir a definir la propuesta que se vaya a elevar, mientras que el informe de los servicios constituye, como se ha dicho, un avance del criterio inicial del instructor, y que no vincula al Consejo.

Sobre las cuestiones de fondo esgrimidas por Telefónica en su recurso de reposición, se argumenta que nos encontramos ante la revisión de la propuesta de la oferta de referencia que Telefónica viene obligada a presentar, como consecuencia de las obligaciones de transparencia y no discriminación impuestas al operador como consecuencia del análisis del mercado 5, y la declaración de su condición de operador con poder significativo en el mismo. Que el artículo 9 de la Directiva de acceso, regula la obligación de transparencia, y establece que cuando se impongan a un operador obligaciones de no discriminación, las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a dicho operador que publique un oferta de referencia. Y que las autoridades nacionales de reglamentación " *podrán determinar la información concreta que deberá ponerse a disposición, el nivel de detalle exigido y la modalidad de publicación* ". Se añade que en los mismos términos se expresa el Reglamento de Mercados, en su artículo 7 .



Entiende el regulador que la obligación de facilitarle el acceso a los módulos de la plataforma NEON encuentra cobertura legal en las normas citadas y en la definición del mercado 5, siendo la resolución recurrida una más del desarrollo de las decisiones contenidas en la citada Resolución. Por otra parte, conforme al artículo 48.3 de la LGTel, la Comisión tiene por objeto la supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, y en virtud del artículo 46.1 letra d) tiene atribuida la facultad de requerir en el ámbito de su actuación la información necesaria para el cumplimiento de sus fines. El mero acceso en modo consulta a una plataforma informática no puede calificarse de "intervención", ya que no pretende modificar los datos contenidos en la misma ni orientar en modo alguno la actividad de sus usuarios, es decir, influir en los procesos comerciales entre operadores y Telefónica. Asimismo, no se puede calificar la medida como de "inspección continua", ya que no persigue objetivos particulares, ni está limitada en el tiempo, ni tiene la consideración formal de actuación previa a la incoación de un expediente. Por ello, tampoco cabe calificar este acceso como una medida "desproporcionada", ya que guarda relación directa con el objetivo que se persigue, que es precisamente la supervisión de las obligaciones específicas que Telefónica tiene en relación con sus servicios mayoristas. Para que esta supervisión sea efectiva es necesario disponer de información de primera mano. Además, dicha supervisión se verificaría mediante el acceso a la información por los medios ya dispuestos por Telefónica para el resto de usuarios (servicios web), con lo que el impacto de la medida debería ser lógicamente reducido. Se trata de una medida de gran eficiencia desde el punto de vista operativo, puesto que se facilitará así a la Comisión la información que necesita de manera rápida, eficaz, barata y ágil para Telefónica, evitando lo que de otro modo serían voluminosas peticiones de información que resultarían engorrosas a la hora de ser atendidas mediante procedimientos manuales. Respecto de la causa inmediata que justifica la medida, se señala: la existencia de una cierta conflictividad en las relaciones entre Telefónica y los operadores que hacen uso de sus servicios mayoristas regulados; a fin de resolver posibles situaciones contradictorias, donde las versiones de las partes pueden ser profundamente dispares, es preciso disponer de información fiable e independiente, y así pueden considerarse, hasta cierto punto, los datos obtenidos en bruto directamente de la plataforma NEON. En cuanto a la posible extralimitación del ámbito de aplicación del expediente, que según Telefónica se produciría al extenderse la obligación no sólo a NEBA, sino a todos servicios soportados por NEON, se razona que, en primer lugar, la Resolución recurrida no sólo aborda aspectos de la oferta NEBA, sino que igualmente trata de otros servicios como el indirecto ADSL-IP, fuertemente relacionados con el propio NEBA. Por otro lado, la plataforma NEON es la que soportará el conjunto de servicios mayoristas regulados, incluyendo, junto a NEBA y ADSL-IP, el acceso al bucle desagregado (OBA), o el servicio AMLT. Se trata de servicios soportados en una misma plataforma y mediante idénticas tecnologías, por lo que facilitar el acceso de esta Comisión a otros servicios adicionales a NEBA debería suponer un esfuerzo marginal.

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

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

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

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

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

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

Dispone el art. 4:

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

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

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

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

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

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

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

3. (...)»

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

UNDÉCIMO : Todo ello, sin que la Sala, en atención a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, aprecie la concurrencia de méritos que justifiquen la condena en costas.

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

FALLAMOS

Que **estimamos en parte** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**, contra las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de noviembre de 2011 y de 10 de abril de 2012, a las que la demanda se contrae, y anulamos el "resuelve noveno" de la primera de dichas resoluciones, en cuanto a la obligación impuesta a TELEFONICA de facilitar el acceso de la CMT mediante web services a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON. Desestimando el resto de las pretensiones de la demanda.

Sin hacer condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA, y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.