



Roj: **STS 1694/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1694**

Id Cendoj: **28079130032017100181**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/05/2017**

Nº de Recurso: **2608/2014**

Nº de Resolución: **741/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

En Madrid, a 3 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **2608/2014**, interpuesto por la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de mayo de 2014 en el recurso contencioso-administrativo número 358/2012. Es parte recurrida Telefónica de España, S.A.U., representada por la procuradora D.ª Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de D. Andrés González de la Aleja Gregorio.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 26 de mayo de 2014, por la que se estimaba en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de noviembre de 2011 sobre la propuestas de oferta de referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U. (expte. DT 2011/738), así como contra la resolución del mismo órgano dictada en fecha 11 de abril de 2012, por la que se resolvía el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la anterior.

La citada sentencia anula el resuelve noveno de la primera de las resoluciones administrativas, en cuanto a la obligación interpuesta a Telefónica de facilitar el acceso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante web services a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON, desestimando el resto de pretensiones formuladas por Telefónica de España, S.A.U.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala de instancia de fecha 30 de junio de 2014, que también acordaba emplazar a las partes para su comparecencia ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado los mismos al Abogado del Estado para que manifestara si sostenía el recurso de casación, lo que ha realizado presentando el escrito por el que interpone el mismo, formulando un único motivo al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 9.3 de la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión,



en relación con los artículos 46.1.d), 48.3 , 48.4.e) y 48.4.g) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones ; con los artículos 4.1 , 4.2 , 7.1 , 7.2 y 12 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración; con el artículo 8.5 de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; así como la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de enero de 2009 relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia casando y anulando la recurrida para, en su lugar, dictar nueva sentencia por la que se declare la conformidad a derecho en su integridad de los acuerdos del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de abril de 2012 y 10 de noviembre de 2011, por tanto el "resuelve noveno" de dichas decisiones, con la consiguiente desestimación íntegra del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. en la instancia; con costas.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 29 de octubre de 2014.

CUARTO .- Personada Telefónica de España, S.A.U., su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se inadmita o, en su caso, se desestime el recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 23 de enero de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 28 de febrero de 2017, habiéndose prolongado las deliberaciones en sucesivas sesiones.

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

SÉPTIMO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

El Abogado del Estado impugna en casación la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de mayo de 2014 . La Sentencia recurrida estima en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 358/2012 , interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. (TESAU), contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 11 de abril de 2012 (AJ 2011/2739), sobre la propuesta de la Oferta de Referencia del servicio NEBA remitida por TESAU (DT 2011/738).

El Abogado del Estado invoca un único motivo de casación , al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , en el que denuncia la vulneración del artículo 9.3 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (directiva de acceso), en relación con los artículos 46.1.d) y 48, apartados 3 y 4, letras e) y g) de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones , así como del resto de preceptos legales y reglamentarios enumerados en los antecedentes.

Frente a las consideraciones de la sentencia impugnada, sostiene la parte recurrente en casación que existe cobertura normativa para la obligación establecida en la cláusula anulada en la sentencia, que la medida es proporcionada y razonable, y que ha existido audiencia de Telefónica.

SEGUNDO .- Sobre el conflicto en la instancia.

De conformidad con la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de noviembre de 2010, Telefónica de España remitió el 23 de marzo de 2010 al citado organismo la oferta de referencia del servicio indirecto de banda ancha (NEBA). Mediante resolución de 10 de noviembre de 2011 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la referida oferta de referencia, en los siguientes términos, en lo que ahora importa:

« **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. (...).».

Interpuesto por Telefónica recurso de reposición, el mismo fue estimado en parte por resolución de 11 de abril de 2012, en la que se 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.»

La citada mercantil interpuso recurso contencioso-administrativo contra las anteriores resoluciones en lo que respecta únicamente a las siguientes obligaciones:

- proporcionar información de cobertura de los edificios pasados por FTTH (fibra hasta el hogar), por entender que dicha información vulnera el secreto comercial y empresarial de TESAU;
- facilitar el acceso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante *web services* a los módulos de NEON de información, averías e incidencias de provisión de solicitudes, por considerar que esta obligación vulnera los derechos fundamentales de la compañía;
- proporcionar la provisión de alta de FTTH en un plazo de 10 días, considerando que es una obligación irracional, arbitraria y vulneradora del principio de seguridad jurídica.

Así pues, los acuerdos de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de noviembre de 2011 y 11 de abril de 2012 sometidos a juicio de legalidad en la instancia fueron 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).

En los fundamentos de derecho sexto y séptimo la sentencia rechaza los motivos de impugnación primero y tercero. En el fundamento de derecho octavo examina el segundo motivo, desde la perspectiva de la vulneración de derechos fundamentales, que igualmente rechaza.

Sin embargo, en el fundamento de derecho décimo examina la Sala de instancia la adecuación a derecho de la obligación cuestionada en el referido motivo segundo desde la perspectiva de la legalidad ordinaria y estima el mismo, que, en consecuencia, es al único que se refiere el recurso de casación del Abogado del Estado y al que deberá ceñirse la presente sentencia.

TERCERO .- Sobre la posición de la Sentencia recurrida respecto a la obligación de proporcionar acceso a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a determinados servicios web.

Como hemos avanzado antes, la Sala de instancia examina en los fundamentos de derecho noveno y décimo desde la perspectiva de la legalidad ordinaria la obligación de proporcionar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante servicios web a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON. En ellos se afirma:

«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 sometido a unos límites sujetos a exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que la actuación administrativa deberá extenderse a todo lo necesario para resolver el conflicto suscitado, sin límites cuantitativos mínimos y máximos, 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.»

Como puede comprobarse, la sentencia de instancia estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TESAU contra los acuerdos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 10 de noviembre de 2011 y 10 de abril de 2012, anulando el resuelve "noveno" de la primera de las resoluciones -mantenido en la segunda al resolver la reposición- en cuanto a la obligación que se impone a Telefónica de facilitar el acceso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante *web services* a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON.

La sentencia impugnada considera que este "resuelve noveno" no se ajusta a derecho porque la facultad que recoge no tiene cobertura normativa; porque resulta desproporcionado para la finalidad perseguida y porque no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido que exige información pública y audiencia para imponer esta obligación.

A juicio de la Abogacía del Estado, la sentencia recurrida resuelve con infracción del ordenamiento jurídico porque existe cobertura normativa que ampara la obligación establecida, la medida es proporcionada y razonable y, en fin, habría existido audiencia de Telefónica.

Tras unas consideraciones generales sobre la obligación impuesta a Telefónica y que constituye el objeto de esta casación, examinamos las alegaciones de la Abogacía del Estado, así como la normativa aplicable al caso.

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

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

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

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

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

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

En tanto que servicio de acceso mayorista a la red de Telefónica, NEBA está destinado a que los operadores alternativos puedan ofrecer servicios a sus clientes usando la red de cobre y fibra de Telefónica. Telefónica suministra al operador alternativo conexiones de abonado que ponen en comunicación al cliente final con el operador alternativo a través de un puerto de conexión previamente establecido en la capital de la provincia. El servicio NEBA comprende tanto las conexiones ADSL o VDSL basadas en la red de cobre como las basadas en la nueva red de fibra óptica, ofreciendo por primera vez acceso mayorista a dicha nueva red.

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



b. La plataforma NEON.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



hemos resaltado que los artículos que se citan por la Administración no suponen cobertura suficiente para la obligación de acceso que se impone. Y mantenemos la misma conclusión a que acabamos de referirnos, por lo que procede la estimación del recurso en este extremo". Esta sentencia pende del recurso de casación núm. 685/2015 .

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

QUINTO .- Regulación aplicable.

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

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

[...]

3. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.ª Pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser



contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará a la Comisión Nacional de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen determinante. Cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en su caso, resuelva, sólo podrá disentir del contenido del dictamen determinante de forma expresamente motivada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

- c) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.
- d) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas.
- e) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.
- f) Aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.
- g) Adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras comisiones nacionales de competencia de los Estados miembros previstos en la normativa comunitaria y, en particular, en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus normas de desarrollo.
- h) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.
- i) Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

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

- a) Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.
- b) Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.
- c) Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.
- d) Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

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

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

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



[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

a) la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, a la vista del ritmo de desarrollo del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza y el tipo de interconexión o acceso de que se trate, incluida la viabilidad de otros productos de acceso previo, como el acceso a conductos,

b) la posibilidad de proporcionar el acceso propuesto, en relación con la capacidad disponible,

- c) la inversión inicial del propietario de los recursos, sin olvidar las inversiones públicas realizadas ni los riesgos inherentes a las inversiones,
- d) la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo, prestando especial atención a la competencia económicamente eficiente basada en las infraestructuras,
- e) cuando proceda, los derechos pertinentes en materia de propiedad intelectual, y
- f) el suministro de servicios paneuropeos."

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

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

"Artículo 9

Obligación de transparencia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el título III del Código de Comercio y en el capítulo VII del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá establecer el contenido y el grado de concreción con la que se deberá hacer pública dicha información, así como la forma y periodicidad de su publicación.

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



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

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

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

3. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; también entenderá de los conflictos que en relación con estos accesos se planteen entre los operadores, tanto durante la negociación de los acuerdos como durante su ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 23.3.a).

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

Pues bien, a la vista de estas previsiones legales es preciso estimar el recurso del Abogado del Estado. En efecto, como vamos a ver en el siguiente fundamento de derecho, la obligación controvertida de proporcionar acceso al organismo regulador a los referidos servicios web tiene una sólida cobertura normativa (fundamento sexto); no puede ser calificada de desproporcionada o excesivamente intrusiva (fundamento séptimo); y, en fin, al establecerla no se han vulnerado los principios de información pública y audiencia (fundamento octavo).

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

El Abogado del Estado basa la conformidad a derecho de la obligación impuesta a Telefónica en las obligaciones de transparencia y no discriminación que Telefónica debe asumir en virtud de la regulación de los mercados mayoristas de banda ancha, así como en la función de supervisión de las obligaciones que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones. Apoya estas funciones tanto en la regulación

nacional como en el derecho comunitario, en particular en la Directiva de Acceso 2002/19/CE, normativa toda ella reproducida *supra*.

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

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

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

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

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

Esto es, si el operador puede imponer la publicidad de ciertas informaciones técnicas del mercado de referencia para los competidores del operador relevante en el mercado mediante el acceso a determinadas plataformas web, precisamente para evitar abuso de dominio y eventuales tratos discriminatorios, parece evidente que el propio organismo regulador debe conocer en igual forma tal información, pues sólo así podrá determinar la necesidad, el alcance y las consecuencias de cualesquiera otras obligaciones sustantivas que pueda imponer a dicho operadores significativos al amparo de lo previsto en dicho precepto. En definitiva, se trata de una obligación instrumental para posibilitar que el órgano regulador pueda cumplir satisfactoriamente tanto su objeto establecido en el artículo 48 de la Ley General de las Telecomunicaciones (establecimiento y supervisión de las obligaciones de los operadores) cuanto las propias obligaciones específicas respecto a los demás operadores a las que se refiere el artículo 13 que comentamos.

Es por ello de un formalismo extremado y contrario a una interpretación sistemática y razonable de los artículos comentados entender que, para cumplir con el referido objeto de la institución reguladora (establecimiento y supervisión de las obligaciones de los operadores) y para asegurar la transparencia y no discriminación en la actuación de los operadores con peso significativo, pueda el organismo regulador imponer a éstos que



den acceso a una plataforma web con datos relevantes sobre el mercado a sus competidores y no pueda en cambio requerir que dicho acceso se otorgue también al propio regulador. Así pues consideramos que los citados preceptos, entendidos de manera finalista y sistemática, dan cobertura suficiente para la imposición de la obligación controvertida.

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

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

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

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

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

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

sobre el mercado afectado, por lo que dicho carácter indefinido no tiene el significado de otras medidas u obligaciones que comportan restricciones u obligaciones positivas.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

NOVENO .- Conclusiones y costas.

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 26 de mayo de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 358/2012 . 2. Casar y anular la sentencia objeto de recurso. 3. Desestimar el mencionado recurso contencioso- administrativo, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra las resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fechas 10 de noviembre de 2011 sobre la propuestas de oferta de referencia del servicio NEBA remitida por Telefónica de España, S.A.U. (expte. DT 2011/738) y 11 de abril de 2012 (AJ 2011/2739). 4. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

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

Así se acuerda y firma.

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

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Angel Ramon Arozamena Laso FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 2608/2014.

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritariamente adoptado en este recurso de casación, lamento disentir del fallo, que a mi juicio y como sostuve en la deliberación, debió ser desestimatorio del recurso de casación.

1.- Los antecedentes del asunto, el planteamiento del recurso en la instancia, la posición de la sentencia recurrida -fundamentos de derecho noveno y décimo singularmente-, las consideraciones generales que enmarcan la obligación controvertida (facilitar el acceso de la CMT mediante web services a los módulos de información, averías y solicitudes de NEON), en cuanto a: a) El mercado de acceso mayorista de banda ancha; b) La plataforma NEON; y c) El acceso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a NEON, y la regulación aplicable, se recogen con toda minuciosidad (fundamentos de derecho primero a quinto) en la sentencia de la que discrepo, que señala también que la Audiencia Nacional ha dictado otra sentencia en términos iguales a la ahora recurrida (sobre revisión de la oferta mayoritaria de acceso a registros y conductos -resolución MARco-, anulando el extremo referido a la obligación impuesta a Telefónica de facilitar el acceso con perfil de supervisor), y que pende del recurso de casación núm. 685/2015.

2.- Discrepo de los fundamentos de derecho sexto (sobre la cobertura normativa de la obligación de proporcionar acceso a los servicios web NEBA), séptimo (sobre la alegación relativa al carácter desproporcionado e invasivo de la obligación impuesta) y octavo (sobre el respeto a los principios de información pública y audiencia) y reiteraré los razonamientos que propuse en el proyecto de resolución sometido a la consideración de la Sala y sostuve en la deliberación.

Mi posición coincide sustancialmente con la expuesta por la Sala, a quo, en su fundamento de derecho décimo -en particular sus párrafos finales-, que ya quedó transcrito en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia y, en buena medida, con la exposición de Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) en su oposición al recurso de casación.

3.- Debe tenerse en cuenta que en la instancia combatía TESAU las resoluciones de la CMT de 10 de noviembre de 2011 y 11 de abril de 2012 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.

Invocaba la actora tres 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.
- 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.
- 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.

Los reseñados acuerdos de la CMT sometidos a juicio de legalidad son únicamente los referidos a los tres aspectos mencionados, en relación con la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA (Nuevo servicio Ethernet de acceso mayorista de Banda Ancha).

En el fundamento de derecho sexto la sentencia recurrida rechaza el primer motivo de impugnación y en el fundamento de derecho séptimo rechaza el tercero. En el fundamento de derecho octavo examina el segundo motivo, desde la perspectiva de la vulneración de derechos fundamentales, que igualmente rechaza, mientras que -después de exponer en el fundamento de derecho noveno la posición y argumentos de la CMT- en el fundamento de derecho décimo examina la adecuación a derecho de la obligación cuestionada en dicho motivo segundo, ahora desde la perspectiva de la legalidad ordinaria y estima el mismo, que, en consecuencia, es al único que se refiere el recurso de casación del Abogado del Estado y al que se ciñen la presente sentencia y este voto particular.

4.- Así, considero -frente a lo que razona la sentencia de la que discrepo en sus fundamentos de derecho sexto, séptimo y octavo- que la obligación impuesta a TESAU es desproporcionada y no justificada. 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. Y como quiera 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 muy útil que pueda resultar para la CMT, no es una obligación implícita en el ejercicio de sus funciones de supervisión, carece de la suficiente y específica cobertura normativa que permita dicho acceso. Finalmente, aunque sea un aspecto menor de mi discrepancia, reiteraré lo que sostuve sobre al respeto a los principios de información pública y audiencia.

5.- Reitero, en consecuencia, mi posición respecto a aquellos tres fundamentos por el orden siguiente.

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

A juicio del Abogado del Estado el acceso en modo consulta a una plataforma informática no puede calificarse como un "medio invasivo" como hace la sentencia; puesto que dicha tecnología no pretende modificar los datos contenidos en la plataforma ni orientar en modo alguno la actividad de sus usuarios, es decir, no pretende ni puede influir en los procesos comerciales entre operadores y Telefónica.

Entiende que, contrariamente a lo resuelto en la sentencia impugnada, tampoco cabe calificar este acceso como medida "desproporcionada", pues guarda una 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.

Además, dicha supervisión se verifica mediante el acceso a la información por los mismos medios ya dispuestos por Telefónica para el resto de usuarios (servicios web), con lo que el impacto técnico y económico de la medida es necesariamente reducido.

Destaca la Administración que no sólo se trata de una medida de gran eficiencia desde el punto de vista operativo -aspecto que la sentencia reconoce-, puesto que se facilita así a la Autoridad de Regulación la información que necesita de manera rápida, eficaz, barata y ágil para Telefónica, evitando lo que de otro modo

serían voluminosas peticiones de información de compleja tramitación mediante procedimientos manuales; sino que, sobre todo es la única forma posible de garantizar la calidad y fiabilidad de esta información.

El acceso de la CNMC a NEON facilita, y ya se están culminando los desarrollos apropiados para ello, la posibilidad de realizar un cálculo paralelo y objetivo de los mismos indicadores agregados, que se añadirían a las consultas de carácter individual ya disponibles en la herramienta de la CNMC, disponibles ya en la actualidad.

Respecto de la causa inmediata que justificaba la medida, constituye un hecho notorio -dice la Abogacía del Estado- la existencia de una manifiesta conflictividad en las relaciones entre Telefónica y los operadores que hacen uso de sus servicios mayoristas regulados. A fin de resolver conflictos y posibles situaciones contradictorias, donde las versiones de las partes pueden ser profundamente dispares, es preciso disponer de información fiable e independiente, recurriendo para ello a la fuente, constituida en este caso por los datos obtenidos en bruto directamente de la plataforma NEON.

Antes de contestar a estos argumentos debe rechazarse la inadmisibilidad de este primer submotivo que propugna la parte recurrida alegando que su falta de fundamentación e inconsistencia -ex artículos 93.2.d) y 95.1 de la LJCA - por reproducir el recurso la argumentación de la resolución de la CMT, y obviar la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Considero que el recurso está formulado con solvencia argumentativa y crítica suficiente y razonada de la sentencia recurrida, sin perjuicio de reiterar muchos de los argumentos de la resolución de la CMT, como por otra parte parece inevitable.

Dicho esto, para rebatir los argumentos del recurso, TESAU, frente al primer apartado del motivo de casación único en el que se indica que *"El acceso en modo consulta a una plataforma informática no puede calificarse como un "medio invasivo..."* dado que *"...no pretende ni puede influir en los procesos comerciales entre operadores y Telefónica"*, recuerda lo establecido en el artículo 39.1 bis de la LRJPAC en relación al deber de las Administraciones Públicas de (i) imponer las medidas menos restrictivas de los derechos individuales y colectivos, como en este caso sería la solicitud de los requerimientos de información que la CNMC precise para el adecuado desenvolvimiento de su actividad; (ii) motivar su necesidad para la protección del interés público; (iii) justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen; y (iv) que ello no produzca diferencias de trato discriminatorias.

Las resoluciones de 10 de noviembre de 2011 y 11 de abril de 2012 no respetaron tales premisas, motivo por el que este acceso a los web services de la plataforma NEON fue anulado por la sentencia recurrida.

Este acceso del Regulador si que puede afectar a las relaciones comerciales entabladas entre TESAU y el resto de operadores, dado que la información recopilada por la CNMC por este medio puede ser utilizada con la finalidad de dictar resoluciones que modifiquen las condiciones de prestación de los servicios mayoristas prestados por TESAU, pudiendo perfectamente acaecer que las obligaciones impuestas a TESAU se vean incrementadas o acentuadas.

A continuación, dice el recurso que *"...tampoco cabe calificar este acceso como medida desproporcionada..."* pues su objetivo no es otro que *"...la supervisión de las obligaciones específicas que Telefónica tiene en relación con sus servicios mayoristas..."* y siempre teniendo en cuenta que la CNMC necesita *"...disponer de información de primera mano, no sesgada..."*. Sobre este asunto, la sentencia recurrida es incuestionable cuando afirma que la obligación impuesta *"...resulta injustificada y desproporcionada, pues no se trata de un requerimiento de información orientado a un determinado fin..."*, y ello de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la LGTel que ordena que las solicitudes de información que realicen las Autoridades Nacionales de Reglamentación de Telecomunicaciones habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido y deberán limitarse a la información estrictamente necesaria para el cumplimiento de las finalidades enumeradas en el propio artículo 10. Ello es completamente opuesto a la medida impuesta, que supone un acceso directo, continuo y por tiempo indefinido a la herramienta NEON de TESAU.

Los artículos 12.6 y 13.4 de la LGTel, en relación a las exigencias que deben cumplir las obligaciones y condiciones que se impongan a los operadores con poder significativo en los correspondientes mercados, disponen:

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

13.4. En aquellos mercados en que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previo informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y del Ministerio de Economía y Competitividad, impondrá las obligaciones específicas apropiadas que sean exigibles a los operadores que hayan sido identificados como operadores con poder significativo en dichos mercados. Podrá a estos efectos mantener o modificar obligaciones específicas que tuvieran



impuestas. En la determinación de dichas obligaciones específicas se otorgará preferencia a las medidas en mercados al por mayor frente a las actuaciones en los mercados al por menor correspondientes.

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

En consecuencia, una obligación como la cuestionada deberá ser proporcionada y se justificará en cumplimiento de los objetivos fijados en el artículo 3 de la LGTel, entre los que no se encuentra la supervisión del funcionamiento de los distintos mercados de comunicaciones electrónicas y de los operadores que desarrollan su actividad en ellos, facultad de la CNMC que se recoge en el artículo 13.1 de la LGTel pero a los efectos de reprimir prácticas restrictivas de la competencia:

«En todo caso, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en aplicación de la normativa en materia de competencia, en especial, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y de la Ley 31/2013, de creación de la Comisión, deberá supervisar el funcionamiento de los distintos mercados de comunicaciones electrónicas, así como la actividad de los operadores ya tengan o no poder significativo en el mercado, para preservar, garantizar y promover condiciones de competencia efectiva en los mismos».

La Administración recurrente no puede basarse en una supuesta supervisión de las obligaciones de TESAU en la prestación de servicios mayoristas, dado que la imposición de la medida controvertida no se ha fundamentado en ningún momento en la defensa de la competencia.

Además, esta medida se deberá mantener vigente durante el plazo rigurosamente necesario, aspecto que tampoco concurre en este supuesto dado que se trata de un acceso por tiempo indefinido.

Respecto a la alusión realizada sobre que la CNMC necesita disponer de información no sesgada, es necesario indicar que la información facilitada por TESAU en respuesta a los requerimientos efectuados no se ha justificado que sea parcial o incompleta, y cumple con el deber de facilitar información recogido en el artículo 10 de la LGTel. En este sentido, si la CNMC considera que un envío de información es sesgado, siempre tendrá la posibilidad de reiterar tal requerimiento o de reformularlo al objeto de solicitar la información que realmente necesite.

La Administración recurrente realiza una serie de afirmaciones sobre acceso de la CNMC a los web services de NEON, que, a juicio de TESAU, no son acordes con la realidad.

Así, indica (i) que el acceso se realiza *"...por los mismos medios ya dispuestos por Telefónica para el resto de usuarios..."*; (ii) que facilitar dicho acceso *"...no ha revestido una especial complejidad para Telefónica..."*; y (iii) que *"...se trata de una medida de gran eficiencia desde el punto de vista operativo...puesto que se facilita así a la autoridad de Regulación la información que necesita de manera rápida, eficaz, barata y ágil para Telefónica..."*.

Sin embargo, TESAU habría tenido que modificar la configuración de los web services de NEON para facilitar el acceso a la CNMC. Ello es consecuencia de la propia naturaleza de dicha herramienta, que se diseñó con la finalidad de posibilitar el acceso de los operadores solamente a la información relativa a sus solicitudes, mientras que la medida impuesta supuso llevar a cabo una serie de trabajos técnicos al objeto de permitir que un agente distinto del operador solicitante del proceso mayorista -como es la CNMC- pudiese efectuar consultas del estado de los servicios de todos los operadores.

Además, cada consulta que realiza la CNMC es tramitada por los equipos de TESAU, máquinas cuyo coste de suministro y puesta en servicio -así como el mantenimiento- ha soportado Telefónica, como responsable.

De este modo, no es correcto decir que tal acceso sea barato o sencillo conforme sostiene la Administración, sino que TESAU debió acometer una serie de modificaciones para cumplir con la obligación impuesta por la CMT y este acceso supone un gasto en equipos que es asumido por aquella.

En otro orden de cosas, frente a los argumentos ya utilizados por la Administración, sobre que la obligación de continua referencia es la *"...única forma de garantizar la calidad y fiabilidad de esta información ..."* y que *"Supuestamente Telefónica respeta la definición de la CMT realizó de estos parámetros de calidad, pero los procedimientos y algoritmos concretos que Telefónica utiliza no son públicos, no siendo facilitados en ningún caso a esta Comisión, que se ve por tanto incapaz de aseverar su validez"*, es lo cierto que TESAU habría cumplido en todo momento con los requerimientos de información periódicos impuestos por el Regulador, por lo que cualquier duda o recelo respecto a los mismos no puede ser objeto del presente recurso de casación, sino que el Regulador deberá abrir el correspondiente expediente para verificar el cumplimiento por parte de TESAU de tales indicadores de calidad.



Finalmente, en este apartado, la recurrente trata de justificar la medida en la "...existencia de una manifiesta conflictividad en las relaciones entre Telefónica y los operadores que hacen uso de sus servicios mayoristas regulados" y a fin de "...resolver conflictos y posibles situaciones contradictorias, donde las versiones de las partes pueden ser profundamente dispares...".

Pues bien, en opinión de TESAU -y que a mi juicio no resulta contradicha por la recurrente-, la CNMC no puede escudarse en una supuesta conflictividad entre los operadores para imponer una obligación del calibre que nos ocupa, por dos motivos: (i) no ha existido ninguna conflictividad en relación al servicio NEBA, oferta en el marco de cuya aprobación se impuso la obligación cuya anulación se recurre; y (ii) existe el riesgo de que el Regulador utilice la información obtenida de NEON para resolver los conflictos que se planteen, sin tener en consideración las alegaciones realizadas por los operadores, lo cual es contrario a lo recogido tanto en el artículo 15 de la LGTel respecto a la obligatoriedad de conceder una previa audiencia de las partes, como en el artículo 79 de la LRJPAC en relación a que las alegaciones aducidas y los documentos u otros elementos de juicio aportados por los interesados del procedimiento administrativo deberán ser "...tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución".

Es razonable la posición de TESAU cuando considera absolutamente preferible tener que contestar a los concretos requerimientos de información que la CNMC necesite en el ejercicio de sus competencias y remitir los indicadores de calidad correspondientes, antes que la medida que es objeto del presente recurso, al resultar aquellos mucho menos intrusivos.

En definitiva, el ejercicio de las competencias de la CMT está sometido a unos límites sujetos a exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que la actuación administrativa deberá extenderse a todo lo necesario para resolver el conflicto suscitado, sin límites cuantitativos mínimos y máximos, pero debiendo ser su intervención proporcionada. Y, como dice la sentencia recurrida, tal obligación resulta injustificada y desproporcionada, pues no se trata de un requerimiento de información orientado a un determinado fin, en el marco de las funciones propias de la CMT, sino de tener un acceso directo y permanente a una determinada información sobre todos los aspectos de los servicios mayoristas objeto de provisión a través del sistema de gestión NEON en iguales condiciones que los operadores. Siendo así que la concreta información que el regulador necesite en ejercicio de sus competencias puede obtenerla por otros medios menos invasivos, como el requerimiento de información sobre concretos aspectos o datos, en el marco de una actuación concreta en sus competencias de supervisión del funcionamiento del mercado en condiciones de transparencia y competitividad.

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

La medida controvertida, dice el Abogado del Estado, puede enmarcarse en el ámbito de las obligaciones de transparencia y no discriminación que Telefónica debe asumir en virtud de la regulación de los mercados mayoristas de banda ancha.

Permitir el acceso del regulador, de forma continua y directa, a los parámetros indicadores del devenir del mercado mayorista es un ejercicio de transparencia que se exige a un operador con peso significativo en el mercado considerado.

El alcance de la obligación de transparencia debe ser el que establezca el Regulador ya que conforme al artículo 9.3 de la Directiva de Acceso " corresponde al Regulador determinar "la información concreta que deberá ponerse a disposición, el nivel de detalle exigido y la modalidad de publicación".

Asimismo, el artículo 7.3 del Reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas permite, por ejemplo, a la CNMC introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas.

Por otra parte, la correcta supervisión de la obligación de no discriminación es uno de los pilares sobre los que se estructura la regulación de los nuevos servicios de banda ancha soportados sobre la red de fibra óptica, hasta el punto de que ha dado lugar a la adopción de una Recomendación de la Comisión Europea en relación con esta materia.

La citada Recomendación se refiere a la necesidad de garantizar una estricta equivalencia de acceso, que permita una competencia en condiciones de igualdad entre Telefónica y los terceros solicitantes de acceso. Dicha garantía de acceso en condiciones de igualdad y no discriminatorias se vería dificultada si la CNMC no pudiera supervisar la información contenida en los sistemas de Telefónica en los términos previstos en la Resolución NEBA.

Dicha Recomendación y la finalidad que persigue, afecta a la regulación que dicte la CNMC, y que aboga porqué los reguladores accedan a la información necesaria para poder analizar si se cumplen los objetivos anteriormente citados (en este sentido, los apartados 7 y siguientes de la Recomendación).



En el marco definido por las Directivas comunitarias y el Derecho nacional, y teniendo en cuenta el espíritu de la Recomendación citada, los reguladores son competentes para establecer las medidas más adecuadas para garantizar el objetivo de no discriminación.

Además, conforme al artículo 48.3 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente en el momento de aprobarse la resolución enjuiciada en la instancia, la CMT tenía precisamente 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) tenía atribuida la facultad de requerir en el ámbito de su actuación la información necesaria para el cumplimiento de sus fines.

Dichos preceptos se mantienen en la nueva normativa sectorial, que establecen que corresponde a la CNMC supervisar y controlar el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas (artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), y que a estos efectos podrá requerir la información necesaria para el cumplimiento de sus finalidades (tal y como aparecen expresadas en el artículo 10 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones).

En conclusión, a juicio del Abogado del Estado, la CMT tenía -y la CNMC tiene actualmente- competencias para recabar de Telefónica toda la información que necesita para llevar a cabo sus funciones de supervisión de las obligaciones que le han sido impuestas.

En dicho sentido, el artículo 8.5 de la Directiva Marco , modificado por la Directiva de Mejor Regulación de 2009, establece en su letra b) que las Autoridades Nacionales de Regulación "*aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados [...] garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.*"

La justificación de la medida adoptada se corresponde con las atribuciones de los reguladores como puede verse, por ejemplo, en el caso de Francia (partiendo del mismo marco normativo europeo), respecto del proyecto de medida para el mercado de acceso físico al por mayor a las infraestructuras de telecomunicaciones (mercado 4) y para el mercado de acceso mayorista de banda ancha (mercado 5) que el regulador de Francia, ARCEP, ha notificado recientemente a la Comisión Europea, contiene la previsión de que, para permitirle ejercer su control, el operador con poder significativo en el mercado, Orange, suministre a la Autoridad todas las informaciones, eventualmente en bruto, y un acceso a las herramientas que permiten a los operadores efectuar sus pedidos afin de que pueda asegurarse de la equivalencia de funcionalidades entre los procesos habilitados para operadores terceros y para Orange, en su vertiente minorista. Se trata por tanto de una medida que pretende evitar posibles tratos discriminatorios del operador con poder significativo, y resulta en todo similar a la que la antigua CMT adoptó en la resolución recurrida, lo que confirma que está en línea con las actuales tendencias regulatorias a nivel europeo.

Pues bien, frente a tales argumentos, así que "*La medida controvertida puede enmarcarse en el ámbito de las obligaciones de transparencia y no discriminación que Telefónica debe asumir en virtud de la regulación de los mercados mayoristas de banda ancha*", lo cierto es que, como señala TESAU, entre las obligaciones de transparencia que pueden ser impuestas a un operador con peso significativo en el mercado no se contempla una medida como la que es objeto del presente recurso, sino que el artículo 14.1.a) de la LGTel establece, entre otras, la posibilidad de publicar una oferta de referencia:

«1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 5 de este artículo, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones específicas en materia de: a) Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, incluidas, en su caso, las condiciones que pudieran limitar el acceso o la utilización de servicios o aplicaciones, así como los precios. En particular, cuando de conformidad con la letra b) se impongan a un operador obligaciones de no discriminación, se le podrá exigir que publique una oferta de referencia» .

En similares términos se pronuncia el artículo 7 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración ("Reglamento de Mercados"), donde se fija que los operadores que hayan sido declarados con poder significativo de mercado deberán hacer pública determinada información en materia de acceso e interconexión, relativa a la contabilidad, las características de las redes, las especificaciones técnicas, las condiciones de suministro y utilización y los precios, aspectos que se podrán concretar en la publicación de una oferta de referencia.



Se habla continuamente de publicitar información por parte, en este caso, de TESAU, pero no de permitir el acceso al Regulador a sus herramientas de gestión de los servicios mayoristas que presta a los distintos operadores, por lo que esta obligación en ningún caso se puede considerar como un "ejercicio de transparencia" conforme postula la recurrente.

Así mismo, no es aceptable que se señale que la medida que nos ocupa se basa en el artículo 9.3 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), dado que con el acceso a los web services de NEON no se especifica la información a la que la CNMC quiere acceder, ni se comunica cuando se accede a ella, por lo que en ningún caso se determina la información concreta que se pone a disposición del Regulador.

Igualmente, tampoco se puede encuadrar tal medida dentro de las obligaciones de no discriminación fijadas en el artículo 14.1.a) de la LGTel y en el artículo 8 del Reglamento de Mercados, donde se dispone que el operador declarado con poder significativo de mercado "...aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones".

Por tanto, estas obligaciones de no discriminación tienen como destinatarios el resto de operadores a los que TESAU presta servicios mayoristas, pero en ningún caso el Regulador puede ser beneficiario de tales obligaciones al no ser un agente que pueda verse discriminado frente a otros o respecto a los propios servicios minoristas prestados por TESAU o por las empresas de su mismo grupo empresarial.

A continuación, el recurso vuelve sobre la necesidad de que la CNMC supervise las obligaciones impuestas a Telefónica, justificando para ello la aplicación al presente caso de la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 2013 relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha (2013/466/UE) ("Recomendación de 11 de septiembre de 2013").

A pesar de ello y como consecuencia de las obligaciones de no discriminación anteriormente mencionadas, esta Recomendación establece en su apartado 10 que "Las ANR deben garantizar que, cuando se imponga una obligación de no discriminación, los solicitantes de acceso puedan utilizar los sistemas y procesos pertinentes con el mismo grado de fiabilidad y prestaciones que la división minorista descendente del propio operador con PSM".

Por tanto, dicha Recomendación de 11 de septiembre de 2013 establece obligaciones de acceso a las correspondientes herramientas entre los operadores con poder significativo de mercado y el resto de operadores a los que presta acceso, entre los cuales no se encuentra la CNMC, que se configura como la garante de que las obligaciones de no discriminación que imponga resulten eficaces.

Así, una cosa es que el Regulador fije los remedios necesarios cuando detecte que un determinado mercado no se encuentra en competencia y dicte las medidas correspondientes en las relaciones entre los operadores para evitar situaciones discriminatorias, y otra cosa muy distinta es, como pretende el recurso, que la propia CNMC sea la que acceda directamente a los sistemas y procesos de TESAU, amparándose en la necesidad de garantizar una posible no discriminación en las obligaciones de acceso.

En consecuencia, no puede la Administración justificar la medida anulada en que la "...garantía de acceso en condiciones de igualdad y no discriminatorias..." establecido en la Recomendación de 11 de septiembre de 2013 "...se vería dificultada si la CNMC no pudiera supervisar la información contenida en los sistemas de Telefónica en los términos previstos en la Resolución NEBA" o que "...los reguladores son competentes para establecer las medidas más adecuadas para garantizar el objetivo de no discriminación", dado que tales obligaciones sólo operan en las relaciones entre los operadores y con la finalidad de evitar diferencias de trato o que se establezcan distintas condiciones de prestación de servicios entre operadores que deberían disfrutar de las mismas.

Posteriormente, el recurso menciona los artículos 48.3 y 46.1.d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el artículo 10 de la LGTel, en relación, respectivamente, con la derogada potestad de la CNMC de supervisar las obligaciones específicas a cumplir por los operadores en los mercados de telecomunicaciones, así como con la facultad de la CNMC de requerir el suministro de información necesaria para "Comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas (...)" conforme reseña el apartado b) del artículo 10.



A este respecto, la CNMC sólo tiene competencias para requerir a TESAU información cuando así la precise para el ejercicio de sus funciones, lo cual no es lo mismo que tomar directamente tal información de NEON cuando así lo estime oportuno.

Además, en el recurso se menciona el artículo 8.5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, en relación a que "Las autoridades nacionales de reglamentación... aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados (...) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas,.

A este respecto, las obligaciones de no discriminación sólo se aplican a las relaciones entabladas entre los operadores.

Finalmente, la Administración hace referencia en su recurso a la medida adoptada por el regulador de Francia ARCEP que "...contiene la previsión de que...Orange, suministre a la Autoridad todas las informaciones, eventualmente en bruto, y un acceso a las herramientas que permiten a los operadores efectuar sus pedidos..", lo cual confirma que la medida controvertida "...está en línea con las actuales tendencias regulatorias a nivel europeo".

En relación a esta argumentación, es cierto, como dice TESAU, que la recurrente no realiza ninguna crítica de la sentencia de 26 de mayo de 2014, sino que se limita a aportar un argumento nuevo que no fue aludido ni examinado en la sentencia. En todo caso, el contexto regulatorio en ambos países no sería estrictamente asimilable, dado que, por ejemplo, en Francia no existe una regulación específica del servicio indirecto sobre fibra, como existe en España con el servicio NEBA, lo que provoca que las referencias realizadas por la Abogacía del Estado a ARCEP no puedan ser directamente aplicables al presente caso.

En conclusión, para rechazar este segundo submotivo del recurso, a la vista de la normativa de aplicación, ampliamente invocada por las partes, consideramos que la obligación cuestionada no está amparada en el ejercicio de las facultades de supervisión de la CMT. No se contempla la obligación de que el operador facilite el acceso directo y permanente a la ANR a sus sistemas o plataformas informáticas de gestión de sus obligaciones de acceso e interconexión en relación con los operadores alternativos. Y no concurren circunstancias excepcionales y debidamente justificadas para ello. Y por muy útil que sea para el regulador poder acceder en las mismas condiciones que los operadores y por el mismo procedimiento (Web Services), a los módulos de la plataforma NEON, tal obligación excede de las previstas en la normativa de aplicación y carece de la debida justificación - más allá de criterios de utilidad y comodidad-.

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

En relación con la supuesta ausencia de sometimiento a los principios de información pública y contradicción previstos para la imposición de obligaciones, la recurrente se limita a recordar que la medida aquí considerada fue incluida en la resolución de 10 de noviembre de 2011 sobre la propuesta de oferta de referencia del servicio NEBA (DT 2011/738) que fue sometida a trámite de audiencia, y fue asimismo ampliamente debatida en el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la citada Resolución (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 la audiencia y objeto de un amplio debate que, contrariamente a lo que señala el fundamento de derecho décimo de la sentencia recurrida, satisface las exigencias legales y se encuentra justificada.

TESAU, por contra, además de criticar la falta de cita de precepto alguno como vulnerado, lo que ya sería bastante para inadmitir este motivo -submotivo tercero- considera que los razonamientos ofrecidos en este apartado en relación a que la medida controvertida respeta los principios de información pública y audiencia, deben en todo caso ser desestimados.

A este respecto, es necesario recordar que la sentencia de 26 de mayo de 2014 de la Audiencia Nacional indica en su fundamento de derecho décimo que el acceso en las mismas condiciones que los operadores y por el mismo procedimiento (web services), a los módulos de la plataforma NEON, no ha sido establecida respetando el procedimiento de información pública o contradicción previsto para la imposición de obligaciones a los operadores con poder significativo en el mercado.

Así, la sentencia recurrida se remite a lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Mercados, que establece las condiciones en que pueden ser impuestas obligaciones a tales operadores, como es el caso de TESAU en el Mercado 5:



«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».

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

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

Así, también este motivo -submotivo tercero- debió ser rechazado, y confirmarse la sentencia recurrida.

6.- En consecuencia, a partir de lo recogido en los anteriores apartados A), B) y C) del razonamiento quinto, a mi juicio el recurso de casación del Abogado del Estado debió ser desestimado.

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

Angel Ramon Arozamena Laso

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