

Roj: SAN 408/2012  
Id Cendoj: 28079230082012100045  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 8  
Nº de Recurso: 3/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

Madrid, a veintitres de enero de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 3/10 , que ante esta *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora **D<sup>a</sup> MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO**, en nombre y representación de "**TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**" , frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandadas las sentidades "**BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.**", "**ASTEL**" y "**FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.**" , representadas, respectivamente, por los Procuradores **D<sup>a</sup> CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER, D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ y D<sup>a</sup> SUSANA SÁNCHEZ GARCÍA** , contra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 23 de julio de 2009, confirmada en la posterior de 29 de octubre del mismo año (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 29 de diciembre de 2009, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de fecha 3 de febrero de 2010, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 6 de julio de 2010, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 25 de octubre de 2010, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. Por los codemandados BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. y FRANCE TELECOM se contestó a la demanda en fechas 16 de diciembre de 2010 y 28 de febrero de 2011 respectivamente.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba por auto de 14 de marzo de 2011, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 18 de enero de 2012, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación por "**TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U**" (TESAU), resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT), de fecha 23 de julio de 2009, ulteriormente confirmada, tras formulación de recurso de reposición, en la de 29 de octubre siguiente. En la indicada resolución se aprobó la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas arrendadas, y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, la designación del operador

con poder significativo de mercado, la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

El Resuelve de la decisión de 23 de julio de 2009 tiene este tenor:

*"Primero. Aprobar la definición y análisis de del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, tal como recoge el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución.*

*Segundo. Considerar que el mercado minorista del conjunto mínimo de líneas alquiladas no constituye un mercado cuyas características justifiquen la imposición de obligaciones específicas y no es, por tanto, susceptible de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones .*

*Tercero. Suprimir las obligaciones actualmente aplicables a Telefónica de España, S.A.U. en virtud de la Resolución de esta Comisión de 20 de abril de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas, la designación de operadores con PSM y la imposición de obligaciones específicas, una vez transcurrido un plazo de 6 meses a partir de la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado.*

*Cuarto. Considerar el mercado de segmentos terminales de líneas arrendadas al por mayor como mercado de referencia que puede ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones .*

*Quinto. Determinar que el citado mercado de referencia no es realmente competitivo, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 4, artículo 16, de la citada Directiva Marco y en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones .*

*Sexto. Considerar que Telefónica de España, S.A.U., en los términos del apartado III.4 del Fundamento de Derecho Tercero, tiene poder significativo de mercado en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo II, apartado 8 de la Ley General de Telecomunicaciones .*

*Séptimo. Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en el Anexo 1 de la presente Resolución.*

*Octavo. Comunicar a la Comisión Europea la definición y análisis de del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.*

*Noveno. Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones .*

*Décimo. La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado."*

El anexo I.3.b) contiene esta determinación ("obligaciones de transparencia en relación con la evolución de la red de Telefónica"):

*"- Autorización previa e incorporación a la ORLA*

*Cuando existan modificaciones sobre la red de Telefónica (en especial por la evolución a NGN) que puedan afectar al suministro de los servicios de líneas alquiladas terminales prestados por Telefónica, las condiciones aplicables a los mismos (incluidos los aspectos técnicos y condiciones económicas) deberán ser sometidas a la autorización previa por parte de la CMT y ser incluidas, de ser necesario, en la ORLA. Telefónica deberá informar a los operadores y a la CMT de dichas modificaciones con una antelación mínima de 12 meses.*

*- Cierre de centrales*

*Las centrales abiertas a los servicios ORLA podrán clausurarse, en cuanto la totalidad líneas alquiladas dependientes de la central sean directamente accesibles de forma alternativa y en las condiciones aplicables autorizadas por la CMT, de conformidad con el punto anterior."*

**SEGUNDO.-** El suplico de la demanda reza así:

*"I.- En atención y por las razones consignadas en el Fundamento de Derecho Primero de la demanda declare contrario a Derecho la definición del mercado de segmentos terminales de líneas alquiladas contenido en la Resolución de 23 de julio de 2009, así como la Resolución de 29 de octubre en la medida que lo confirma, y en tal sentido anule el régimen de obligaciones asociado al mismo.*

*II.- En atención y por las razones consignadas en el Fundamento de Derecho Segundo de la demanda declare contrario a Derecho los fundamentos de los apartados quinto y sexto del resuelve de la Resolución de 23 de julio de 2009, así como la Resolución de 29 de octubre en la medida que lo confirma, y en tal sentido anule la valoración del mercado de producto y la posición de TESAU en el mismo.*

*III.- En atención y por las razones consignadas en el Fundamento de Derecho Tercero de la demanda declare contraria a Derecho la obligación impuesta en el Anexo 1.3. b) contenida en la Resolución de 23 de julio de 2009, así como la Resolución de 29 de octubre en la medida que lo confirma, y en tal sentido anule el régimen de obligaciones asociado al mismo."*

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que se han infringido los artículos 54 y 62.1.e ) y f) de la Ley 30/1992 , por falta de motivación de la resolución recurrida y emisión de un acto contrario al ordenamiento jurídico en relación con la definición de mercado; en la infracción de los artículos 54 y 62.1.e ) y f) de la Ley 30/1992 y 24.1 de la Constitución , por falta de motivación de la resolución recurrida y emisión de un acto contrario al ordenamiento jurídico en la valoración del tamaño del mercado y definición del operador con posición significativa de mercado; y, en tercer lugar, también en la infracción de los artículos 54 y 62.1.e ) y f) de la Ley 30/1992 por falta de justificación, falta de proporcionalidad y vulneración del principio de mínima intervención en relación con la obligación impuesta a TESAU de pedir autorización para realizar modificaciones de red.

**TERCERO.-** Aunque suponga reiterar lo que hasta la sociedad ha indicado esta Sala y Sección sobre motivación, conviene recordar lo que al respecto decíamos en nuestra Sentencia de 30 de octubre de 2008, recaída en el recurso 528/06 :

"Para entender cumplida la exigencia de motivación de los actos administrativos que establece el artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común no basta con una genérica invocación al interés público pues es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional sobre el deber de motivación como una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE . Al respecto, cabe recordar la jurisprudencia constitucional que ha manifestado reiteradamente que la exigencia de motivación esta directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho y con el carácter vinculante de la Ley ( SSTC 24/ 1990 , 35/2002 ). Por ello, la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituyen una garantía esencial, en la medida que la exteriorización de los razonamientos que llevan a adoptar una decisión permiten apreciar su racionalidad, además de facilitar el ulterior control de la actividad por los órganos superiores, y consecuentemente mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante los recursos que en cada supuesto procedan (por todas, SSTC 62/1996 , 175/1997 , 200/1997 , 116/1998 , y 128/2002 ). También ha indicado el Tribunal Constitucional que la referida exigencia no significa que las resoluciones deban tener un contenido exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que puedan plantearse, siendo suficiente que se expresen las razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, en otras palabras, su *ratio decidendi* ( SSTC 196/1998 , 215/1998 , 68/2002 ).

De igual modo, constante jurisprudencia del Tribunal Supremo considera idónea, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta con especificación de las causas de las que se deduce y resulta adecuada la decisión adoptada."

Obvio resulta que el deber de motivación se satisface con creces a lo largo de las noventa y tres páginas de la resolución de 23 de julio de 2009, con ulterior confirmación en reposición en la de quince páginas de 29 de octubre siguiente, como se analizará en las consideraciones que a continuación se desgranarán.

**CUARTO.-** Tampoco está de más, en línea con la primera matización que expone la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, significar que la CMT ha ejercido sus potestades de regulación dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica, sin que, como luego se verá, puede inferirse haya incurrido en ilegalidad o arbitrariedad alguna, al no existir conculcación alguna del ordenamiento o decisión ayuna de toda lógica ( Sentencias del Tribunal Supremo, por todas, de 10 de marzo de 1995 , 17 de marzo de 1999 y 19 de julio de 2006 ), fundándose en justificaciones objetivas y razonables, no desvirtuadas de contrario.

**QUINTO.-** Pues bien, ya en relación con la primera causa de impugnación, a juicio de la Sala la definición del mercado de segmento de terminación de líneas arrendadas al por mayor que contiene la resolución impugnada no vulnera la Recomendación de mercados relevantes de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003, como bien pone de relieve y argumenta la resolución de 29 de octubre de 2009 de la CMT recaída en reposición:

*"Afirma TELEFÓNICA que la definición del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor efectuada en la primera ronda de análisis de mercados era conforme con la Recomendación de la Comisión Europea ya que lo definía como aquél en el que se suministraba capacidad de transmisión simétrica y sin funcionalidades de conmutación que el usuario pudiera controlar entre un nodo y el domicilio de un cliente del operador demandante del servicio.*

*Sin embargo, manifiesta la operadora que la definición contenida en la Resolución impugnada no es conforme con la que emana de la Comisión Europea, al proponer en su segunda ronda de análisis definir como mercado relevante aquél en el que se suministra capacidad de transmisión fija, simétrica sin funcionalidades de conmutación que el usuario pueda controlar y que formará parte de la red de acceso del operador que demanda el servicio, con independencia de la tecnología utilizada para suministrar la capacidad.*

*A juicio de TELEFÓNICA, no se puede tratar de igual forma a una línea arrendada con una velocidad determinada y unas condiciones de prestación estipuladas para un servicio, que une una sede de cliente final con sede de operador, que la que une dos sedes de operador, sobre todo, cuando hay una red de datos, como sucede en el caso de los circuitos con tecnología Ethernet.*

*Explica la operadora que dependiendo del uso final que se vaya a dar a una conexión, se construye una determinada infraestructura que soporta esa necesidad, pero, sin embargo, la ORLA no diferencia la diversidad de usos que podrían tener las conexiones:*

- 1. de un cliente final del Operador.*
- 2. de una EEBB del Operador.*
- 3. de una concentración de EEBB del Operador.*
- 4. de elementos de red del Operador móvil (RNC) o fijo.*
- 5. de elementos de red del cliente del Operador, tipo Data Center.*
- 8. de entregas de señal del Operador.*

*Frente a lo expuesto por TELEFÓNICA, esta Comisión considera que, tanto la definición efectuada en primera ronda como en la segunda revisión, se ajusta a la Recomendación de mercados. En este sentido, es destacable que la Comisión Europea no formuló observaciones al proyecto de medida notificado por la Comisión.*

*Asimismo, debe recordarse que la propia Comisión Europea deja a criterio de las ANRs (Autoridades Nacionales de Reglamentación) la definición de la frontera precisa entre los mercados de líneas alquiladas terminales y troncales en función de sus circunstancias nacionales. De hecho, las definiciones de estos dos mercados sufren variaciones significativas en los distintos Estados miembros (y la mayoría de ellas se ajustan a la Recomendación de la CE).*

*Por último, cabe señalar que en numerosos países han incluido en el mercado de terminales las líneas utilizadas para la conexión de elementos de la red de acceso de los operadores móviles.*

*En todo caso, y con independencia de lo anterior, esta Comisión ya realizó en el apartado III.2.1.2 de la Resolución recurrida el análisis de sustituibilidad que demanda la recurrente."*

Y es que la resolución de la CMT de 23 de julio de 2009 ha supuesto una mudanza en la definición del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor que recogía la precedente resolución de 23 de noviembre de 2006, en el sentido de que ahora se incorporan determinadas líneas que antes eran incluidas en el mercado de segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor. Veamos como razona al respecto:

*"En el primer análisis del mercado, las líneas alquiladas terminales mayoristas se definieron como aquellas que se proveen a otros operadores por los que se suministra un tramo de circuito entre un nodo y el domicilio de un cliente del operador demandante del servicio. Es decir, un operador contrata de forma*

mayorista este tipo de líneas para la prestación de servicios a usuarios finales en ubicaciones donde no cuenta con red propia.

Por tanto, la definición realizada en primera ronda se centró exclusivamente en el uso de las líneas alquiladas mayoristas por parte de los operadores para la prestación de los servicios minoristas de líneas alquiladas. No obstante, líneas técnicamente análogas a estas últimas son utilizadas por los operadores para completar las redes de acceso en zonas en las que no cuentan con cobertura. Este tipo de circuitos, dadas sus características locales, no encajan en el mercado de líneas troncales, por lo que cabe analizar su posible pertenencia al mercado de las líneas terminales.

Así, en particular, los operadores móviles contratan líneas alquiladas de forma mayorista en determinadas ubicaciones geográficas para conectar diferentes elementos de su red. Cabe, por tanto, describir brevemente las componentes de una red móvil y la separación entre red troncal y de acceso con el fin, de determinar la posible sustituibilidad con los circuitos terminales que conectan a clientes finales.

Dentro de la arquitectura de una red móvil, se considera que constituyen la red, de acceso móvil el conjunto de elementos que en la red GSM forman el Subsistema de la Estación Base (BSS, Base Station Subsystem) en la red UMTS forman la denominada Red de Acceso Radio Terrestre (UTRAN, UMTS Terrestrial Radio Access Network). Estos elementos son los responsables de gestionar el tráfico y la señalización entre el terminal móvil y los elementos de conmutación (MSC, Mobile Switching Center).

La red troncal de la red móvil está constituida tanto por los elementos de conmutación de circuitos asociados a los servicios de voz (MSC) como los encargados del tráfico de paquetes (GSN, GPRS Support Nodes), usualmente todos ellos ubicados en las mismas centrales, como las redes de comunicaciones de circuitos y datos para interconexión de las centrales.

Debido a la gran dispersión geográfica que tienen los emplazamientos de las estaciones de emisión/recepción de la se radio para conexión con el terminal móvil del usuario, es habitual que para la conexión de dichos emplazamientos con la red del operador, se contraten líneas alquiladas a otro operador que tenga presencia en las ubicaciones de las estaciones radio. Ello también se cumple, aunque su dispersión sea menor, para conectar las BSCs o RNCs con las centrales y edificios del operador móvil.

Por otra parte, como cualquier otro operador, los móviles pueden utilizar servicios de líneas alquiladas para soportar parte de su red troncal y conectar sus centrales de conmutación.

Por tanto, los operadores móviles contratan líneas alquiladas para:

- a) conformar determinadas rutas da su red troncal y;
- b) para conectar elementos de la red troncal con la red de acceso radio, es decir, para la conexión entre MSC y BSC/BTS.

Con el primer tipo de líneas no hay ningún tipo de duda: son líneas alquiladas troncales desde todos los aspectos y se ajustan a la definición de troncales realizada en la primera ronda. En resumen, son líneas alquiladas, en general de capacidades elevadas, que conectan elementos de la red troncal del operador que demanda el servicio.

Por el contrario, con el segundo tipo de líneas surgen dudas sobre el mercado relevante al que pertenecen. Aplicando estrictamente la definición literal realizada en primer análisis, pertenecerían al mercado de las troncales, pues conectan dos elementos de red del operador que demanda el servicio (la MSC y la BTS). No obstante, este tipo de líneas se ajustan más en su concepción teórica y práctica a las líneas alquiladas terminales, es decir, líneas de capacidades más reducidas que permiten al operador demandante ofrecer el servicio en una ubicación donde no tiene red de acceso propia.

Desde el punto de vista de la demanda, si bien el uso final de la línea alquilada es diferente (en un caso conectar directamente un cliente empresarial y en otro conectar una BSC/BTS), tanto los operadores fijos como móviles utilizan este tipo de líneas para completar su red de acceso. De hecho, los operadores móviles podrían utilizar los servicios de la ORLA para cubrir estas necesidades sin necesidad de realizar ninguna modificación en la oferta. Por tanto, puede considerarse que desde el punto de vista de la demanda ambos tipos de línea son sustituibles.

Desde el punto de vista de la oferta, la sustituibilidad es total, pues si el operador de líneas terminales cuenta con la capilaridad suficiente en un determinado área geográfica para conectar a un cliente final también podrá, sin costes relevantes, alcanzar una BSC/BTS. Efectivamente, desde el punto de vista de la instalación,

al operador proveedor le es indiferente que el extremo de la línea terminal sea la sede de un cliente empresarial o una BSC/BTS.

*En conclusión, teniendo en cuenta la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, que se ve reforzada por absoluta sustituibilidad desde el lado de la oferta, se considera que las líneas alquiladas contratadas por los operadores móviles para la conexión de elementos de su red de acceso fija pertenecen al mercado relevante*

*ASTEL, Orange, ONO, Verizon, Vodafone y la CNC consideran apropiado el análisis y definición del mercado relevante planteado por la CMT. Únicamente señalan que cabría considerar si las líneas terminales utilizadas para complementar la red de acceso de los operadores tienen necesariamente que limitarse a las líneas contratadas por los operadores móviles o bien cabría su extensión a cualquier red de comunicaciones electrónicas.*

*Cabe aclarar que la definición de mercado engloba todas las líneas utilizadas para constituir la red de acceso del operador. Se particularizó en las líneas utilizadas por los móviles para la conexión de BTS/BSC porque son muy numerosas y su tratamiento era la problemática más evidente respecto de la definición efectuada en primera ronda."*

Estos argumentos son los que han desembocado en la definición de mercado que se cuestiona: mercado mayorista de líneas alquiladas terminales, que es aquél en el que se suministra capacidad de transmisión fija, simétrica, sin funcionalidades de conmutación que el usuario pueda controlar y que formará parte de la red de acceso del operador que demanda el servicio, con independencia de la tecnología utilizada para suministrar la capacidad. Para desembocar en esa definición resulta meridiano que la CMT ha razonado adecuada y suficientemente, justificando la inclusión de las líneas alquiladas que unen la red de acceso y la red troncal del operador dentro del mercado de segmentos terminales.

Al respecto resulta relevante significar que la Recomendación de la Comisión sobre Mercados Relevantes de 17 de diciembre de 2007, como con acierto enfatizan demandado y uno de los codemandados, en su considerando 17 desbroza el camino a mercados nuevos, en cuanto deja a criterio de las ANRs (Autoridades Nacionales de Reglamentación, en nuestro caso la CMT) la determinación de la frontera entre mercados de líneas alquiladas terminales y troncales en virtud de las circunstancias concurrentes ("las autoridades nacionales de reglamentación podrán identificar mercados diferentes de los que figuran en la presente Recomendación").

Otra vertiente de la primera causa de impugnación, y que igual suerte ha de correr, se sustenta en una posible vulneración del artículo 2.2 del Reglamento de Mercados, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

El precepto reza así: "En concreto cada mercado de referencia abarcará todos los servicios de comunicaciones electrónicas que sean suficientemente intercambiables o sustituibles, ya sea por sus características objetivas (en virtud de las cuales resultan especialmente idóneas para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, sus precios o su uso previsto) ya sea por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la demanda en el mercado de que se trate". Sobre sustituibilidad, como antes se reflejó, también se ha ofrecido por la CMT un cabal razonamiento (apartado III.2.1.2 de los Fundamentos de Derecho de la resolución de 23 de julio de 2009), tanto desde la óptica de la oferta como de la demanda, con pleno acomodo al tenor del artículo 2.2 del Reglamento de Mercados y siempre bajo la consideración de que lo pretendido por la norma es una suficiente sustituibilidad ("suficientemente intercambiables o sustituibles") en los servicios de comunicaciones electrónicas de que se trate, criterio que ha sido aplicado al concreto supuesto de hecho motivadamente.

**SEXTO.-** En cuanto a las objeciones de la actora sobre la valoración del tamaño del mercado y subsiguiente consideración de TESAU como operador con posición significativa de mercado, también es cuestión que obtuvo oportuna y cabal explicación en los razonamientos que al respecto contiene el acto administrativo:

*"III.3.5 conclusiones sobre la determinación de los operadores con PSM*

*El objetivo de la presente revisión ha sido tratar de analizar si se han producido avances tanto en la estructura del mercado como de aquellos factores que pueden disciplinar el comportamiento de Telefónica (amenazas de entrada o poder compensatorio de la demanda) desde su primer análisis en noviembre de 2006.*

*Las conclusiones que se han obtenido en la presente revisión son muy parecidas a las del primer análisis:*

*Telefónica es el operador que presenta la mayor cuota de mercado tanto en términos de ingresos (70%) como de líneas (73%).*

*Existen importantes barreras estructurales para entrar al mercado, sobre todo en cuanto a los costes necesarios para desplegar una red propia y que se consideran hundidos si el operador decide abandonar el mercado. Adicionalmente, Telefónica es el operador que con diferencia disfruta de las mayores economías de escala y alcance.*

*Ausencia de amenazas a la entrada durante el horizonte temporal cubierto por la presente revisión.*

*Los factores que incrementan la capacidad de Telefónica para comportarse de manera independiente de sus clientes y competidores son:*

- La capilaridad de su red;*
- Su presencia en los mercados conexos como operador verticalmente integrado;*
- La ausencia de alternativas de suministro (incluso operadores de acceso directo como ONO y COLT contratan servicios mayoristas a Telefónica).*

*Dado lo anterior, esta Comisión concluye que no existe competencia efectiva en el mercado de referencia, en el sentido de lo dispuesto en la Directiva Marco, es decir, por cuanto se aprecia la presencia de un operador con PSM.*

#### *111.4 Identificación del operador con PSM*

*De acuerdo con las conclusiones anteriores, se identifica a Telefónica como operador con poder significativo en el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, con independencia de la tecnología utilizada para proporcionar la capacidad arrendada o dedicada, a los efectos del artículo 103 de la LGTel y 3.2 del Reglamento de Mercados . Se entenderá que dicha identificación se extiende a las empresas del grupo al que pertenece y que provean los servicios incluidas en el mercado de referencia.*

*Por otra parte, esta identificación de PSM responde al objetivo de la regulación ex ante, recogido ante el apartado 16 de las Directrices, que consiste en garantizar que la empresa no pueda utilizar su peso en el mercado para restringir o falsear la competencia en el mercado pertinente ni apoyarse en dicho peso en los mercados adyacentes."*

Esta motivación no ha resultado desvirtuada por la demandante y pone de relieve la capacidad de TESAU para ejercer un control o preeminencia sobre determinados aspectos del mercado, en particular sus precios, con lógico reflejo en la actividad de consumidores y competidores. No empece a esta conclusión no tener en cuenta la posible inclusión, como indica TESAU, en el cálculo de las correspondientes cuotas de mercado, de las conexiones con las BTS/BSC que se autoprestan los portátiles a través de radioenlaces, cuando esa alegación tiene una naturaleza hipotética, que tendría en cuenta un número determinado de emplazamientos necesarios para conseguir que un operador móvil tenga cobertura. Además ha de tenerse en cuenta que si se tuvieran en consideración las llamadas "ventas cautivas" (circuitos que TESAU presta a su hermana TME), TESAU incluso tendría una cuota superior de mercado, añadiendo el regulador, a mayor abundamiento, que debido a que suele ser necesaria visibilidad directa entre estación base y un nodo de la red del operador, los radioenlaces no siempre constituyen alternativas viables para conectar con las meritadas BTS/BSC, dándose el caso de que TME utiliza masivamente líneas alquiladas de TESAU en lugar de utilizar radioenlaces en determinados emplazamientos, lo que justifica que los otros operadores, en forma equitativa, puedan acceder a este modo de acceso a sus BTS/BSC.

**SÉPTIMO.-** Resta por abordar la tercera causa de impugnación, que afirma una pretendida desproporción y correlativa vulneración del principio de mínima intervención en relación con la imposición a TESAU de la obligación de pedir autorización para modificaciones de red.

El artículo 10.4 de la Ley 30/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , establece que las obligaciones específicas que se imponen en mercados en los que no exista competencia efectiva se basarán en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de la Ley (entre otros, fomentar la competencia efectiva en los

mercados de telecomunicaciones). Por su parte, el artículo 4.2 del Reglamento de Mercados , aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, abunda en el mismo criterio.

Al respecto, la resolución de 23 de julio de 2009 recoge la argumentación que sigue:

*"III.5.3.4.2 Evolución tecnológica de la red de Telefónica*

*En esta segunda ronda de análisis de mercados, uno de los aspectos más relevantes está siendo el impacto de la evolución de la red Telefónica hacia las NGN en los diferentes servicios regulados. En los mercados de interconexión fija, por ejemplo, se están proponiendo obligaciones en relación con la interconexión IP, entendiendo que es la evolución natural de la interconexión de tráfico conmutado.*

*En lo que respecta a las líneas alquiladas, la evolución tecnológica natural de las líneas tradicionales son las prestadas con interfaces Ethernet, que están reguladas desde la primera ronda y ya cuentan con una oferta mayorista en el mercado. Por tanto, desde esa perspectiva la evolución tecnológica de las líneas alquiladas está cubierta desde el análisis efectuado en primera ronda.*

*No obstante, existen otros aspectos de la evolución de la red Telefónica que pueden tener un impacto en el mercado mayorista de líneas alquiladas y que deben ser tomados en consideración. En especial, el cierre de centrales de conmutación podría afectar a los operadores que tuvieran Puntos de Conexión o líneas alquiladas terminales dependientes de ella.*

*Por tanto, y al igual que en otros mercados, es necesario imponer a Telefónica la obligación de informar con una antelación de doce meses cualquier modificación de su red que tenga impacto en la prestación de los servicios de líneas alquiladas. Adicionalmente, estas modificaciones serán objeto de autorización previa por la CMT."*

Asimismo, en su Anexo I se expresa:

*"- Autorización previa e incorporación a la ORLA*

*Cuando existan modificaciones sobre la red de Telefónica (en especial por la evolución a NGN) que puedan afectar al suministro de los servicios de líneas alquiladas terminales prestadas por Telefónica, las condiciones aplicables a los mismos (incluidos los aspectos técnicos y condiciones económicas) deberán ser sometidas a la autorización previa por parte de la CMT y ser incluidas, de ser necesario, en la ORLA. Telefónica deberá informar a los operadores y a la CMT de dichas modificaciones con una antelación mínima de 12 meses.*

*- Cierre de centrales.*

*Las centrales abiertas a los servicios ORLA podrán clausurarse, en cuanto la totalidad líneas alquiladas dependientes de la central sean directamente accesibles de forma alternativa y en las condiciones aplicables autorizadas por la CMT, de conformidad con el punto anterior."*

En definitiva, los imperativos de proporcionalidad no sólo aparecen adecuadamente argumentados, trasluciendo la coherencia de la medida, acomodándose a una dilatada y conocida doctrina constitucional al objeto ("ad exemplum", Sentencias del Tribunal Constitucional 62/82 , 66/85 , 19/98 , 85/92 y 50/95 , traídas a colación en nuestras Sentencias de 18 de abril de 2007, recaída en el Recurso 698/05 y relativa a un mandato de información de la Comisión Nacional de la Energía, y de 3 de octubre de 2011, recaída en el Recurso 393/09 , y atinente a una definición y análisis de mercado efectuados por la CMT), en cuya virtud se requiere saber en cada supuesto si la medida cuestionada es apta para conseguir el objetivo propuesto, si también es necesaria (en el sentido de que no exista otra menos gravosa o más moderada para la consecución del propósito) y, en tercer término, si es equilibrada o ponderada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros valores o bienes en conflicto, criterio que es el que materialmente recoge el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , introducido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Tales exigencias, a la vista de la motivación administrativa, se satisfacen cumplidamente en las resoluciones combatidas, propendiendo a la evitación de incidencias o impactos gravosos en la planificación de líneas de terceros operadores y, por ende, en salvaguarda de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

**OCTAVO.-** De conformidad con el Artículo 139.1º de la Ley Jurisdiccional , no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.





## FALLAMOS

En nombre de S.M. El Rey, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

**PRIMERO.- DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo formulado por la entidad "**TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** ", contra las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 23 de julio de 2009, confirmada en la posterior de 29 de octubre del mismo año, a que se contraen las presentes actuaciones.

**SEGUNDO** .- No formular expreso pronunciamiento sobre las costas producidas.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ