



Roj: **SAN 477/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:477**

Id Cendoj: **28079230082020100081**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/01/2020**

Nº de Recurso: **997/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000997 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05572/2017

**Demandante:** TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.

**Procurador:** SRA. ROBLEDO MACHUCA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil veinte.

**Vistos** los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 997/2017** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Robledo Machuca** en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.**, contra la Resolución de 21 de junio de 2017 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se aprueba la adopción de sendos contratos tipo específicos para las variantes NEBA residencial y NEBA empresarial, según el texto de los Anexos I y II respectivamente. Frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado con una cuantía indeterminada. Se ha personado como codemandada la **ASOCIACIÓN**



**DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)** representada por el Procurador Sr. Hidalgo Martínez. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-**. Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución más arriba indicada.

Por decreto del Letrado de la Administración de Justicia se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO-**. Me diante escrito de 4 de abril de 2018 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando se dicte sentencia:

*"por la que en atención y por las razones consignadas en los Fundamentos de Derecho del presente escrito declare contraria a Derecho la Resolución de la CNMC de 21 de junio de 2017, y en tal sentido anule (i) la obligación impuesta a Telefónica de modificar el Contrato NEBA en su variante residencial; (ii) la obligación de tener disponible el servicio NEBA empresarial para clientes finales residenciales; (iii) la supresión de la situación de exceso de pedidos como causa de no aplicación del pago de penalizaciones a los operadores; y (iv) la eliminación de la facultad de Telefónica de suspender la prestación del servicio NEBA empresarial por retraso en el pago; conforme a los razonamientos recogidos en la presente demanda y todo ello con imposición de costas a la Administración demandada."*

**TERCERO-**. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar su desestimación, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que justifican su oposición al recurso.

La codemandada, ASTEL presentó igualmente escrito de contestación a la demanda, exponiendo cuantos fundamentos de hecho y de derecho estimó relevantes, y solicitando la confirmación del acto administrativo impugnado.

**CUARTO-**. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

**QUINTO-**. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 22 de enero de 2020 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO-**. Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada el día 21 de junio de 2017 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC que resuelve la solicitud presentada por la ahora actora TELEFONICA DE ESPAÑA SAU de definir un contrato tipo para NEBA en su variante empresarial.

Son antecedentes relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

- El día 15 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de Telefónica de España, S.A.U. por el que solicita a la CNMC la aprobación del "Contrato-tipo para la prestación del servicio Nuevo Ethernet de Banda Ancha en su variante empresarial por Telefónica de España S.A.U." para su incorporación a la oferta de referencia del servicio NEBA, aportando el citado contrato-tipo como anexo. El día 25 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Telefónica por el que subsana un error material en el contrato remitido.

- Se inicia el día 30 de noviembre de 2016 el procedimiento administrativo de modificación del contrato tipo en la oferta de referencia del servicio NEBA.

- Presentaron escritos de alegaciones la ahora codemandada, ASTEL, VODAFONE ONO SAU, ORANGE ESPAÑA SAU, VODAFONE ESPAÑA SAU, EUSKATEL S.A. y BT ESPAÑA.

**SEGUNDO-**. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: la actora comienza recordando los antecedentes relativos a la obligación que le incumbe de prestar el servicio NEBA empresarial en todo el territorio nacional, al haber sido declarado con poder significativo en el mercado 4 (acceso de alta calidad al por mayor facilitado en una ubicación fija); y el servicio NEBA residencial -a excepción



de aquellas centrales declaradas como competitivas-, como consecuencia del análisis del mercado 3b (acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas).

En cumplimiento de lo fijado en la Resolución de los Mercados 3 y 4, Telefónica procedió con fecha 4 de abril de 2016 a presentar a la CNMC la Oferta de Referencia del servicio NEBA residencial.

Señala el que denomina "contexto jurídico" con referencia a la ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, la Directiva 2002/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 adelante Directiva de Acceso) y el Reglamento de Mercados.

El recurso se centra en la alegada ilegalidad de la decisión administrativa impugnada al entender que no respeta el ordenamiento jurídico.

En concreto, la actora impugna los siguientes extremos:

1)-. En el Fundamento Jurídico II.1 de la Resolución de 21 de junio de 2017, se establece que por motivos de economía procesal se aprovecha la tramitación de este procedimiento OFE/DTSA/011/16 CONTRATO NEBA EMPRESARIAL no solo para modificar este contrato NEBA en su variante empresarial, sino también el Contrato NEBA residencial. Así la Resolución recurrida amplía el ámbito y el objeto de dicho expediente que, se inició exclusivamente con la finalidad de definir un contrato tipo para NEBA empresarial.

La actora considera que la decisión de la CNMC no es congruente con la solicitud inicial formulada por TELEFONICA, y ha agravado su situación inicial ampliando el objeto de un expediente que se circunscribía a la definición de un contrato tipo para NEBA empresarial. No puede ampararse en esta actuación la CNMC en el concepto de economía procesal.

2)-. La Resolución recurrida provoca inseguridad jurídica a Telefónica. Se denuncia falta de motivación y desviación de poder. Y ello porque se trata de contratos de servicios mayoristas distintos y que han sido aprobados en resoluciones diferentes, y se trata de servicios diferentes, por lo que no es inusual que los contratos de servicios mayoristas de Telefónica tengan contenidos distintos.

La Resolución recurrida genera una inseguridad jurídica relevante a TELEFONICA y, por ende, al resto de los operadores, dado que se irroga la facultad de modificar el contrato NEBA residencial pese a encontrarnos en un expediente de aprobación del contrato NEBA empresarial.

3)-. Con la finalidad de evitar el uso inadecuado del servicio NEBA empresarial, Telefónica considera que la denegación de la propuesta de adopción del término cliente empresarial realizada por la Resolución recurrida puede perjudicar la competencia en el mercado residencial, lo cual resulta contrario a uno de los objetivos de la LGTel como es el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, debiendo la CNMC velar para que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (art. 3 letra a).

La Resolución recurrida vulnera lo establecido en la Resolución de los Mercados 3 y 4, donde se fijó la desregulación del servicio NEBA en determinadas zonas identificadas como competitivas, dado que permite que clientes residenciales en dichas zonas puedan acceder al servicio NEBA a través de su variante empresarial. Ello supone una distorsión de la competencia que perjudica a Telefónica.

En conclusión, la obligación impuesta a Telefónica de tener disponible el servicio NEBA empresarial para clientes finales residenciales resulta desproporcionada, dado que (i) existen dos variantes del servicio NEBA, dirigidas a clientes finales diferentes; (ii) la propuesta de Telefónica de incluir el término cliente empresarial es acorde con lo fijado en la Resolución de los Mercados 3 y 4; (iii) se facilita la utilización del servicio NEBA empresarial a clientes finales residenciales, lo que provoca un uso inadecuado de dicho servicio; (iv) se menoscaba la competencia en el mercado residencial; y (v) se causa a Telefónica un perjuicio de difícil o imposible reparación.

4)-. Se impugna la modificación ordenada por la CNMC en relación con el exceso del pedido, por no considerar la Administración procedente que la existencia de un exceso de pedidos sea una causa unilateral de exoneración del pago de penalizaciones por parte de Telefónica.

Suprimir esta situación de exceso de pedidos es tanto como imponer a TELEFONICA una obligación desproporcionada como es que tenga que provisionar en plazo la totalidad de las solicitudes de servicio NEBA empresarial realizadas por un operador sea cual sea la cantidad de peticiones efectuadas. Como lo anterior excede las capacidades de gestión de Telefónica, la irremediable consecuencia es que en tales situaciones de solicitudes excesivas de servicio, la acotra se verá abocada a pagar las indemnizaciones que correspondan.

La supresión de la situación de exceso de pedidos como causa de no aplicación del pago de penalizaciones a los operadores no se encuentra suficientemente motivada.

5).- La eliminación de la facultad de TELEFÓNICA de suspender la prestación del servicio NEBA empresarial por retraso en el pago es contraria a derecho. Y ello porque la existencia de esta medida se encuentra plenamente justificada por la propia prestación del servicio NEBA empresarial, que se fundamenta en una serie de obligaciones recíprocas para ambas partes, resultando el pago -como causa de extinción de las obligaciones según lo dispuesto en el artículo 1156 del Código Civil (en adelante, CC)- la obligación esencial que debe cumplir el operador.

Esta imposibilidad de suspensión del servicio por impago provoca un claro desequilibrio entre las obligaciones a cumplir por las dos partes contratantes del servicio NEBA empresarial, dado que el prestador se ve obligado a mantener el servicio, mientras que el prestatario puede optar por no pagarlo, no tener que justificar este hecho y no tener mayores consecuencias negativas por ello.

**TERCERO-** El Abogado del Estado en nombre de la Administración demandada, alega lo siguiente:

- En cuanto a la posibilidad de apertura del procedimiento de oficio y no solo a instancia de parte, el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, en trasposición del artículo 9.2 de la Directiva de Acceso<sup>1</sup>, es potestad de la Comisión abrir el procedimiento de revisión de la oferta tras su comunicación, no solo a solicitud de parte sino también de oficio por propia iniciativa, según dispone el art. 59 LPAC.

En todo caso, tal iniciación de oficio no implica perjuicio alguno para la recurrente.

- En cuanto a la modificación del contrato NEBA residencial, una vez ya iniciado el citado expediente OFE/DTSA/011/16, en virtud de los principios de eficacia y economía procedimental, al objeto de acumular la tramitación de ambos expedientes en uno solo, para evitar contradicciones, inconsistencias y diferencias en aspectos comunes en la regulación del servicio NEBA en sus distintas variantes residencial y empresarial y de NEBA local, se comunicó a Telefónica y a todas las partes interesadas en el trámite de audiencia, garantizándoles su derecho de defensa.

- El mercado empresarial y, en consecuencia, el servicio NEBA empresarial no se definen a partir de la identidad de los demandantes y/o oferentes sino de los usos y servicios que los clientes finales empresariales demandan en la contratación de los servicios de conectividad. Por esta razón el servicio NEBA empresarial se configura a partir de dos características de servicio (obligatorias), como son (i) el tráfico de alta calidad y (ii) el mantenimiento Premium, y no la identidad del usuario final al que el operador demandante del servicio NEBA empresarial (operador alternativo) presta el servicio de conectividad.

La Resolución recurrida introduce unas cautelas en el contrato tipo para garantizar que el servicio efectivamente (i) esté disponible para los accesos de cualquier cliente final y (ii) sirva con carácter primario para atender el mercado de producto identificado (y se le dé un uso " eminentemente profesional ") sin interferir en el mercado residencial o de masas.

- En cuanto al no reconocimiento por la CNMC de la situación de exceso de pedidos como causa de exoneración del pago de penalizaciones a los operadores, cualquier exoneración del pago de penalizaciones debe por tanto ser valorada con suma cautela, pues dicha exención de pago minorará las posibilidades de que Telefónica se cifa escrupulosamente al cumplimiento de lo establecido por la regulación.

- Respecto de la eliminación de la posibilidad de suspender la prestación del servicio NEBA empresarial en caso de impagos o retraso en el pago, la suspensión o cese en la prestación de los servicios mayoristas regulados es una medida que necesariamente debe revestir un carácter excepcional.

La representación procesal de la codemandada ASTEL por su parte, en la contestación de la demanda, se opone a las pretensiones actoras con el siguiente fundamento:

1) -. la CNMC ha justificado debidamente las razones por las que no acepta los cambios solicitados por Telefónica, cuando indica que la cuestión ahora recurrida, ya fue discutida en detalle durante el procedimiento de análisis de los mercados 3 y 4 y rechazada.

Se indicó así en la Resolución impugnada, haciendo referencia a lo recogido en la Resolución de los Mercados 3 y 4:

(...)

" Por otra parte, como también se ha indicado, el servicio mayorista, como cualquier otro, estará disponible para los accesos de cualquier cliente final independientemente de su forma jurídica, de modo que no cabe acoger la alegación de BT de no permitir la contratación de este servicio mayorista a clientes residenciales; cabe recordar



que, del mismo modo, la oferta de líneas alquiladas está disponible para cualquier tipo de cliente final, puesto que se ha definido en función de las características del mercado minorista y no de la forma de sus destinatarios.

La definición del servicio mayorista de banda ancha empresarial sobre la base de las características técnicas del propio servicio y no sobre la condición de empresa o no del cliente final, determina por consiguiente que a la hora de contratar el servicio Telefónica no podrá requerir del operador demandante de acceso la posibilidad de que acredite la condición profesional del cliente al que va a prestar el servicio (sea a través de la provisión de un número CIF o por cualquier otro instrumento similar). Es decir, Telefónica no podrá limitar el acceso en función de quién sea el destinatario concreto del servicio mayorista aquí "considerado". 8

2) -. TESAU puede denunciar los usos que considere contrarios ante la CNMC, pero no puede pretender ser el que determine por sí misma si se ha incumplido la regulación como si se tratara del mismo regulador, requiriendo del operador que acredite la condición de profesional del cliente.

3) -. la CNMC ha justificado los motivos tanto en la Resolución impugnada como en la Resolución sobre NEBA Local, que son:

1. Dado que los pedidos que realizan los operadores, son en número mucho menores que los propios pedidos de la unidad minorista de Telefónica, no está nada claro el impacto de la menor parte sobre el mayor total.

2. Para evitar picos de demanda, ya existe precisamente la obligación que tienen los operadores de pasar a Telefónica sus previsiones de pedidos.

3. La propia Telefónica no contempla en sus servicios minoristas cláusulas de protección en caso de recibir muchos pedidos, por tanto si los aplica a sus competidores, les estaría claramente discriminando.

4. La excepción que solicita Telefónica no se ha aplicado jamás en ninguna de las ofertas mayoristas de ningún servicio regulado durante las pasadas dos décadas, sin que existan particularidades del NEBA que justifiquen ahora el criterio sostenido hasta la fecha para este particular servicio.

5. Telefónica no ha argumentado de manera alguna, con datos relevantes, en qué manera le puede afectar el exceso de pedidos, sin que exista informe de ningún tipo aportado por ella que lo justifique.

6. Siendo una medida que tendría tanto impacto precisamente en sus competidores, supone un planteamiento más cauto y racional el esperar a que se produzcan (en su caso) dichos impactos por excesos de pedidos para ver cómo se atajan.

**CUARTO-**. Co nstituyen un antecedente de esta sentencia, por guardar relación las cuestiones examinadas con alguna de las planteadas en este recurso, las siguientes sentencias:

1-. De catorce de marzo de 2018 dictada en el recurso contencioso-administrativo num. 510/2015 promovido por TELEFONICA DE ESPAÑA SA. contra la resolución dictada por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información el día 23 de julio de 2015 en materia de revisión del precio de la capacidad en PAI del servicio de banda ancha mayorista NEBA (expte. OFE/DTSA/1840/14). La sentencia fue desestimatoria.

Por auto del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2018 se declara la inadmisión del recurso de casación núm. 3737/2018 preparado por la representación procesal de Telefónica de España S.A.U, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, de 14 de marzo de 2018 (procedimiento ordinario núm. 510/2015).

2-. De cinco de diciembre de dos mil dieciocho, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 231/2017 promovido por Orange España, S.A.U., contra resolución de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, de 10 de enero de 2017, por la que se aprueba la revisión del precio de la capacidad en PAI del servicio de banda ancha mayorista NEBA. La sentencia fue desestimatoria. Declarada firme el día 8 de abril de 2019.

3-. De doce de diciembre de 2018 dictada en el recurso contencioso-administrativo num. 241/2017 promovido por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA. contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 10 de enero de 2017, por la que se aprueba la Oferta de Referencia del Servicio Mayorista NEBA Local. La sentencia fue desestimatoria.

**QUINTO-**. El primer motivo de recurso se centra en denunciar que la Resolución recurrida amplía el ámbito y el objeto del expediente que, se inició exclusivamente con la finalidad de definir un contrato tipo para NEBA empresarial. La actora considera que la decisión de la CNMC no es congruente con la solicitud inicial formulada por TELEFÓNICA, y ha agravado su situación inicial ampliando el objeto de un expediente que se circunscribía a la definición de un contrato tipo para NEBA empresarial. No puede ampararse en esta actuación la CNMC en el concepto de economía procesal.

La resolución impugnada reconoce claramente que el procedimiento se inició con el objeto de estudiar la solicitud de Telefónica de aprobación de un contrato tipo específico que rija las relaciones contractuales de los operadores alternativos que se adhieran a la Oferta NEBA de Telefónica para tener acceso a este servicio mayorista en su variante empresarial.

Y añade que, *" por razones de economía procesal se aprovechará la tramitación de este procedimiento al objeto de analizar qué modificaciones introducidas en las cláusulas del contrato tipo NEBA local, aprobado a través de la Resolución de la CNMC de 10 de enero de 2017, procede incorporar al contrato tipo de NEBA residencial y empresarial, con la finalidad de alinear las cláusulas que han de figurar en los diferentes tipos de contratos."*

Resulta así que, en primer lugar, la Resolución recurrida amplía el ámbito y el objeto del expediente pues en la resolución impugnada claramente se especifica que el escrito de TELEFÓNICA es de 25 de noviembre, que el 30 de noviembre mediante escrito de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual se notifica el inicio **de oficio** de un procedimiento administrativo de modificación del contrato tipo en la oferta de referencia del servicio NEBA a la ahora actora y a todos los operadores interesados.

TELEFÓNICA presentó escrito en el trámite de audiencia.

No puede aceptarse, en consecuencia, la alegación de que el procedimiento se inició exclusivamente con la finalidad de definir un contrato tipo para NEBA empresarial. Ni que la decisión de la CNMC, como se alega, no sea congruente con la solicitud inicial formulada por TELEFÓNICA, no apreciando la Sala el alegado "agravamiento" de la situación inicial de la ahora recurrente.

Ya ante la CNMC la ahora actora alegó que en ese concreto procedimiento no podía llevarse a cabo la modificación del contrato NEBA residencial, al ceñirse su solicitud únicamente a la variante empresarial.

Y ya se le contestó que, si bien la actora había presentado una solicitud, el expediente se inicia al amparo de lo dispuesto en el art. 20 de la ley 3/2013:

*"Por consiguiente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 3/2013, esta Comisión resulta competente para introducir cambios en la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA."*

Igualmente se señala que *" De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.4, párrafo segundo de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , se pone en su conocimiento que ha quedado iniciado de oficio procedimiento administrativo de modificación del contrato tipo en la oferta de referencia del servicio NEBA."*

En su escrito TELEFONICA solicita se dicte resolución por la que se apruebe el contrato tipo para la prestación del servicio NEBA en su variante empresarial, y se acuerde su incorporación a la oferta de referencia del servicio NEBA.

Es relevante recordar como las alegaciones de otras empresas del sector en el expediente señalan que la aprobación de un contrato tipo específico y diferente para la prestación del servicio NEBA, en su variante empresarial, sería contraria al marco regulatorio actual por lo que resulta del todo improcedente.

ORANGE alegó:

*" Por tanto, de las obligaciones impuestas a Telefónica en la Resolución sobre los Mercados 3 y 4 sobre el servicio NEBA en su variante empresarial y analizado el contenido actualmente en vigor de la oferta mayorista NEBA aprobada el pasado 10 de marzo de 2016, Orange considera que el contrato tipo ya existente en la oferta mayorista NEBA actual incluye los servicios mayoristas ofrecidos a los operadores en su variante empresarial sin necesidad de aprobar un contrato específico para esta variante en la que Telefónica, como analizaremos en el apartado siguiente, ha aprovechado además para eliminar determinadas condiciones hasta ahora vigentes en el contrato tipo aprobado en la oferta mayorista NEBA."*

EUSKATEL alegó:

*" en el mercado de referencia la variante empresarial viene definida por la tipología de servicio que se solicita y no por la naturaleza jurídica del cliente final, por lo que así debe definirse el contrato de TESAU con el operador. Si el concepto "variante empresarial" viene definido por el hecho de que el destinatario del servicio fuera una persona jurídica, deberían incluirse para la contratación todas las tipologías de servicio NEBA de las actuales "variante residencial" esto es, modalidades sin ausencia de tráfico best effort y sin necesidad de contratar el servicio Premium"*.

ASTEL alegó:

*"La Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, de 24 de febrero de 2016, (en*



adelante "Resolución de los Mercados 3 y 4"), impuso a Telefónica la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha (NEBA) en los términos de su Anexo 5, definiéndose dos variantes, residencial y empresarial, cuyas únicas diferencias son que la variante empresarial deberá incluir i) ANS de mantenimiento Premium y ii) tráfico de calidad superior a best effort en sus accesos. Por tanto, sólo si carece de alguna de estas características el acceso corresponde a la variante residencial del servicio (NEBA residencial), pero el resto de las condiciones son iguales.

Además, derivada de esta Resolución de Mercados 3 y 4, el 10 de marzo de 2016 se aprueba una nueva Resolución que revisa la Oferta NEBA.

(DTSA/1456/14/Revisión Oferta NEBA) y que aprueba el contrato tipo que será aplicable al servicio NEBA. Este contrato es único y sin distinción para ambos tipos de variantes ni se puede entender, interesadamente, que es aplicable sólo para la modalidad residencial dado que, como se ha indicado, no hay ninguna otra diferencia salvo la obligatoriedad de la contratación del mantenimiento Premium y el tráfico de calidad superior a Best Effort. ASTEL considera que no pueden establecerse condiciones contractuales diferentes para una modalidad-variante empresarial, en este caso- cuando la Resolución de Mercados sólo indica expresamente las citadas diferencias."

Igualmente se opusieron VODAFONE y BT España.

Como se alega por el Abogado del Estado, es potestad de la CNMC abrir el procedimiento de revisión de la oferta tras su comunicación, no solo a solicitud de parte sino también de oficio por propia iniciativa, dado que la ahora recurrente solicitaba que se dictara resolución de aprobación del contrato-tipo presentado y su incorporación a la citada oferta de referencia.

Sin embargo, TELEFONICA en los distintos escritos presentados por haber detectado errores, no indicó de manera específica los cambios introducidos en el contrato-tipo presentado, respecto del contrato en vigor para la modalidad del servicio NEBA residencial, ni su motivación, que facilitara a la Comisión su análisis a los efectos de su aprobación. Por esta razón queda totalmente justificada la conclusión alcanzada por la CNMC de apertura de oficio de un procedimiento en el que se estudia el contrato-tipo propuesto. Y en el marco de este estudio se aprecia que dada la regulación de este, y la íntima conexión entre el NEBA empresarial y el residencial, es preciso ampliar el estudio a este.

No se aprecia el alegado perjuicio, que vendría limitado a la no aceptación unilateral por la CNMC de las pretensiones de la ahora actora.

**SEXTO-** La recurrente alega a continuación que la Resolución recurrida le provoca inseguridad jurídica e incurre en falta de motivación y desviación de poder.

Y ello porque se trata de contratos de servicios mayoristas distintos y que han sido aprobados en resoluciones diferentes, y se trata de servicios diferentes, por lo que no es inusual que los contratos de servicios mayoristas de Telefónica tengan contenidos distintos. La Resolución recurrida genera una inseguridad jurídica relevante a TELEFONICA y, por ende, al resto de los operadores, dado que se irroga la facultad de modificar el contrato NEBA residencial pese a encontrarnos en un expediente de aprobación del contrato NEBA empresarial.

Continúa alegando una " clara falta de motivación de la Resolución recurrida, contraria a lo dispuesto en el artículo 35 de la LPACAP, dado que se limitan los derechos subjetivos y los intereses legítimos de esta parte, sin que en el acto administrativo se justifique adecuadamente dicho hecho."

Según TELEFONICA, la CNMC está incurriendo en desviación de poder, dado que mientras la propia denominación del expediente y el acto de inicio de fecha 30 de noviembre de 2016 se refieren inequívocamente a que se trata de un procedimiento abierto para la definición de un contrato tipo para NEBA empresarial, la Resolución recurrida pretende que tal revisión se extienda también al contrato NEBA residencial, cuando son documentos contractuales y prestaciones de servicios diferentes.

Cabe recordar que en la resolución de la CNMC de fecha 23 de junio de 2016 sobre la implementación de las modificaciones del servicio NEBA en los sistemas mayoristas, en su momento impugnado también por la ahora recurrente y confirmada por sentencia de esta Sala de 10 de julio de 2016 declarada firme por Decreto de 26 de octubre de 2017, en sus fundamentos razonaba que en la resolución de mercados, la CNMC impone a Telefónica la obligación de prestar el servicio mayorista de acceso indirecto de banda ancha en su variante empresarial ("NEBA empresarial") en todo el territorio nacional, mientras que la variante residencial ("NEBA residencial") tiene un ámbito de cobertura más reducido, retirándose la obligación de prestación del servicio NEBA actual en las áreas geográficas consideradas competitivas.

Se recogía entonces por esta Sala en la sentencia lo alegado por TESAU y en concreto como " el servicio NEBA se configura como un servicio mayorista de acceso indirecto de banda ancha, que está diseñado para



permitir la configuración flexible de productos minoristas por los operadores alternativos a TESAU, así como su independencia de las ofertas minoristas de TESAU. Que, respecto de la interacción entre los operadores y TESAU, la Resolución de 10 de marzo de 2016 dispone que para cursar solicitudes, remitir avisos de avería o acceder a la información necesaria, se utiliza la plataforma NEON de TESAU a través de los denominados Web Services, que posibilitan el establecimiento de comunicaciones remotas a través de internet entre máquinas de diferentes empresas u organizaciones y que permiten a los usuarios del sistema automatizar sus procesos internos, pudiendo realizarse accesos programados, de naturaleza desatendida, desde las máquinas clientes a las servidoras.

Añade que la Resolución de los Mercados 3 y 4 fija la obligación de TESAU de prestación del servicio NEBA a los operadores, aunque dentro del ámbito de aplicación de tal medida diferencia entre las variantes residencial y empresarial del propio servicio, estableciendo una doble distinción entre ambas variantes del servicio NEBA, al dotar al NEBA empresarial de unas características propias, como son el ANS de mantenimiento Premium y el tráfico de mayor calidad o prioridad que el tráfico Best-Effort, rasgos que no concurren en las conexiones de NEBA residencial; y, por otra parte, se obliga a proporcionar el servicio NEBA empresarial en todo el territorio nacional, mientras que se exime de la obligación de prestar la variante residencial del servicio en una serie de centrales que han sido consideradas como competitivas tras el oportuno análisis efectuado en la propia Resolución de los Mercados 3 y 4."

Se alegaba igualmente la desproporción de trasladar obligaciones del NEBA empresarial al residencial, y que se habían establecido por la CNMC "profundas diferencias regulatorias entre las variantes empresarial y residencial del servicio NEBA".

La Sala concluyó que si bien es conforme a derecho y así lo reconoció la CNMC, la solución adoptada por TELEFONICA orientada a la diferenciación de los servicios NEBA residencial y NEBA empresarial", la definición de conjuntos de códigos separados para las modalidades empresariales y residenciales limitaría las opciones de los operadores en el mercado residencial, ya que no podrían solicitar las velocidades más altas con calidades superiores a best-effort en las zonas reguladas, por lo que resulta necesario no excluir de la oferta residencial determinadas modalidades por el mero hecho de que Telefónica las haya designado como empresariales."

Estas referencias se incluyen porque, a juicio de esta Sala, no cabe duda respecto a la conformidad a derecho de las aseveraciones que efectúa el acto administrativo impugnado cuando señala que NEBA empresarial y NEBA residencial son dos variantes diferenciadas de un servicio mayorista de acceso indirecto, pero que, como se indicó en la resolución de fecha 23 de junio de 2016 sobre la implementación de las modificaciones del servicio NEBA en los sistemas mayoristas, se trata de dos variantes de un mismo servicio con diferentes funcionalidades y características técnicas y está plenamente justificado que en el mismo expediente se aborde el análisis de " qué modificaciones introducidas en las cláusulas del contrato tipo NEBA local, aprobado a través de la Resolución de la CNMC de 10 de enero de 2017, procede incorporar al contrato tipo de NEBA residencial y empresarial, con la finalidad de alinear las cláusulas que han de figurar en los diferentes tipos de contratos."

No se aprecia, a la vista de lo expuesto, la alegada vulneración del principio de seguridad jurídica, ni se aprecia la supuesta falta de motivación y desde luego no concurre la desviación de poder.

La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican ( artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

En este caso, no se aprecia la concurrencia de causa ilícita alguna, ni la necesaria, para apreciar la desviación de poder alegada, disfunción manifiesta entre el fin objetivo que contempla el ordenamiento jurídico para la concreta actuación administrativa y un no concretado fin subjetivo instrumental.

**SÉPTIMO-** En relación con la alegación relativa a la supresión de la situación de exceso de pedidos, como causa de no aplicación del pago de penalizaciones a los operadores, la resolución impugnada señala lo siguiente:

"Telefónica también alega respecto a la eliminación de las previsiones sobre exceso de pedido, ya que considera que pueden existir circunstancias que hagan imposible cumplir con los ANS comprometidos.

En la Resolución de 10 de enero de 2017 sobre NEBA local ya se justificó adecuadamente la eliminación de estas previsiones (cláusulas 4.2.6 y 11.5), remitiéndose esta Comisión a lo allí manifestado. Ello a pesar de que en sede de trámite de audiencia del presente procedimiento Telefónica haya solicitado la incorporación de una nueva propuesta de cláusula, en la que ahora sí que indica el porcentaje exacto (20%) de exceso de pedido (con respecto al volumen de solicitudes del mes anterior tramitadas al operador) que considera justificado para





permitirle unilateralmente exonerarse del pago de penalizaciones y del cumplimiento de los ANS, ya que sigue sin motivar la inclusión de esta cláusula y la fijación de dicho porcentaje de exceso.

Asimismo, Telefónica tampoco toma en cuenta que un exceso de pedido sobre el volumen de solicitudes del mes anterior (que según cada mes puede variar y no ser excesivamente elevado) puede no llegar a suponer per se una limitación en sus capacidades de gestión de los servicios, especialmente en comparación con el volumen de actividad que asume para sus servicios minoristas.

Además, a este respecto, como la propia Telefónica alega, esta operadora ya dispone del derecho regulado a que se le proporcione las previsiones de demanda de los operadores con suficiente antelación (seis meses), para que pueda planificar el despliegue y garantizar y facilitar la suficiencia de recursos humanos y de equipamiento material para su provisión. Por tanto, llegado el caso y ante la imposibilidad manifiesta de Telefónica de cumplir los ANS regulados, debido a fuertes discrepancias con las previsiones del operador, Telefónica siempre podría alegar este hecho ante la CNMC para que lo analice y resuelva según cada supuesto en cuestión.

Por último, cabe recordar que esta cláusula no está contemplada en otras ofertas de referencia de Telefónica de servicios regulados, como la OBA o la ORLA, por lo que la solicitud de Telefónica de inclusión de esta cláusula habría de debatirse en un expediente más global en el que se analice si esta solicitud se encuentra bien justificada, procediendo o no, en consecuencia, a incluir esta cláusula u otra que resuelva el problema detectado, en su caso, en los contratos-tipo de servicios regulados en todas las ofertas de referencia."

La resolución de la CNMC de 10 de enero de 2017 fue confirmada, examinando una alegación semejante de TELEFONICA en la sentencia dictada por esta Sala y Sección el día 12 de diciembre de 2018, en la que al respecto se dijo:

"Las cláusulas 3.2.6 y 10.5 del contrato tipo establecen una excepción para la aplicación de penalizaciones, en aquellos supuestos en que la indisponibilidad del servicio NEBA local pueda venir derivada de un "exceso de pedidos" por parte del operador contratante del servicio, o Telefónica considere que una determinada petición de uno o varios operadores "excede sus capacidades, de acuerdo con la evolución anterior de la demanda, y [...] el volumen de dicha petición puede impedir el cumplimiento de los tiempos de provisión garantizados".

La introducción de esta excepción para el abono de las penalizaciones que puedan derivarse de posibles retrasos en la provisión del servicio no parece justificada. Como se desprende del texto referenciado, Telefónica no cuantifica ni motiva los supuestos concretos en los que un posible "exceso de pedidos" podría impedir el cumplimiento de los tiempos de provisión, que este operador está obligado a asumir según la regulación vigente. Más aún, la determinación de los supuestos en que un exceso de pedidos por parte del operador contratante (individualmente, o incluso junto con otros solicitantes de acceso) podría dar lugar a una exención del pago de penalizaciones queda al arbitrio de Telefónica, quien por ejemplo podría invocar dicha excepción en casos en que el operador alternativo solicite un número de accesos ligeramente superior (por ejemplo, un incremento del 1%) al número de accesos solicitados previamente.

Cabe por otra parte señalar que esta excepción para el abono de las penalizaciones que puedan corresponder no está contemplada en la oferta mayorista equivalente que regula el acceso a la red de cobre de Telefónica (la oferta de acceso al bucle de abonado, OBA).

Dado lo que antecede, se considera necesario proceder a la reformulación de las cláusulas precitadas, con el objeto de suprimir las referencias a la existencia de un exceso de pedidos como causa unilateral de exoneración del pago de penalizaciones>>.

Dentro de las competencias de la CNMC, precisamente en función de principios que ya hemos citado en fundamento anterior, parece acertada la previsión de suprimir esta causa de no aplicación del pago de penalizaciones. Por una parte, el arbitrio de la operadora PSM podría ser excesivo, ante la ambigüedad de la previsión, suponiendo una ruptura del principio de aseguramiento de la provisión de los servicios mayoristas dentro de los plazos que se marquen en la Oferta de Referencia. Debemos tener en cuenta la importancia del correcto desarrollo de la banda ancha, en el momento actual, y que el posible exceso de pedidos debería ser, en todo caso, puntual por lo que podría compensarse si tomamos en consideración la totalidad de los operadores que formulan los pedidos."

Las precedentes consideraciones son íntegramente de aplicación en el supuesto enjuiciado, dada la identidad de situaciones fácticas y de las alegaciones de la recurrente. Únicamente cabría añadir que, pese a los precedentes señalados, la ahora actora continúa sin justificar el establecimiento del umbral del 20%, ni por qué no tiene en cuenta que el exceso de pedidos en un mes por parte de un operador puede compensarse con el déficit de pedidos de otro u otros operadores en el mismo periodo, ni por qué no toma en consideración la obligación de los operadores de facilitarle sus previsiones de demanda con seis meses de antelación.



En el escrito de conclusiones se limita a señalar que "este porcentaje se propuso teniendo en cuenta que un aumento de las solicitudes de servicio en una cantidad relevante excede de las capacidades de gestión de TESAU" y añade que " la necesidad de contratar nuevo personal instalador se produce tanto si dicha situación de exceso de pedidos es puntual o continuada en el tiempo" lo que supone no aclarar los extremos indicados más arriba.

El Abogado del Estado alegó en la contestación a la demanda que desde que Telefónica presta el servicio NEBA, disponible de manera efectiva desde el 1 de abril de 2014, según Resolución de esa fecha de la CNMC, no ha solicitado a la Comisión que analice y reconozca la existencia de exceso de pedidos por parte de alguno de los operadores alternativos demandantes del servicio. Y que , en este tiempo ningún operador ha solicitado la intervención de este organismo como consecuencia de que Telefónica le haya impagado las penalizaciones motivadas por el retraso en la entrega del servicio, motivado por un exceso de pedidos con respecto a los solicitados el mes anterior.

En el escrito de conclusiones no se contradicen tales afirmaciones que abundan en los argumentos que sostienen la confirmación de la resolución impugnada en este extremo.

**OCTAVO-** En relación con la cuestión relativa a la suspensión de la prestación del servicio por impago, la CNMC en la resolución impugnada razonó lo siguiente:

*"II.7.4 Suspensión del servicio*

*Finalmente, Telefónica alega que la facultad de suspensión del servicio en caso de impago no es incompatible con otras medidas, como la constitución de avales o la incursión en mora, que se destinan a reducir el impacto de la deuda ya contraída, por lo que solicita que se mantenga la cláusula con la finalidad de garantizar los futuros compromisos de pagos de facturas.*

*A este respecto cabe indicar que Telefónica continúa sin aportar justificación alguna de sus propuestas de inclusión de cláusulas en el contrato-tipo del servicio NEBA en su variante residencial o empresarial. Además, a los efectos de que Telefónica tenga garantías sobre el cobro de facturas futuras, la oferta ya prevé, en la cláusula 10 del contrato- tipo NEBA residencial, la posibilidad de revisar cada semestre la facturación mensual media y los informes de solvencia a los efectos de actualizar los avales en vigor.*

*Además, siguiendo lo dispuesto en la Resolución de 10 de febrero de 2011, por la que se analizó la solicitud de Telefónica de modificación de las medidas de aseguramiento de pago de sus ofertas mayoristas (RO 2010/902), se considera que el riesgo de mora o impago de un operador, si bien es inherente a todos los servicios mayoristas, en servicios de acceso como NEBA podría ser mínimo, ya que requiere que los operadores incurran en inversiones previas propias de las que se deduce un compromiso financiero con el servicio.*

*No obstante lo anterior, en el supuesto de que comenzaran a concurrir situaciones de mora o impago reiterado de los servicios NEBA por parte de los operadores demandantes de éste, Telefónica siempre podrá solicitar a esta Comisión que se refuercen en la oferta los mecanismos de aseguramiento de pago, por ejemplo mediante la regulación del sistema de prepago de las facturas -que garantiza el cobro de facturas futuras-, tal y como se encuentra previsto en otras ofertas de referencia como la OIR8."*

Esta Sala en la sentencia dictada el día 12 de diciembre de 2018 anteriormente citada, igualmente examinó una alegación de TELEFÓNICA relativa a esta cuestión, para desestimarla, en los siguientes términos:

*" En cuanto a la eliminación de la facultad de TESAU de suspender la prestación del servicio NEBA Local por retraso en el pago. Tal y como afirma la administración demandada, en la resolución impugnada se recogen mecanismos de incentivación del cumplimiento por parte de los operadores alternativos de sus obligaciones económicas con TESAU, tales como la constitución de fianza o la situación de mora por retraso en el pago (Cláusulas 9 y 7.5 del contrato tipo NEBA Local), permitiéndose la posibilidad de revisión semestral de la facturación mensual media así como los informes de solvencia, de cara a actualizar el importe de los avales prestados.*

*Es claro que la medida de suspensión en la prestación del servicio, caso de impago (aunque medie requerimiento y plazo para cumplir la obligación de pago), es excesivamente onerosa y de consecuencias graves. Por lo demás, tal y como afirma la administración demandada, el nivel de riesgo de impago o mora en los servicios asociados a la banda ancha, hasta el momento, no es equivalente sino menor al que se produce en otros servicios mayoristas. El nivel de inversión propia que requiere acceder al servicio NEBA Local implica un suficiente nivel de compromiso financiero por parte del operador alternativo, para contratar los accesos a nivel mayorista. Coincidimos con la resolución impugnada, en el sentido de que la medida que propone TESAU puede ser desproporcionada.*

*Cuestión distinta sería que un concreto operador alternativo tuviera un nivel de impagos elevado o persistente, situación fáctica que podría solventarse mediante la correspondiente solicitud de autorización a la CNMC para,*



*en el concreto caso, resolver el contrato con el operador que incumple. La interoperabilidad exigible respecto de los clientes finales, aconseja mantener en este punto los términos de la resolución impugnada."*

En el escrito de conclusiones, la actora alega que la suspensión del servicio por motivo del impago de los servicios no es un mecanismo de aseguramiento del pago, sino que se erige como una causa de interrupción del contrato, por motivo del incumplimiento unilateral y sin causa de la obligación más esencial del operador, como es el pago del servicio NEBA Empresarial prestado por TESAU.

Cabe recordar, como hace el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, que 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) en el considerando 19 señala:

*" Aunque la obligatoriedad de la concesión de acceso a la infraestructura de la red es justificable como instrumento para aumentar la competencia, las autoridades nacionales de reglamentación han de llegar a un equilibrio entre el derecho del propietario de una infraestructura a la explotación de la misma en beneficio propio y el derecho de otros proveedores de servicios competidores a acceder a recursos que resulten esenciales para el suministro de sus servicios. Cuando se imponga a los operadores obligaciones que les exijan acceder a las solicitudes razonables de acceso y uso de elementos de redes y recursos asociados, dichas solicitudes solo deben poder denegarse sobre la base de criterios objetivos como la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red." TELEFONICA no ha acreditado, y dado que es quién pretende establecer tal condición, la proporcionalidad de una medida como la del cese del acceso a los servicios mayoristas por un retraso en el pago de 7 a diez días. A estos efectos no basta la alegación de que " la existencia de esta medida se encuentra plenamente justificada por la propia prestación del servicio NEBA empresarial, que se fundamenta en una serie de obligaciones recíprocas para ambas partes, resultando el pago -como causa de extinción de las obligaciones según lo dispuesto en el artículo 1156 del Código Civil (en adelante, CC)- la obligación esencial que debe cumplir el operador." Así continúa señalando que "cualquier retraso en el pago" debe tener la consecuencia que propone. Y únicamente presenta un antecedente, el impago de servicios OBA por una única empresa.*

Por el conjunto de consideraciones expuestas, procede la íntegra desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnación.

**NOVENO-** Por aplicación de lo dispuesto en el art. 139 de la ley jurisdiccional procede condenar al pago de las costas a la parte actora que ha visto íntegramente desestimado su recurso .

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.**, contra la Resolución de 21 de junio de 2017 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

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