



Roj: **SAN 5338/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:5338**

Id Cendoj: **28079230082018100698**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **12/12/2018**

Nº de Recurso: **241/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000241 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01514/2017

Demandante: Telefónica de España, S.A.U.

Procurador: D^a. GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a doce de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **241/2017** promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca**, en nombre y representación de **Telefónica de España, S.A.U.**, contra resolución de 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.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado. Ha sido parte **codemandada Vodafone España, S.A.U.**, representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Ascensión de Gracia López Orcera**.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente



para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto el acto impugnado, y se anule: la obligación impuesta a Telefónica de realizar pruebas de laboratorio que posibiliten la inclusión de la funcionalidad multicast en el servicio NEBA Local; la supresión de la situación de exceso de pedidos como causa de no aplicación del pago de penalizaciones a los operadores; la eliminación de la facultad de Telefónica de suspender la prestación del servicio NEBA Local por retraso en el pago; y la obligación impuesta a la recurrente de permitir que los operadores puedan solicitar LAGL por medios alternativos a NEON, con 3 meses de antelación a la fecha de operatividad del servicio NEBA Local. Todo ello con imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso.

La codemandada, no presentó escrito de contestación, dejando precluir el plazo concedido.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones, salvo la codemandada, y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 14 de noviembre de 2018.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución impugnada señala, entre otros extremos:

<<El análisis de los mercados de banda ancha de la Resolución de los mercados 3 y 4 impone a Telefónica la obligación de prestar un nuevo servicio mayorista, denominado NEBA local, dentro del mercado 3a (acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija).... En particular, la Resolución de los mercados 3 y 4 impone, en su Anexo 4, lo siguiente: *"Telefónica deberá atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores a los servicios mayoristas de acceso desagregado virtual al bucle de fibra óptica (FTTH). Esta obligación se implementará mediante un acceso indirecto de banda ancha.*

(...) En cuanto al ámbito de aplicación de esta obligación de acceso, la Resolución de los mercados 3 y 4 establece que *"Telefónica estará obligada a prestar el servicio mayorista de referencia en todos los accesos FTTH sobre los que pueda prestar servicios minoristas de acceso de banda ancha. Se exceptúan los accesos situados en los municipios enumerados en el Anexo 8, de conformidad con los términos establecidos en la presente Resolución"*. Por lo tanto, no hay obligación de acceso para los accesos FTTH situados en los 66 municipios BAU, enumerados en el mencionado Anexo 8.

En cuanto a los precios a los que deberá ofrecerse este servicio mayorista, la Resolución de los mercados 3 y 4 elimina la orientación a los costes de producción vigente hasta ese momento para el acceso indirecto sobre NEBA a los accesos FTTH, estableciendo en su lugar, tanto para el servicio NEBA local (mercado 3a) como para el servicio NEBA (mercados 3b y 4, NEBA residencial y empresarial, respectivamente) que Telefónica deberá ofrecer el servicio a precios sujetos a un control de replicabilidad económica, descrito en el Anexo 6 de dicha Resolución>>.

Por otra parte, señala la resolución impugnada:

<<La propuesta de oferta de NEBA local mantiene la misma arquitectura de red que el servicio NEBA, lo cual es coherente con la Resolución de los mercados 3 y 4, que indica que el nuevo servicio NEBA local deberá estar basado en el servicio NEBA, de modo que resulte más fácil la implementación del nuevo servicio tanto para Telefónica como para los operadores alternativos.

En dicha arquitectura de red, Telefónica proporciona conectividad a nivel Ethernet entre el usuario (conectado a la ONT) y el punto de acceso (el PAI-L). Se trata de un canal de datos que resulta transparente a protocolos de nivel 3 y superior, de modo que Telefónica no examina dichos niveles de protocolos (por ejemplo, no examina direcciones IP), lo que proporciona al operador mayor independencia de la red de Telefónica y de sus minoristas. Es el mismo esquema de funcionamiento que siguen los servicios comparables en Europa, como se pone de manifiesto en el Informe sobre Características Comunes del BEREC.

Sobre este canal de transmisión, agnóstico al servicio minorista ofrecido, pueden implementarse los servicios concretos que un operador ofrezca a sus clientes; para ello se cuenta además con varios niveles de prioridad (best-effort, oro y realtime), que pueden usarse para implementar servicios que necesiten diferentes requerimientos de calidad de tráfico en caso de congestión puntual (como es el caso de telefonía IP, por



ejemplo). En cualquier caso, y dado que se trata de un punto de acceso local con contención prácticamente nula, las situaciones de congestión deberían ser prácticamente inexistentes.

Con esta arquitectura, un operador que quiera prestar servicios de IPTV debe enviar un flujo de datos, que contiene el video, a cada usuario que demande un canal de TV (por tanto, en modo unicast), es decir, debe usar el mismo esquema de transmisión de contenidos audiovisuales (llamado OTT) que emplean prestadores de servicio sin red de acceso, o como los usados por los propios operadores en algunas modalidades de su oferta de servicios de TV. Como consecuencia, el ancho de banda requerido en el PAI-L para IPTV es proporcional al ancho de banda por canal y al número de usuarios simultáneos de TV en el sector (en NEBA local, el PAI-L de la central cabecera).

En contraste, existen esquemas de distribución de IPTV que evitan esta dependencia del número de usuarios que ven un canal, de modo que el ancho de banda necesario es constante (no crece con el número de usuarios simultáneos del mismo canal). Se trata de la replicación de tramas multicast, aplicable cuando varios usuarios del mismo sector (PAI-L) ven el mismo canal de TV. Este esquema de transmisión permite enviar el flujo de datos de un canal de TV una sola vez al PAI-L, independientemente del número de usuarios que vean el canal simultáneamente, por lo que el ancho de banda será constante para un determinado número de canales visionados y con una calidad dada. Esta reducción del ancho de banda en el PAI-L es el objetivo de la funcionalidad pedida por los operadores para NEBA local>>.

Efectivamente la citada implantación de multicast en el servicio NEBA Local tiene considerable complejidad técnica. En este sentido conviene destacar que se indica en la resolución impugnada.

<<la funcionalidad pedida aumenta la complejidad del servicio NEBA local y tiene implicaciones potenciales sobre la estabilidad de los equipos en un entorno de uso intensivo, por varios operadores y con equipos de diferentes fabricantes y generaciones, y un número elevado de clientes. Las referencias internacionales no permiten concluir que esta funcionalidad sea habitual ni esté suficientemente probada en entornos multioperador y con un elevado número de clientes, pero sí ha sido impuesta o es ofrecida en varios países, y se encuentra, en los casos comparables, en sus inicios o en prueba piloto.

Ciertamente la imposición de una característica técnica en un servicio regulado, en el que el operador obligado está sometido a acuerdos de nivel de servicio y penalizaciones y debe asegurar el suministro del servicio mayorista, debe hacerse con las debidas cautelas, teniendo en cuenta el potencial impacto alegado sobre la integridad de la red y la consecuente afectación a los clientes de todos los operadores. Sin embargo, se trata de una funcionalidad que permite una optimización del tráfico a los operadores en un contexto de importancia creciente de la oferta de TV, y cuya inclusión en la oferta de referencia pondría en pie de igualdad a Telefónica y a los operadores en cuanto a las posibilidades y costes de prestar tal servicio, sin que ello represente rediseñar el servicio, sino que sería una funcionalidad opcional adicional>>.

SEGUNDO. - El primer motivo de impugnación hace referencia a la obligación de realizar pruebas de laboratorio que permitan la inclusión de la funcionalidad multicast en el servicio NEBA Local. Las referidas pruebas de laboratorio se realizan junto con los operadores interesados, con el fin de definir una especificación técnica y las condiciones operativas referidas a la funcionalidad de replicación multicast en el indicado servicio NEBA Local.

Es importante destacar que los costes de las pruebas citadas "serán asumidos entre las partes". Se establece la obligación de Telefónica de remitir a la CNMC y los operadores, en el plazo de dos meses, la propuesta de calendario. Se añade, además, que "durante las pruebas, en las que colaborará con los operadores interesados y a las que podrá asistir la CNMC, informará mensualmente a los operadores y a la CNMC del estado del proceso, identificando pruebas realizadas y resultados, dificultades encontradas y puntos de acción pendientes. En un plazo máximo de seis meses tras el envío del calendario de pruebas, enviará a la CNMC la especificación acordada y los resultados más importantes de las pruebas".

Bajo el prisma de la libre competencia, alternativas posibles y criterio de proporcionalidad, entendemos que debe desestimarse el motivo de impugnación.

Incide en ello la resolución objeto de recurso, pues indica que el uso del multicast es una ventaja competitiva "que puede ser reducida inicialmente pero crece con el tiempo, de modo que es conveniente tomar la decisión de examinar mediante pruebas la viabilidad de su implementación y no demorarla como propone Telefónica, puesto que dicha demora, sin actividades de evaluación de la funcionalidad, solo agravaría dicha desventaja, inicialmente reducida".

Por lo demás, señala la resolución impugnada (folio 44):



<<ya en la Resolución de los mercados 3 y 4 se indicó, al tratar sobre esta misma funcionalidad para el servicio NEBA, que sería posiblemente más eficiente para un operador prestar el servicio de televisión haciendo uso de la nueva oferta mayorista NEBA local. Y en efecto, es en esta oferta donde debe discutirse si la prestación de este servicio de TV, que forma parte del conjunto de servicios que pueden proveerse a nivel minorista a partir de la red de acceso de Telefónica (al igual que ocurre por ejemplo con los servicios de telefonía), necesita de la funcionalidad pedida de replicación multicast. Y no puede aceptarse la afirmación de Telefónica, en el sentido de que esta funcionalidad debe imponerse en todo caso en el marco del análisis de mercados, pues es en la oferta de referencia donde deben plasmarse los elementos que conducen a la replicabilidad técnica y económica, en función de los condicionantes que se estimen necesarios para cumplir con las obligaciones impuestas en el análisis de mercados (obligación de acceso, de transparencia, de no discriminación, de control de precios y separación de cuentas).

Por todo ello, se considera que deben explorarse vías para permitir a los operadores hacer uso en un futuro de esta funcionalidad de modo equivalente a como lo hace Telefónica para sí misma, definiendo si es preciso el servicio de tal modo que el impacto en los equipos de Telefónica se minimice y la estabilidad de la red se asegure. Sin embargo, no es prudente imponer una modificación de tal calado, que no cuenta con experiencias de uso que permitan evaluar su viabilidad en entornos masivos, en el plazo establecido de doce meses en que debe estar listo el servicio NEBA local, ni tampoco sería adecuado para el mercado aplazar la entrada en servicio del nuevo servicio NEBA local (...).

Telefónica deberá enviar en un plazo de dos meses una propuesta de calendario de pruebas a la CNMC y a los operadores que le han solicitado esta funcionalidad partiendo de la propuesta que han hecho los mismos con las modificaciones que Telefónica considere pertinentes y justifique, y en la que se contemple la fecha de comienzo (que deberá ser próxima), aspectos a probar, colaboración necesaria de los operadores, información necesaria por parte de los operadores, plazos, y cualquier otro aspecto relevante. Es importante que se trate de un proceso cooperativo en el que los operadores interesados participen muy directamente, también estando presentes al menos en algunas sesiones de las pruebas y accediendo a toda la información que se obtenga en el proceso>>.

La pretensión se centra en conseguir una especificación que permita, en el futuro, su incorporación a la Oferta de Referencia, con la idea ya plasmada de una introducción controlada y gradual de la funcionalidad, con carácter limitado en diversas centrales, encaminada a controlar el funcionamiento y estabilidad de la red. En definitiva, entendemos que la resolución, en este punto, plasma de forma sobrada las razones técnicas de la decisión que se adopta y, desde luego, es proporcionada al fin que persigue, tiende a favorecer la libre competencia y la alternativa que elige se comparte entre los operadores interesados.

TERCERO.- La parte también impugna el extremo referido a la supresión de la situación de exceso de pedidos, como causa de no aplicación del pago de penalizaciones a los operadores. En este punto, señala la resolución impugnada (folio 25):

<<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 formulen los pedidos.

CUARTO.- 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.

Por último, respecto de la medida relativa a permitir que los operadores puedan solicitar LAGL por medios alternativos a NEON, con 3 meses de antelación a la fecha de operatividad del servicio NEBA Local, debemos desestimar también la pretensión actora.

Señala la resolución de la CNMC que "Se define como servicio soporte la interfaz que permite dicha interconexión en el punto de entrega local. Puede ser una interfaz física, o varias interfaces físicas gestionadas como una única interfaz lógica (LAGL). En este punto tanto Telefónica como el operador deben establecer las infraestructuras para interconectar sus respectivas redes. Al igual que en NEBA, un LAGL puede contener hasta 8 puertos de 1 Gb/s (puertos GbE) o hasta 4 puertos de 10 Gb/s (puertos 10 GbE), disponibles con diferentes alcances.

En este punto debemos resaltar que la obligación de TESAU, de prestar servicios a través de NEBA Local es subsiguiente a la finalización de la obligación de prestar altas sobre NEBA transitorio, lo que se producía el 19 de enero de 2018. Afirma la administración demandada, y esta Sala suscribe, que la medida no es desproporcionada ni de imposible cumplimiento, pues el desarrollo de los Web Services se realizan por TESAU con antelación a los operadores, pudiendo dar prioridad al desarrollo de procesos internos, pues conoce la medida desde la notificación de la resolución impugnada. De forma potencial también se conocía dicha obligación con motivo de la consulta pública realizada en el expediente.

De forma añadida, las altas FTTH en zona cubierta por NEBA transitorio podrían implicar un periodo de tiempo de varias semanas hasta constituir los LAGL, lo que podría paralizar parcialmente la captación de clientes en las zonas concretas. Intentan paliarse, en definitiva, los inconvenientes facilitando la opción de enviar a TESAU por vías alternativas a NEON las solicitudes de establecimiento de LAGL en centrales cabecera con tres meses de antelación a la operatividad del servicio mayorista NEBA Local. Tal y como se afirma, la medida supone un esfuerzo para el operador con Peso Significativo de Mercado, pero asumible y no desproporcionado en función de la finalidad perseguida. Sensu contrario, podría ser excesivo imponer sobre los operadores alternativos la necesidad de proveer los Web Services en periodo de tiempo excesivamente corto, con el consiguiente riesgo de impacto negativo para el conjunto del mercado.

QUINTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer las costas a la parte recurrente

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca** , en nombre y representación de **Telefónica de España, S.A.U.** , contra resolución de 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, por ser ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 **no** tificación; 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDUC