



Roj: **SAN 3133/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3133**

Id Cendoj: **28079230082017100330**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **10/07/2017**

Nº de Recurso: **489/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000489 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05095/2016

**Demandante:** TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU

**Procurador:** D<sup>a</sup>. CARMEN ORTIZ CORNAGO

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

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

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

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

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

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

Madrid, a diez de julio de dos mil diecisiete.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo nº **489/16**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora D<sup>a</sup>. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de junio de 2016, sobre la implementación de las modificaciones del servicio NEBA en los sistemas mayoristas, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado. Se ha personado como codemandada la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. **ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.



## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, (TESAU), contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de junio de 2016, sobre la implementación de las modificaciones del servicio NEBA en los sistemas mayoristas.

**SEGUNDO:** Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, declare contraria a derecho la resolución de la CNMC de 23 de junio de 2016, con imposición de costas a la Administración demandada.

**TERCERO:** Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria del recurso.

**CUARTO:** La entidad codemandada, ASTEL, contestó la demanda oponiéndose al recurso, solicitando su desestimación, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

**QUINTO:** Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 5 de julio del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se dirige el presente recurso contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de junio de 2016, sobre la implementación de las modificaciones del servicio NEBA en los sistemas mayoristas, en la que se *RESUELVE*:

**Primero.-** Telefónica introducirá las modificaciones en el Web Service de cobertura derivadas de la resolución de mercados durante los días 17 y 18 de septiembre de 2016, respetando los requisitos indicados en el Anexo 1, de forma conjunta con los desarrollos de la resolución de modificación de la oferta NEBA de 10 de marzo de 2016 ya planificados para dicho mes, y sin modificar las denominaciones de campos ya existentes.

**SEGUNDO.-** *Telefónica modificará los Web Services de provisión durante los días 17 y 18 septiembre de 2016, respetando los requisitos indicados en el Anexo 1.*

En dicho Anexo 1 se establecen las condiciones aplicables a las modificaciones en los Web Services de provisión NEBA:

1) Clarificaciones relativas a los requisitos exigibles al menos hasta septiembre de 2016, en relación a las solicitudes gestionadas mediante los tipos de registro actuales:

- Aceptar las solicitudes de alta de NEBA para las modalidades hasta 30 Mbps, en todos los accesos.

- Aceptar las solicitudes de alta de NEBA residencial para todas las modalidades por encima de 30 Mbps que ha comunicado Telefónica en mayo y para las indicadas en el punto 3), así como los movimientos desde líneas activas del servicio NEBA actual, en los accesos de las centrales sometidas a obligación de acceso según la resolución de mercados.

- Aceptar las solicitudes de alta de NEBA empresarial, así como los movimientos desde líneas activas del servicio NEBA actual, siempre que la petición se curse con indicación de ANS Premium y calidad superior a best-effort.

2) Migraciones entre modalidades NEBA residencial y NEBA empresarial: los procedimientos y condiciones económicas aplicables serán los contemplados actualmente en la oferta NEBA para los cambios de modalidad (individuales y masivos). En caso de coincidir exactamente los tipos de tráfico y velocidades del perfil que el cliente tenga contratados con el empresarial al que se desea migrar el acceso, dicha migración tendrá carácter gratuito.

3) *Telefónica habilitará un nuevo código en la tabla de NEBA residencial para el perfil de calidad oro y máxima velocidad 16 ya disponible en la variante empresarial. De igual manera, también se duplicará en la tabla de modalidades residenciales el código de la modalidad empresarial con máxima velocidad que incluya tráfico best-effort, en cuanto esté disponible.*



*Asimismo, atenderá peticiones razonables de operadores de creación de nuevos códigos de modalidades residenciales equivalentes a las empresariales que ya estén disponibles, lo cual deberá gestionarse a la mayor brevedad, sin necesidad de aplicar el procedimiento de alta de nuevos perfiles.*

4) La puesta en producción de los nuevos WS de cobertura y de provisión se efectuará durante el fin de semana del 17-18 de septiembre de 2016.

Telefónica comunicará a los operadores la ventana de actuación concreta con la suficiente antelación. Asimismo, garantizará que la implementación se corresponde fielmente con las guías de uso distribuidas a los operadores y que la carga de los nuevos ficheros XSD no afecta a las funcionalidades actuales. Telefónica deberá tener previsto un procedimiento ágil de vuelta atrás en caso de incidencias.

Son antecedentes de dicha resolución los siguientes:

- El 24 de febrero de 2016 la CNMC adoptó la resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija (mercado 3a) y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (mercados 3b y 4), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Entre otras disposiciones, la resolución suprime las actuales obligaciones de

Telefónica de provisión de servicios de banda ancha mayorista en la zona considerada competitiva bajo los criterios de segmentación geográfica, con efectos una vez transcurrido un plazo de 6 meses a partir del día siguiente a la fecha de publicación de la resolución en el Boletín Oficial del Estado (por tanto, con fecha 4 de septiembre de 2016). En la zona en la que se determina que los mercados no son competitivos se imponen una serie de obligaciones en los mercados residencial (mercado 3b) y empresarial (mercado 4) de banda ancha mayorista.

- El 10 de marzo de 2016 la CNMC aprobó la resolución sobre la revisión de la oferta de referencia del servicio mayorista de banda ancha NEBA. En dicha resolución se impone a Telefónica la obligación de implementar una serie de funcionalidades, algunas de las cuales deben estar disponibles transcurrido un plazo de 6 meses desde la fecha de la resolución (10 de septiembre de 2016).

- Con fecha 21 de abril de 2016 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Orange, mediante el que expone que Telefónica comunicó a los operadores el 21 de marzo anterior determinadas modificaciones derivadas de la resolución de los mercados, las cuales afectarán a la plataforma mayorista (NEON) que soporta el servicio NEBA y que entrarían en funcionamiento el 16 de julio.

En concreto, las modificaciones afectan a los Web Services (WS) de consulta de cobertura y de provisión del servicio. Orange dice haber realizado un primer análisis de su alcance e impacto y remitido una serie de cuestiones a Telefónica, las cuales, según Orange, no han recibido respuesta satisfactoria.

Manifiesta que le supone un perjuicio irreparable la sustitución el 16 de julio de los WS actuales por los modificados. Por ello, Orange solicita la adopción de medidas cautelares por las que se declaren improcedentes las modificaciones planteadas por Telefónica en los sistemas de provisión del servicio NEBA, se declare su plazo de implantación (16 de julio de 2016) contrario a la regulación vigente y se establezca un plazo genérico de doce meses de convivencia que garantice el respeto al principio de interoperabilidad de los sistemas.

- Iniciado el correspondiente procedimiento, ASTEL presentó escrito de alegaciones, en el que señalaba que las modificaciones en el WS de cobertura suponen una perturbación grave en los sistemas de provisión en producción de los operadores y solicita que se establezca un periodo de convivencia de 6 meses de ambas versiones. En cuanto al WS de provisión, ASTEL considera que van más allá de las resoluciones de la CNMC y solicita que no se diferencien NEBA residencial y empresarial y, subsidiariamente, que se justifique dicha diferenciación y se garantice la migración automatizada entre modalidades.

- Colt Technology Services, S.A.U. presentó escrito de alegaciones manifestando no haber recibido la documentación relativa a los cambios en los Web Services por los cauces habituales de comunicación con Telefónica, lo que les deja en una situación de absoluta indefensión.

- En el trámite de audiencia presentaron alegaciones ASTEL, BT, Orange y Telefónica.

En los fundamentos de la resolución se razona, entre otras cuestiones, 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. Dicha desregulación,



que será efectiva a partir del mes de septiembre, tiene como consecuencia una modificación de los criterios de cobertura de los servicios que afectará inevitablemente a los operadores alternativos usuarios del servicio actual. Por lo cual, aunque no estaban previstas por la resolución de mercados, se considera razonable introducir modificaciones en el WS de información de cobertura para proporcionar esta nueva información, y los operadores alternativos deberán estar en condiciones de adaptarse a las mismas si desean incorporar los datos completos de cobertura en sus procesos de provisión.

En cuanto a la fecha fijada por Telefónica para el cambio de versión del WS de cobertura, se considera que no guardan relación con la entrada en vigor de la supresión de las obligaciones vigente en la fecha la adopción de la resolución de mercados, por lo que debe posponerse la entrada en funcionamiento de estos desarrollos hasta el mes de septiembre, agrupándolos con el conjunto de funcionalidades de la oferta NEBA ya previstos para esa fecha y que incluyen también algunos cambios menores en el WS de cobertura.

La introducción de un periodo de convivencia podría analizarse caso a caso en función del impacto y el alcance de los desarrollos, adoptándose dicho modelo de despliegue previa ponderación de los costes y beneficios que supondría para cada una de las partes. En el caso de Orange, este operador ha aportado el detalle de los sistemas afectados y el proyecto que tendrá que acometer para migrar a la nueva versión del WS de cobertura, pero no ha aportado el desglose e impacto de las tareas necesarias para únicamente mantener la continuidad de sus servicios. Por otra parte, a la vista de las guías de uso remitidas por Telefónica el 21 de marzo, las modificaciones en los WS son menores y no pueden considerarse disruptivas, con lo cual a priori no estaría justificado imponer un periodo de convivencia sobre la base del supuesto impacto de los cambios, pues estos se limitan a la inclusión de nuevos campos indicadores de cobertura de los servicios regulados, manteniéndose la lógica del servicio.

Se añade que, dado que Telefónica es proveedor de los servicios mayoristas y responsable de los sistemas que los soportan, parece razonable que disponga de un cierto margen para diseñar resolución técnica que dé cumplimiento a sus obligaciones regulatorias, siempre y cuando no entren en conflicto o contradicción con lo dispuesto en las resoluciones de la Comisión.

Desde el punto de vista de criterios de racionalidad, eficiencia y mínima discontinuidad posible, se concluye que la propuesta de modificación del WS de cobertura, que deberá implantarse en septiembre, resulta coherente con las disposiciones y criterios de la CNMC si mantiene la denominación de los campos existentes. La extensión del plazo hasta diciembre solicitada por Orange no está justificada.

En relación con los cambios en el WS de provisión de conexiones NEBA que propone Telefónica, se considera que no introducen nuevos campos en el WS de provisión, sino que únicamente se amplía el conjunto de valores posibles que puede tomar el campo que identifica el tipo de operación, para incluir las altas, bajas y movimientos postventa de NEBA empresarial distinguiéndolas del servicio NEBA residencial, sin modificar los tipos de registro ya existentes que pasan a referirse a las altas, bajas y otros movimientos del servicio NEBA residencial. De manera que Telefónica podrá introducir los cambios propuestos para el WS de provisión en septiembre. En el Anexo 1 se detallan una serie de condiciones que debe cumplir la puesta en producción de la nueva versión del WS, la gestión de altas y migraciones hacia NEBA empresarial y se clarifican determinados aspectos relativos a la tramitación de solicitudes durante el periodo de transición.

**SEGUNDO:** En el escrito de demanda se articula la impugnación de la anterior resolución en lo que se refiere a la obligación impuesta a TESAU en relación a la habilitación del perfil empresarial a máxima velocidad (actualmente 300Mb de velocidad descendente y 300Mb de velocidad ascendente), con calidad ORO en el servicio NEBA a nivel residencial (Anexo I, 3).

Alega que, de conformidad con el artículo 12.6 de la LGTel, las decisiones regulatorias de la CNMC a la hora de imponer, o modificar, las obligaciones a los operadores con poder significativo en el mercado deben acomodarse a los principios y requisitos de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación. Y el artículo 13.4 de la misma Ley obliga a la CNMC a ceñirse al canon de proporcionalidad en la imposición de obligaciones a los operadores que hayan sido identificados como operadores con poder significativo en los mercados de referencia. Que, conforme se establece en la Resolución de 10 de marzo de 2016, 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.

El servicio NEBA se presta bajo las calidades Best-Effort, ORO o Real-Time, dependiendo del caudal comprometido de tráfico que puede ser contratado por los operadores. El uso de las calidades Best-Effort u ORO depende de la criticidad de los servicios proporcionados y sirve exclusivamente para priorizar el tráfico en caso de congestión. En consecuencia, en el tráfico normal minorista se utiliza la calidad Best-Effort porque se trata de un tráfico menos crítico que, por ejemplo, el de empresas que usa la calidad ORO y donde resulta mucho más grave que existan cortes de servicio. La Resolución de los Mercados 3 y 4 y la Resolución de 10 de marzo de 2016 obligan a TESAU a disponer de aquellos perfiles del servicio NEBA que permitan la replicabilidad técnica de sus ofertas minoristas sobre accesos FTTH.

Dentro de la oferta minorista de TESAU dirigida al segmento residencial no se encuentra un servicio de 300Mb simétrico con calidad ORO, es decir, en el catálogo de TESAU no se dispone de una oferta que tenga 300Mb de velocidad tanto en sentido red>usuario (down), como en sentido usuario>red (up) y que tenga una exigencia de calidad superior a la Best-Effort que es la destinada al acceso a internet propiamente dicho.

Dado que la CNMC ha definido un nuevo mercado para establecer las condiciones regulatorias de los accesos indirectos destinados al segmento empresarial (mercado 4), no resulta proporcionado trasladar las obligaciones del NEBA empresarial al NEBA residencial. Si bien las obligaciones relativas al mantenimiento Premium son exclusivas del NEBA empresarial, también deberían serlo los perfiles específicos del mercado empresarial. De modo que el traslado que ha llevado a cabo la CNMC en lo relativo a proporcionar un perfil de 300Mb con calidad ORO en el NEBA residencial supone una discriminación para TESAU, que no utiliza perfiles ORO en su mercado residencial. La oferta minorista de acceso a internet de mayor velocidad que ofrece en la actualidad TESAU es la denominada "Fibra Óptica 300Mb", con la posibilidad de contratar "Fibra Simétrica" que ofrece la misma velocidad de bajada que de subida, esto es, 300Mb en ambos sentidos, pero con una calidad de servicio Best-Effort.

El único motivo de impugnación de la demanda se dirige contra el Resuelve Primero de la Resolución, que fija la obligación de TESAU de introducir las modificaciones en los Web Services del servicio NEBA conforme a los requisitos indicados en el Anexo 1 de la propia Resolución recurrida, entre los que se incluye la obligación de habilitación de un nuevo perfil en la variante residencial que reproduzca el actual perfil g5 correspondiente al servicio NEBA empresarial.

Considera la recurrente que esa obligación de tener disponible un perfil puramente de empresa en la variante residencial del servicio NEBA es desproporcionada. Existen diferencias considerables entre las variantes residencial y empresarial del servicio NEBA, tanto que la Resolución de los mercados 3 y 4 determina la existencia de un mercado propio de empresas como es el mercado 4, en contraposición al mercado 3b\_2 que está dirigido al segmento residencial, en lo que concierne a la prestación de servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha, como es el NEBA.

La obligación se considera como una medida desproporcionada por los siguientes motivos:

Incumple con el criterio de replicabilidad técnica impuesto por la CNMC, dado que dicha modalidad no tiene su reflejo en la oferta minorista de TESAU.

La CNMC ha establecido profundas diferencias regulatorias entre las variantes empresarial y residencial del servicio NEBA, por lo que no es posible asimilar las modalidades de un servicio al otro.

Se trata de un perfil que por sus características está dirigido únicamente a los clientes empresariales, puesto que un cliente de tipo residencial no precisa disponer en su conexión a internet de las garantías de tráfico que proporciona la calidad ORO.



Los operadores prácticamente no han solicitado a TESAU conexiones del servicio NEBA residencial con perfiles de calidad ORO, resultando que únicamente un 0,08% del total de conexiones de dicha variante tienen tal calidad ORO.

Ningún operador ha solicitado a TESAU la inclusión de la modalidad a máxima velocidad con calidad ORO en NEBA residencial con la correspondiente previsión de demanda del mismo, lo que permitiría evaluar que efectivamente dicho perfil va a ser utilizado.

Añade que TESAU ha solicitado 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.", con la finalidad de su incorporación a la Oferta de Referencia del servicio NEBA. Y la CNMC ha abierto el procedimiento relativo a la definición de un contrato tipo para NEBA empresarial.

No se trata de dos variantes de un mismo servicio mayorista, sino de dos relaciones contractuales completamente diferentes que se encuentran reguladas en dos documentos distintos.

Se denuncia que la Resolución recurrida vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos fijado en el artículo 9.3 de la CE, que consagra la proscripción de toda actuación carente de justificación o de carácter arbitrario.

Afirma que la CNMC utilizando un expediente de análisis de las modificaciones operadas por TESAU en los Web Services del servicio NEBA, termina modificando el propio servicio NEBA, por lo que nos encontramos ante una extralimitación del objeto del procedimiento administrativo. En todo caso, la medida debió haberse impuesto a TESAU en el expediente OFE/DTSA/1456/14/REVISION OFERTA NEBA, resuelto mediante la Resolución de 10 de marzo de 2016, o en el marco de una futura revisión de la propia Oferta NEBA, pero en ningún caso en el seno de un expediente abierto para otra finalidad completamente distinta.

Concluye que la Resolución objeto del presente recurso es nula de pleno derecho, puesto que conforme a lo indicado anteriormente se trata de una decisión arbitraria, con la consiguiente vulneración del artículo 9.3 de la CE, que supone una infracción del principio de proporcionalidad que rige en el sector de las telecomunicaciones y que además se ha impuesto sin respetar las condiciones que deben cumplir los Reguladores a la hora de imponer, modificar o mantener obligaciones.

**TERCERO:** El Abogado del Estado se opone al recurso, tras exponer las características del servicio NEBA y al análisis de mercados de banda ancha de febrero de 2016, concluye que el hecho de que Telefónica no ofrezca acceso de banda ancha de calidad oro o similar a sus clientes particulares o residenciales no implica en absoluto que no pueda haber perfiles con tráfico oro en la tabla de NEBA residencial. En primer lugar, porque la separación en dos tablas es una opción elegida por Telefónica, no impuesta. En segundo lugar, porque los accesos NEBA residencial deben ser aptos para todo tipo de clientes finales y para todos los servicios posibles, siendo las únicas limitaciones las establecidas para NEBA empresarial (que no puede tener tráfico best-effort y debe tener mantenimiento Premium). Y en tercer lugar, porque los operadores deben poder ofrecer servicios independientemente de los que ofrezca Telefónica. Y si para posibilitarlo tan solo debe incluirse un perfil oro, ya existente en la tabla de perfiles empresariales y por tanto también en la red, en la tabla de perfiles residenciales, ello debe considerarse a todas luces una mínima intervención totalmente proporcionada y justificada.

Sobre el hecho de que tramite un expediente de aprobación del contrato-tipo de la variante empresarial de NEBA, que invoca la recurrente, razona que se trata de dos variantes de un mismo servicio, con diferentes funcionalidades y características técnicas, en base a mercados que tienen características y entornos competitivos diferentes, variantes que no obstante comparten muchas características comunes. Para facilitar su gestión se admitió en la resolución objeto de la demanda la separación de los perfiles en dos grupos y se analiza en la actualidad si es conveniente complementar este marco con un nuevo contrato-tipo. Sin embargo, ello en modo alguno da respuesta a las dificultades que ha causado Telefónica al excluir unilateralmente de la variante residencial las opciones de conexión que introdujo en la variante empresarial.

Se afirma que la obligación de que el perfil de máxima velocidad de la calidad oro esté disponible no sólo en la variante empresarial de NEBA sino también en la variante residencial es la solución más proporcionada y menos gravosa para dar respuesta a unas dificultades introducidas unilateralmente por Telefónica y denunciadas por ASTEL y BT. De otro modo, la CNMC debería haber rechazado la propuesta de Telefónica y haber mantenido una única tabla de perfiles común a las dos variantes.

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

Alega que:



- La Resolución de los Mercados 3 y 4 no diferencia las modalidades residenciales de las empresariales en base al tráfico de calidad ORO.

En la Resolución de Mercados 3 y 4, se 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 a nivel técnico son que la variante empresarial deberá incluir i) ANS de mantenimiento Premium y ii) tráfico de calidad superior a Best Effort (i.e. ORO y/o Real Time) en sus accesos.

Contrariamente a lo que indica Telefónica, la Resolución de los Mercados 3 y 4, no diferenció las modalidades residenciales de las empresariales en base al tipo de tráfico (Best Effort para residencial y ORO para empresarial) ni restringió que las modalidades residenciales no pudieran contener tráfico ORO, siendo el tráfico ORO igualmente aplicable para cualquier tipo de clientes. La única diferencia entre las posibles modalidades NEBA es la inexistencia de tráfico Best Effort para las modalidades de empresas, así como la obligatoriedad de la contratación del mantenimiento Premium para las mismas.

El hecho de que Telefónica no tenga interés en comercializarlas a sus clientes residenciales no puede impedir que el resto de operadores lo hagan.

- El principio de replicabilidad permite conexiones en mayorista que Telefónica no comercialice en minorista.

Establecer una modalidad mayorista que no tiene equivalencia en minorista no vulnera el principio de replicabilidad. El principio de replicabilidad técnica es una garantía de competitividad pero tanto Telefónica como los operadores son libres de comercializar a sus clientes minoristas las modalidades que les parezcan más oportunas. El servicio NEBA debe permitir la replicabilidad técnica de las ofertas minoristas de Telefónica y también la configuración flexible de productos minoristas por parte de los alternativos, de forma que puedan ofrecer productos diferentes a los de la propia Telefónica y de otros competidores.

- La Resolución de la CNMC es consecuencia de un expediente en el que los operadores se han opuesto a la diferenciación de modalidades y a la necesidad de que todas estén disponibles para la variante residencial y empresas.

El procedimiento se inició debido a las quejas de los operadores, ya que fue precisamente Telefónica quien, en un cambio de web services del servicio, aprovechaba para limitar los servicios a ofrecer a los operadores y realizar determinadas modificaciones de manera unilateral extralimitándose respecto de lo dispuesto en la Resolución de mercados.

- el contrato tipo para prestar el servicio NEBA 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 de calidad superior a Best Effort.

**QUINTO:** Para dar respuesta a la cuestión planteada por la recurrente, hemos de partir del contexto en que se ha adoptado la resolución impugnada y, concretamente, la condición impugnada, de las establecidas en el Anexo I. Pues, tal como alega ASTEL y resulta del expediente, el procedimiento se inició debido a las quejas de los operadores frente a la iniciativa de Telefónica de modificar unilateralmente su web services, limitando los servicios a ofrecer a los operadores.

Como se expone en los antecedentes fácticos de la resolución, Orange presentó escrito exponiendo que Telefónica había comunicado a los operadores determinadas modificaciones derivadas de la resolución de los mercados, las cuales afectarían a la plataforma mayorista (NEON) que soporta el servicio NEBA, las cuales afectaban a los Web Services (WS) de consulta de cobertura y de provisión del servicio. Y, además de cuestionar la fecha fijada por TESAU para hacerlas efectivas, Orange solicitaba de la Comisión la adopción de medidas cautelares declarando improcedentes las modificaciones planteadas por Telefónica en los sistemas de provisión del servicio NEBA.

Ello dio lugar a la incoación del correspondiente procedimiento, en el cual diversos operadores y ASTEL hicieron alegaciones en oposición a las modificaciones en el WS de cobertura comunicado por TESAU.

La Comisión reconoce el derecho de Telefónica a introducir los cambios propuestos para el WS de provisión, pero estableciendo en el Anexo 1 una serie de condiciones que debe cumplir la puesta en servicio de la nueva versión del WS. Entre ellas la aquí combatida, consistente en habilitar un nuevo código en la tabla de NEBA residencial para el perfil de calidad oro y máxima velocidad 16, disponible en la variante empresarial; duplicar en la tabla de modalidades residenciales el código de la modalidad empresarial con máxima velocidad que incluya tráfico best-effort, en cuanto esté disponible; atender peticiones razonables de operadores de creación de nuevos códigos de modalidades residenciales equivalentes a las empresariales que ya estén disponibles.



La recurrente considera que se trata de una medida desproporcionada por los motivos arriba expuestos.

Motivos que la Sala no comparte, por cuanto solo encuentran justificación desde la perspectiva de la defensa de los intereses empresariales de TESAU, pero no evidencian la infracción de precepto normativo alguno ni, desde luego, una actuación arbitraria por parte de la CNMC, a quien competen las funciones que le atribuye el artículo 6 de la Ley 3/2013, en los siguientes términos:

*«La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:*

- 1. Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.*
- 2. Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constate que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.*
- 3. Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.*
- 4. Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley.*
- 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.*
- 6. Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.»*

Las referencias a la Ley 32/2003 han de entenderse hechas a la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Ley que establece, en su artículo 14 :

*"1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 5 de este artículo, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones específicas en materia de:*

- a) Transparencia, en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, (...)*
- b) No discriminación, que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.*

*(...)*

*4. Cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia imponga obligaciones específicas a un operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas para que facilite acceso podrá establecer determinadas condiciones técnicas u operativas al citado operador o a los beneficiarios de dicho acceso siempre que ello sea necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red, conforme se establezca mediante real decreto. Las obligaciones de atenerse a normas o especificaciones técnicas concretas estarán de acuerdo con las normas a que se refiere el artículo 11.*

*(...)"*

Por su parte, el artículo 7.2 y 3 del Reglamento MAN otorga a la CNMC la facultad de determinar la información concreta que deberán contener las ofertas, el nivel de detalle exigido y la modalidad de su publicación o puesta a disposición de las partes interesadas, habida cuenta de la naturaleza y propósito de la información en cuestión. Así como la de introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones.

Y la Directiva de Acceso ( Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002) en su artículo 9.2, establece que las autoridades nacionales de reglamentación podrán introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la Directiva.

Como hemos dicho, la iniciativa de TESAU de modificar su WS, comunicada a los operadores, dio lugar a la reacción de estos ante la Comisión, que en la resolución impugnada reconoce la facultad de TESAU de modificar su WS conforme a la solución técnica oportuna para dar cumplimiento a las obligaciones regulatorias



impuestas en su condición de proveedor de los servicios mayoristas, pero establece una serie de condiciones para garantizar los derechos de los operadores alternativos.

Parte la Comisión del criterio de que la solución adoptada por Telefónica, orientada a la diferenciación de los servicios NEBA residencial y NEBA empresarial, no contraviene las disposiciones de la resolución de mercados, es razonable y se adecua a una eventual evolución diferente de uno y otro servicio, favoreciendo su independencia mutua a nivel de sistemas ante futuras funcionalidades o cambios que pudieran ser aplicables solamente a una de las dos variantes. Pero, considera que 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. Y a ello responde la condición impugnada.

**SEXTO:** Conforme a lo expuesto, hemos de concluir que la CNMC ha actuado en ejercicio de sus facultades en el marco regulatorio de los mercados, tomando en consideración las alegaciones de TESAU y de los operadores alternativos que han intervenido en el procedimiento, equilibrando la libertad de TESAU para introducir cambios en la WS con los derechos de los demás operadores, desde el prisma de la garantía de la libre competencia y prestación del servicio en igualdad de condiciones. Por lo que no se evidencia que la medida sea desproporcionada e injustificada. Por el contrario, en la resolución recurrida se hace una precisa y razonada fundamentación al respecto.

Por otra parte, la condición ha sido impuesta en un procedimiento en el que no cabe apreciar vicio procedimental invalidante, habiéndose observado los derechos de defensa y contradicción de los intervinientes.

Por lo que respecta a la condición controvertida, no parece fundamentada la alegación de que infringe el criterio de replicabilidad técnica, por el hecho de que se trate de garantizar que los operadores alternativos puedan ofrecer en el mercado minorista una modalidad de servicio NEBA residencial que TESAU no considera oportuno ofrecer a sus clientes en el mercado minorista. En todo caso, esa decisión empresarial puede variar en cualquier momento. Y el hecho de que se garantice la posibilidad de oferta de NEBA residencial con perfil oro y máxima velocidad no implica que los operadores tengan que hacer uso de esa posibilidad en sus ofertas minoristas.

Tampoco compromete la legalidad de la condición el hecho de que no sea frecuente -o no lo haya sido hasta el momento- que los operadores soliciten a TESAU acceso al servicio NEBA residencial con perfiles de calidad oro, pues se trata de garantizar la posibilidad de hacerlo, no de imponer la obligación de acceso o conexión, con tales características de tráfico, a ningún operador. En definitiva, de garantizar la prestación del servicio en igualdad de condiciones.

Hemos de añadir que, del análisis de las resoluciones de febrero y marzo de 2016, no aprecia el tribunal que el perfil calidad oro quede reservado exclusivamente para clientes de NEBA empresarial. Por otra parte, no justifica la recurrente razones jurídicas que permitan afirmar que los perfiles de la Tabla de NEBA residencial deban limitarse respecto de los de la Tabla de NEBA empresarial, una vez que TESAU ha decidido unilateralmente, en ejercicio de sus facultades, separar una y otra, de tal manera que el tráfico oro quede reservado para la modalidad empresarial.

La condición impuesta resulta adecuada y proporcionada, sin que quepa apreciar la denunciada arbitrariedad, sino que, por el contrario, es una garantía del principio de no discriminación. No siendo revelador de la arbitrariedad o desproporcionalidad de la medida, que sostiene la recurrente, la circunstancia de que se tramite un expediente para la eventual aprobación de un contrato-tipo de NEBA empresarial.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

**SÉPTIMO:** A tenor de lo establecido en el artículo 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la entidad recurrente.

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

## FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D<sup>a</sup>. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de junio de 2016, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos.



Con condena en costas a la parte recurrente.

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 CENDOJ