



Roj: **SAN 651/2021 - ECLI:ES:AN:2021:651**

Id Cendoj: **28079230082021100093**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/02/2021**

Nº de Recurso: **640/2018**

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: 0000640 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03275/2018

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA SAU

Procurador: SRA. ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL), ORANGE ESPAÑA SAU, VODAFONE ESPAÑA, S.A.U Y VODAFONE ONO, S.A.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 640/2018** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Ortiz Cornago** en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU**, contra la Resolución de 5 de abril de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente OFE/DTSA/011/17 EdS 10GbE, relativa a la modificación del Servicio de Entrega de Señal de la OBA para introducir los circuitos tipo 10 Gigabit Ethernet y revisar la modalidad de fibra oscura. Frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado habiendo comparecido como codemandada la **Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL)**, representada por el Procurador de los Tribunales,



Sr. Hidalgo Martínez, ORANGE ESPAÑA SAU representada por el Procurador **Sr. Alonso Verdú, Vodafone España, S.A.U y Vodafone Ono, S.A.U.** representados por la Procuradora **Sra. De Gracia López Orcera**, con una cuantía indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado **Dª MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución más arriba indicada mediante escrito de 4 de junio de 2018.

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 29 de abril de 2019 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 con los pronunciamientos siguientes:

I.- Anule la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 5 de abril de 2018, dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente OFE/DTSA/011/17 EdS 10GbE, relativo a la modificación del Servicio de Entrega de Señal de la OBA para introducir los circuitos tipo 10 Gigabit Ethernet y revisar la modalidad de fibra oscura;

II.- Acuerde el restablecimiento de la situación jurídica perturbada, mediante el reconocimiento del derecho de Telefónica a refacturar los servicios a los precios vigentes y aplicables con respecto a las ofertas comerciales aplicables con anterioridad a dictarse la Resolución Recurrída, con los intereses legales correspondientes.

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 representación procesal de ASTEL igualmente contestó a la demanda y se opuso a la misma, solicitando su desestimación.

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 17 de febrero de 2021 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 por la CNMC el día 5 de abril de 2018 sobre la modificación del servicio de entrega de señal de la OBA para introducir los circuitos tipo 10 gigabit ethernet y revisar la modalidad de fibra oscura expediente OFE/DTSA/011/17 EdS 10 GbE

La parte dispositiva tiene el siguiente tenor literal:

Primero.- Aprobar la modificación del capítulo 3 y Anexo 1 de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U., de acuerdo con lo establecido en el Anexo 3 de la presente Resolución, para introducir la modalidad de Entrega de Señal de capacidad portadora a 10 GbE y las nuevas condiciones de la Entrega de Señal por fibra oscura.

Segundo.- Aprobar la modificación de la lista de precios de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. de acuerdo con lo establecido en el Anexo 3 de la presente Resolución, para introducir los de la nueva modalidad de entrega de señal mediante capacidad portadora 10 GbE, que serán de aplicación al día siguiente de la notificación de esta Resolución a Telefónica de España, S.A.U.

Tercero.- La aplicación de los procedimientos, acuerdos de nivel de servicio (SLAs) y plazos regulados para la nueva modalidad de entrega de señal 10 GbE introducida surtirá efectos una vez transcurrido un mes desde la notificación de esta Resolución a Telefónica de España, S.A.U.

Cuarto.- El texto consolidado de la oferta incluido como Anexo 5 será publicado por la CNMC en su página web y Telefónica deberá publicarlo en su página web en el plazo máximo de 10 días a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución.



Quinto.- A partir de la entrada en vigor de esta Resolución, los operadores podrán solicitar, mediante petición por escrito, la revisión automática de las condiciones económicas y de nivel de servicio establecidas de las EdS de 10GbE contratadas en condiciones comerciales.

La modificación de dichas condiciones económicas entrará en vigor a partir de la fecha de la notificación de la solicitud del operador mientras que las condiciones relativas a los SLAs regirán transcurrido un mes desde dicha solicitud.

Sexto.- Salvo imposibilidad técnica demostrada y justificada que también afecte a la configuración de sus enlaces y servicios, Telefónica deberá asegurar, de forma equivalente a como lo haría para la estructura de su propia red y sin que implique sobrecoste alguno, la utilización de infraestructuras distintas a la salida de la central en la provisión de múltiples servicios de entrega de señal suministrados en dicha central a un mismo operador, sean o no de la misma modalidad, e informará al operador de los detalles del trazado."

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

Con fecha 5 de mayo de 2017 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de Orange Espagne, S.A. sociedad unipersonal (en adelante, Orange) en el que solicita la modificación del servicio de entrega de señal (EdS) de la Oferta de Referencia de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España S.A. sociedad unipersonal (en adelante, Telefónica) para: (i) introducir una nueva modalidad basada en circuitos tipo 10 Gigabit Ethernet (10 GbE), (ii) modificar las condiciones actualmente reguladas para la modalidad de fibra oscura y (iii) configurar arquitecturas en anillo con ambas modalidades para dotar de redundancia a la EdS.

Mediante un escrito de fecha 16 de mayo de 2017 de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual se comunicó a los interesados en el expediente el inicio de oficio del presente procedimiento administrativo de modificación de la OBA.

Presentadas las correspondientes alegaciones el procedimiento finalizó con la decisión impugnada.

TERCERO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

Falta de competencia de CNMC para imponer obligaciones en un mercado que se desarrolla en un entorno de competencia efectiva como es el de la fibra oscura.

Vulneración del principio de mínima intervención y de libertad de empresa en cuestiones que recaen en el ámbito civil. Artículo 122.1 y 81 Constitución en relación con el artículo 9.2 LOPJ y el 1544 del Código Civil.

La Resolución recurrida genera indefensión. En sus páginas 12, 13, 27 y 29 a 31 incorpora las siguientes obligaciones a mi representada que no constaban en el trámite de audiencia y sobre las que, por tanto, mi representada no ha podido verter las alegaciones oportunas.

La obligación de aportar determinada información impuesta por la Resolución a Telefónica es desproporcionada y vulnera el artículo 10.1 LGTel en relación con el 28.2 LCNMC.

La Resolución recurrida resulta desproporcionada y arbitraria. Omisión del procedimiento legalmente establecido para imponer nuevas obligaciones

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

En relación con el primer motivo de recurso la alegación fue hecha valer y desestimada por esta Sala en su sentencia de 17 de diciembre de 2014. En todo caso, la CNMC es competente pues en virtud de sus competencias en materia de análisis de mercado, y así se impusieron a la ahora recurrente obligaciones como la de presentar una oferta mayorista de referencia, en este caso la OBA y ofrecer el servicio de entrega de señal.

Respecto del segundo motivo de recurso, la habilitación de la CNMC para intervenir en las relaciones comerciales entre los operadores no se encuentra restringida a la mera resolución de conflictos. La CNMC tiene habilitación legal para aprobar y modificar las ofertas de referencia como es la OBA y el contrato- tipo de los servicios regulados en dichas ofertas.

En relación con la alegada indefensión, el Abogado del Estado analiza las supuestas nuevas obligaciones sobre las que no habría sido oída Telefónica, para concluir que ni son nuevas ni han generado indefensión.

La "supuesta" obligación de proporcionar al operador demandante del servicio un conjunto de datos que la actora considera confidenciales, lo único que TELEFONICA tiene que proporcionar al operador es el motivo de la denegación de lo solicitado.

Por último, ni se aprecia desproporción ni arbitrariedad ni se ha omitido el procedimiento legalmente establecido.

ASTEL en su escrito de contestación a la demanda alega lo siguiente:

- El servicio de entrega de señal es un servicio asociado a las obligaciones impuestas en los mercados 3 y 4 debiendo contar los operadores alternativos con las mismas facilidades y eficiencias de que dispone TELEFÓNICA para la provisión de dicho servicio y la imposición de restricciones sobre su uso supondría una discriminación de los operadores alternativos.
- Respecto a la provisión de servicio de enlace mediante fibra oscura, se ha justificado adecuadamente la adopción de la medida: en la resolución de la CMT de 31 de mayo de 2012, ya aprobó una nueva modalidad de entrega de señal. El paso del tiempo ha puesto de manifiesto que las limitaciones impuestas en su momento ya no están justificadas.
- En este caso se está actuando sobre una de las ofertas de referencia que debe suministrar TEASAU, no se está revisando el mercado de fibra oscura, sino que se está revisando una situación en la que el servicio EdS no está funcionando y debe ser revisado para garantizar la eficacia de las medidas reguladas en el mercado 3 y 4.
- No ha tenido lugar la alegada vulneración del principio de mínima intervención y libertad de empresa, ni se ha generado indefensión a la recurrente.

QUINTO- Antes de continuar con el examen de las alegaciones de la parte actora es preciso recordar los orígenes de este litigio.

Se plantea a la CNMC por un operador del sector la necesidad de:

"(i) la introducción de una nueva modalidad de EdS basada en circuito 10 Gigabit Ethernet (10 GbE) con precios orientados a costes,

(ii) la extensión de la modalidad de EdS de fibra oscura actualmente regulada en la OBA, eliminando las limitaciones actuales y permitiendo que sea usada en cualquier central, y

(iii) la previsión de convivencia de forma redundante de las distintas soluciones de EdS disponibles, incluidas las conexiones de fibra oscura, que permita configurar estructuras de anillo entre centrales de Telefónica, así como soluciones mixtas de líneas alquiladas y fibra oscura o solo de circuitos alquilados con trazados redundantes, sin que ello suponga un sobrecoste."

Los restantes operadores que comparecen en el expediente se muestran de acuerdo en esa necesidad y ponen de relieve que la Entrega de Señal ("EdS") es un servicio crítico para lograr los objetivos de promoción de la competencia establecidos a través de las obligaciones al operador con poder significativo en la resolución por la que 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, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas, conocida como Resolución de mercados de banda ancha (3a, 3b y 4).

Igualmente que, la existencia de las ofertas de referencia NEBA y NEBA local basadas en fibra permite la oferta de altas velocidades de conexión y, adicionalmente en el mercado de empresas, de conexiones de alta calidad en el segmento de la red de acceso.

Se alegó que, estas velocidades permiten la prestación de servicios de alto consumo de ancho de banda como es, por ejemplo, la televisión especialmente la de alta calidad (4K). Pero que es necesaria una adecuación del servicio existente a la nueva realidad de la banda ancha, y que tal adecuación constituía una premisa básica para el desarrollo de los servicios en competencia.

Ya en vía administrativa, TELEFÓNICA alegó que:

- Las modalidades actualmente existentes de EdS OBA constituyen un remedio que cumple holgadamente los objetivos para los que fueron diseñadas, es decir la entrega de señal derivada del servicio OBA.
- No es cierto que los operadores prevean un crecimiento significativo del uso de la OBA ni de los recursos asociados a ella, sino más bien al contrario. De hecho, en los dos últimos años, se ha observado una caída anual del 15% en la planta de bucle desagregado de los operadores.
- La EdS es un recurso asociado a la OBA y, por tanto, no es aplicable para redes NGA. Otra cuestión muy distinta es la existencia de infraestructuras previas y que, por el principio de eficiencia en el uso de los recursos escasos, se permita el rehúso de infraestructuras para otros fines a aquellos por los que se desplegó.



- La pretensión de Orange se apoya en unos intereses económicos y necesidades particulares motivadas por un determinado uso que realiza de algunos servicios para una finalidad particular. Petición individual que no pueden justificar una modificación de la OBA.

La resolución impugnada recuerda que las diferentes modalidades del servicio de entrega de señal (EdS) se han regulado en la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), distinguiéndose inicialmente las modalidades de capacidad portadora, cámara de registro multioperador (CRMO), reutilización de puntos de interconexión y enlace radio.

La Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), de 31 de mayo de 2012, acordó modificar la OBA de Telefónica para introducir:

Una nueva modalidad de EdS que permita la posibilidad de utilizar los conductos y registros de Telefónica para tender fibra en aquellas centrales con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 12.500, de conformidad con las condiciones sobre su utilización y los precios del servicio que se establezcan en la oferta MARCo.

Una nueva modalidad de EdS que permita a un operador coubicado en una central con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 7.000 pares, y cuando existan fibras excedentarias, solicitar a Telefónica el suministro de una conexión de fibra oscura de hasta 20 km en condiciones razonables y no discriminatorias.

Mediante Resolución de 24 de febrero de 2016 (conocida como Resolución de los mercados 3ª,3b y 4), la CNMC 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, designando a Telefónica como operador con poder significativo de mercado e imponiéndole un conjunto de obligaciones específicas.

Como recordó el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, esta Sala dictó sentencia el día diecisiete de diciembre de dos mil catorce, en el recurso contencioso administrativo nº 7/13, promovido por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U contra resolución de fecha 8 de noviembre de 2012, dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en materia de acuerdo de modificación del servicio de entrega de señal de la OBA.

La resolución entonces impugnada resolvía:

"PRIMERO. Modificar la OBA en su apartado relativo a la entrega de señal, según los cambios recogidos en el Anexo II para incluir de forma explícita que los espacios de ubicación de un operador en recintos de Telefónica o ubicación distante pueden constituir puntos de terminación de cualquier modalidad de Entrega de Señal proveniente de otras centrales. Ello con independencia de cual sea la modalidad de Entrega de Señal utilizada para conectar dichos espacios de coubicación con los puntos de presencia propios del operador.

SEGUNDO. Modificar la OBA en su apartado relativo a la Entrega de Señal, según los cambios recogidos en el Anexo II para incluir la figura que refleja fielmente los límites del servicio de enlace y del servicio de conexión a efectos de cálculos de distancias.

TERCERO. Modificar la OBA en su apartado relativo a la Entrega de Señal, según los cambios recogidos en el Anexo II para introducir una nueva modalidad de Entrega de Señal que permita la posibilidad de utilizar los conductos y registros de Telefónica para tender fibra en aquellas centrales con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 12.500 de conformidad con las condiciones sobre su utilización y los precios del servicio que se establezcan en la oferta MARCo.

CUARTO. Modificar la OBA en su apartado relativo a la Entrega de Señal, según los cambios recogidos en el Anexo II para introducir una nueva modalidad de Entrega de Señal que permita a un operador coubicado en una central con un número total de pares (activos + vacantes) igual o menor a 7.000 pares y cuando existan fibras excedentarias solicitar a Telefónica el suministro de una conexión de fibra oscura de hasta 20 km en condiciones razonables y no discriminatorias".

Entonces se efectuaron alegaciones semejantes sobre que "se han impuesto obligaciones a la recurrente sin observar el procedimiento legalmente previsto para modificar las obligaciones preestablecidas" así como la vulneración de los principios de seguridad jurídica y el de interdicción de la arbitrariedad. Igualmente se alegó que "la CMT ha violentado el principio de intervención mínima pues la medida se ha impuesto sin tomar en consideración que vaya a producir desventajas no compensables con los beneficios que esperan obtenerse con la consecución de los fines que la decisión persigue en un mercado en competencia."

SEXTO-. La recurrente sustenta su primera alegación, la falta de competencia de la CNMC para imponer obligaciones en un mercado que se desarrolla en un entorno de competencia efectiva, como lo es el de la fibra oscura.



La CNMC recoge en la resolución impugnada la que considera es su " *habilitación competencial*":

I-. art. 1.2 Ley 3/2013: " 2. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.*"

II-. art. 5.1.a) de dicha ley: " 1. *Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones: a) Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos.*"

III-. Art. 6 de dicha ley: " *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: 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo*"

TELEFÓNICA considera que lo que se ha llevado a cabo en esta resolución no es un análisis de mercado, ni una identificación del operador con poder significativo de mercado, ni un conflicto entre operadoras, ni del establecimiento de obligaciones al operador con PSM; concluye que la CNMC no puede modificar la OBA, porque tampoco se trata de un problema de existencia de competencia.

Estas alegaciones ya fueron formuladas ante la CNMC quién les dio respuesta, en términos plenamente compartidos por esta Sala.

En este expediente se ha planteado, y así resulta claramente de la lectura de los distintos escritos obrantes en el expediente administrativo, de la resolución impugnada y de los propios escritos de la recurrente, la introducción de una nueva modalidad de EdS (basada en circuito 10 Gigabit Ethernet), en extender la modalidad de EdS de fibra oscura regulada en la OBA, eliminando limitaciones y permitiendo que sea usada en cualquier central, y la previsión de convivencia de forma redundante de las distintas soluciones de EdS disponibles.

Es decir, se trata de definir y concretar las modalidades de EdS, que Telefónica está obligada a suministrar, y esta definición y concreción no conllevan una modificación de las obligaciones impuestas en el marco del análisis de mercado 3b, sino que son circunstancias que la evolución del mercado ha revelado necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento de la obligación que tiene TELEFÓNICA de ofrecer acceso razonable a las facilidades asociadas.

El servicio de EdS que en un inicio fue introducido para el acceso desagregado al bucle, debe ser ofrecido por Telefónica cuando los operadores hacen uso de cualquiera de los servicios mayoristas definidos en los mercados 3a, 3b y 4 que se concretan en las ofertas de referencia de Telefónica de acceso a los conductos (MARCo), al par de cobre (OBA), de desagregación virtual de la fibra (NEBA Local) y de acceso indirecto de banda ancha (NEBA y NEBA empresarial).

La EdS permite transportar el tráfico desde la central de Telefónica donde se ubica el acceso al servicio mayorista, hasta la red propia del operador. Aquí se trata de actualizar la modalidad de fibra oscura.

En la Resolución de la CNMC de 31 de mayo de 2012 sobre la solicitud de otro operador de modificación del servicio de EdS de la OBA (MTZ 2011/2045) ratificada por Sentencia de esta Sala y Sección de 17 de diciembre de 2014 (Recurso 7/2013) ya se llevó a cabo una modificación para que los operadores pudieran concatenar las diversas modalidades de EdS en las diferentes centrales. Ahora se modifican algunas de las características y condiciones en que se prestará esta entrega de señal, y esta decisión se adopta en el marco de las competencias que la CNMC tiene atribuidas por el ordenamiento jurídico para garantizar, preservar, y promover no solo la competencia efectiva, sino el correcto funcionamiento del mercado correspondiente, en este caso, los mercados 3.a, 3.b y 4.

Esta Sala en anteriores sentencias, analizando alegaciones similares, ya ha resuelto que estas actuaciones (actuaciones similares en otros supuestos) no constituyen obligaciones nuevas propias de la definición ex novo de un mercado. Y el Tribunal Supremo ha avalado, en la sentencia de 12 de marzo de 2019, recurso de casación número 1130/2018, contra la sentencia de esta Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo 340/2016 contra la resolución de 5 de mayo de 2016 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lo que denomina "interpretación funcional de la LGTel":

" *La interpretación funcional de las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones y del Reglamento de mercados que propugnamos esta avalada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (C-277/16), que ha considerado, interpretando el artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa a un marco regulador común de las*

redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, que la autoridad nacional de regulación puede modificar la imposición de determinadas obligaciones a un operador con peso significativo en un determinado mercado, sin que sea necesaria la realización de un nuevo análisis de mercado adicional siempre que su adopción se base en datos actuales y contrastados y se justifique que dichas obligaciones son adecuadas y proporcionadas con respecto a la índole del problema, para garantizar la competencia efectiva."

En este caso, las obligaciones de la recurrente están ya establecidas en anteriores resoluciones de la CNMC, y la misma está autorizada por la ley 3/2013, y específicamente por el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas Real Decreto 2296/2004 (artículo 7 apartado 3) a *"introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso;"*

Por el conjunto de razones expuestas, procede la desestimación de este motivo de recurso.

SÉPTIMO-. Se alega a continuación la vulneración del principio de mínima intervención y de libertad de empresa en cuestiones que recaen en el ámbito civil. Y ello porque cuando la CNMC posibilita a los operadores efectuar la solicitud de una revisión automática de las condiciones económicas y del nivel de servicio establecidas para la EdS de 10 GbE contratadas en condiciones comerciales, estaría dejando sin efecto, siempre según Telefónica, un contrato de arrendamiento de servicios.

El apartado correspondiente de la resolución dice: *" Quinto.- A partir de la entrada en vigor de esta Resolución, los operadores podrán solicitar, mediante petición por escrito, la revisión automática de las condiciones económicas y de nivel de servicio establecidas de las EdS de 10GbE contratadas en condiciones comerciales."*

En primer lugar hay que recordar que el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, en el artículo 7 apartado 3, ya recordado más arriba establece:

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

En la exposición de motivos, el Real Decreto recuerda que *"El reglamento delimita los derechos y obligaciones de los operadores y desarrolla las competencias en los ámbitos indicados tanto del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio como de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.*

Así, en lo relativo a los mercados de referencia en la explotación de redes y en el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas, el reglamento desarrolla el procedimiento para su identificación y análisis por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y su facultad para imponer obligaciones específicas apropiadas a los operadores que posean un poder significativo en cada mercado considerado, entre las que se encuentran, para el caso de los mercados al por mayor, las obligaciones de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, acceso a recursos específicos de las redes y control de precios. Para los operadores con poder significativo en los mercados al por menor, se regulan, asimismo, las obligaciones de selección de operador y de control de precios, así como las aplicables a los operadores que suministren el servicio de líneas susceptibles de arrendamiento.

El reglamento también regula las condiciones de acceso a las redes públicas y su interconexión al considerarse elementos básicos de un mercado en competencia y, en particular, habilita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para imponer obligaciones a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales, en particular, en la medida en que resulte necesario para garantizar la conexión extremo a extremo."

En el texto consolidado de la OBA con la nueva oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha, publicada por la CMT en marzo de 2008, aparecen regulados en el apartado 5 los *" aspectos de facturación"* y en el apartado decimoséptimo *"Vigencia y revisión del Contrato"* aparece una previsión, en el marco de *"Cambios normativos en materia de acceso al bucle de abonado, aplicables en España, que afecten a este acuerdo"* del siguiente tenor :

"17.3.2. Modificación de las condiciones técnicas de acceso al bucle de abonado por la autoridad administrativa o judicial de acuerdo con la normativa vigente, incluida la publicación de una nueva Oferta de Acceso al Bucle de Abonado. En el caso de modificaciones económicas, se aplicará el procedimiento previsto en la estipulación quinta del presente Contrato."



Y como señala el Abogado del Estado, no solo no es determinante que con anterioridad la actora hubiera firmado un acuerdo con Orange para prestar el servicio de EdS de la OBA de 10 GbE, sino que queda plenamente justificado que al haberse modificado las condiciones de prestación del servicio se contemple una previsión de que los operadores puedan solicitar la revisión de sus contratos a fin de que las cláusulas y condiciones de estos se adapten a las nuevas condiciones técnicas que la resolución impugnada establece. Se ha tratado de que, una vez dictada esta resolución, todos los operadores puedan acceder al servicio en condiciones similares, y en concreto, de abrir la posibilidad de revisar los precios antes del vencimiento de la cláusula de permanencia.

No se aprecia, en consecuencia, la alegada vulneración de principio de mínima intervención y libertad de empresa, pues dentro de las funciones de la CNMC está la de garantizar la competencia, y a tal fin, está autorizada por el ordenamiento jurídico y plenamente justificada su intervención en el sentido que recoge el apartado 5 de la parte dispositiva de la resolución impugnada.

OCTAVO- Se alega a continuación que la resolución impugnada genera indefensión, y ello porque se incorporan obligaciones que no constaban en el trámite de audiencia y sobre las que no ha podido en consecuencia efectuar alegaciones.

Se trata de las siguientes:

I -. *"Tal como se razona en el Anexo 2, no se considera oportuno que a priori Telefónica incorpore un listado con todas las centrales en las que tiene circuitos de 10 GbE, ya sean como enlaces troncales para transportar su propio tráfico de banda ancha o vídeo, o como servicios minoristas.*

No obstante, precisamente por ello, sí se considera necesario que, de acuerdo con lo señalado por BT en sus alegaciones, en caso de existencia de una causa que pueda justificar la denegación de una solicitud de servicio, Telefónica deberá informar de ello tanto al operador como a esta Comisión detallando las causas que la motivan e incluyendo la información sobre todos sus enlaces en dicha central que demuestre que no se está prestando ni tiene implementado ningún circuito ni enlace agregado a 10 Gbit/s o velocidad superior."

II)-. *"Respecto a los tipos de interfaces disponibles, deberán incluirse los tipos de interfaces de corto, medio y largo alcance que sean utilizadas por la propia Telefónica. En un principio las interfaces disponibles para 10 GbE serían las ya definidas también para los puertos de conexión de NEBA e incluidas en dicha oferta de referencia 11.*

Por otro lado, las características de la EdS tipo 10 GbE serán las propias de los servicios de línea alquilada, es decir, dispondrán de un ancho de banda simétrico y 100% garantizado y de transparencia de los protocolos y campos de las tramas Ethernet que son transportadas.

Asimismo, puesto que dicha velocidad no figura actualmente descrita en la ORLA, tal como Vodafone y Orange solicitan en sus alegaciones al trámite de audiencia, deberá incluirse en la OBA de forma explícita las características de calidad de la EdS 10 GbE. Así, los parámetros de retardo, variación del retardo, jitter y pérdida de paquetes para la modalidad de EdS 10 GbE serán referenciados a los ya definidos para 1 GbE en la ORLA.

Respecto al tamaño de trama, al menos será el mismo ya establecido en la ORLA para 1 GbE. No obstante, cualquier mejora, entendida como tamaños de trama mayores, que Telefónica implemente en su red, ya sea en auto-prestación o en cualquier servicio minorista, debe estar disponible para los operadores y deberá ser indicada en la propia OBA por parte de Telefónica.

Los procedimientos y plazos aplicables para este servicio serán los mismos establecidos y definidos en la OBA para la modalidad de EdS por capacidad portadora de 1 GbE.

En conclusión, está justificado añadir a la modalidad capacidad portadora de EdS los circuitos de capacidad 10 GbE en las condiciones descritas."

III) -. *"Ante el carácter dinámico de la planta de pares, más si cabe con la modificación de la red de acceso que conllevan los despliegues de red FTTH, tal como Orange y Vodafone solicitan en sus alegaciones al trámite de audiencia, se considera necesario fijar el listado de las centrales que, de acuerdo con los datos del citado fichero IROESTAD de julio de 201721, tienen hasta 12.500 pares y por tanto inicialmente son susceptibles de que pueda ser solicitado el servicio de fibra oscura para conocimiento de los operadores. La elaboración de dicho listado conlleva el cómputo de los pares totales para cada central con un único código MIGA.*

Tal como proponen ambos operadores, el listado de centrales en las que es posible solicitar la modalidad de EdS por fibra oscura, identificadas por su código MIGA, se anexará a la presente Resolución."

IV)-. *Otras condiciones de la prestación del servicio de EdS mediante fibra oscura recogidas en las páginas 29 y 30 de la resolución impugnada.*



La Sala considera que no se trata de nuevas obligaciones, y que en todos los casos no son sino la consecuencia de las exigencias para el correcto funcionamiento del conjunto del sistema y ligadas al lugar que ocupa la ahora actora en el mismo.

Las obligaciones de información que se imponen a TELEFÓNICA en diversas circunstancias de la prestación del servicio han sido objeto de varios recursos, si bien en este caso, el recurso se limita a señalar, en relación con el primer apartado, que es una obligación que le ha sido impuesta sin haber sido oída.

La información a remitir a la CNMC en este, como en todos los supuestos en que la Administración en el ejercicio de su actividad regulatoria, demanda del operador dominante información, ha de ir acompañada del soporte de elementos a tomar en consideración para valorar lo que es objeto de la información.

La resolución en su primer apartado de la parte resolutive acuerda *aprobar la modificación del capítulo 3 y Anexo 1 de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U., de acuerdo con lo establecido en el Anexo 3 de la presente Resolución, para introducir la modalidad de Entrega de Señal de capacidad portadora a 10 GbE y las nuevas condiciones de la Entrega de Señal por fibra oscura.* Y es en el marco de esta decisión, sobre la que TELEFÓNICA tuvo oportunidad de efectuar alegaciones, sobre cuestiones que resultan vinculadas o accesorias o complementarias a esta nueva regulación de la OBA.

El hecho de que la ahora recurrente optara por centrar sus alegaciones en el único extremo de que "carece de sentido utilizar enlaces de 10Gbs en capacidad portadora para la OBA y los servicios de acceso indirecto de cobre" o que entendiéndose que no debe regularse el servicio de entrega de señal mediante fibra oscura, mostrando su disconformidad con el precio propuesto, o sobre la disponibilidad del servicio EdS 10 GbE, no supone que no haya sido oída.

De hecho en el anexo 2 la CNMC advierte, y en parte se adelanta a estas alegaciones, lo siguiente:

"En el cuerpo del documento ya se ha analizado las situaciones en las que podría producirse el caso en que Telefónica pueda denegar determinadas solicitudes de este tipo de servicio. En cualquier caso, dichas denegaciones deben ir justificadas de forma detallada con los motivos técnicos que imposibilitan la prestación del servicio, y que además quede patente que Telefónica tampoco dispone de ninguna forma, ya sea como producto minorista o como enlace de transporte propio para tráfico de sus servicios, de ningún circuito de velocidad igual o superior a 10 Gbit/s de forma individual o agregada."

Como puntualiza el Abogado del Estado, en el Anexo 3 se regulan, apartado 3.6.2, las causas de denegación de solicitud de entrega de señal y se dice:

"La solicitud de entrega de señal sólo podrá ser denegada por las siguientes causas:

- causas de fuerza mayor · operador no cumple los requisitos para poder solicitar el servicio*
- inviabilidad técnica de la modalidad solicitada*
- otras causas acordadas entre los operadores autorizados y Telefónica.*

La denegación será comunicada al operador autorizado mediante correo electrónico y actualización de su solicitud en el campo correspondiente, indicando claramente la causa particular de la denegación.

En el caso de la modalidad de 10 GbE, un rechazo por inviabilidad técnica de la modalidad solicitada debe ir acompañado del detalle de las causas que imposibilitan su provisión al operador solicitante y de la información que demuestre que en dicha central no se dispone de enlaces a esa velocidad o superior. Una copia de esta información deberá ser aportada a la vez a la CNMC."

Esta Sala considera que no puede considerarse como imposición de una obligación sino como la consecuencia lógica de un rechazo por inviabilidad técnica: debe ir explicado o se estaría estableciendo la posibilidad de que TELEFÓNICA pueda efectuar el rechazo de la modalidad 10 GbE sin justificación alguna.

En cuanto a la segunda alegada nueva obligación, es la relativa a las características del servicio, página 13 de la Resolución.

La Sala constata que se trata, en todos los casos, de aspectos técnicos ya definidos previamente para los circuitos Ethernet y que son comunes a todas las velocidades y al servicio de líneas alquiladas .

Las alegadas tercera y cuarta "obligaciones" versan sobre el fichero de centrales en las que los operadores pueden solicitar el servicio de EdS mediante fibra oscura, y las denominadas "otras condiciones de la prestación del servicio de EdS mediante fibra oscura".

Nuevamente hay que señalar que se trata de exigencias vinculadas a las propias características del nuevo servicio, respecto del cual la ahora actora tuvo ocasión de alegar ampliamente, centrando sus motivos de



oposición a la solicitud de otra operadora que dio origen al expediente en los aspectos técnicos que consideró más relevantes. La conclusión es que la CNMC no hace sino extraer las consecuencias de su decisión fundamental.

El fichero Excel es solo una forma distinta de la información. Y las obligaciones del apartado cuarto, como recoge el acto administrativo impugnado, hay que ponerlas en relación con la resolución de la CNMC de 28 de enero de 2016 sobre el conflicto entre DTI2 y TELEFÓNICA relativo a la entrega de señal mediante fibra oscura en el marco de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA).CFT/D TSA/2283/14.

Entonces, se analizó la oferta de EdS mediante fibra oscura de Telefónica, y se alcanzaron conclusiones:

- *esta Comisión considera razonable una solicitud de la modalidad de EdS mediante fibra oscura basada en una única fibra por lo que Telefónica debe atender una solicitud de este tipo y adaptar su oferta.*
- *no es razonable que los precios ofrecidos por Telefónica estén sujetos a condiciones de permanencia y en consecuencia deberá eliminarlas de la oferta realizada a DTI2.*
- *no procede la aplicación de la prohibición de la compartición o reventa de la capacidad sobrante a terceros operadores, así como la aplicación de ningún tipo de penalización para este supuesto ya que atenta contra lo indicado en el propio redactado de la OBA.*
- Se fijó un plazo de provisión de 45 días
- Se determinó la cuota mensual y la distancia aplicable, penalizaciones por retrasos en la entrega, etc.

Y la resolución impugnada puntualiza ahora que " *si bien muestra el criterio de esta Comisión para evaluar la razonabilidad de las ofertas de Telefónica, en cualquier caso, no todas las condiciones concretas allí establecidas deben directamente establecerse como condiciones reguladas.*"

A continuación, completa el razonamiento indicando que la razonabilidad de las condiciones de precio del servicio, debe analizarse en cada caso si el operador considera que no es adecuada. Se revisan una por una las conclusiones alcanzadas en aquel otro expediente y se razona por qué se han adoptado unas u otras condiciones según los casos.

Así se concluye por la CNMC que " *Se deben modificar las condiciones de la EdS mediante fibra oscura, incrementando el tamaño de las centrales en las que Telefónica está obligada a atender las solicitudes hasta los 12.500 pares totales (medidos de acuerdo con los pares totales asignados a cada central en el fichero IROESTAD de julio de 2017), con cobertura provincial o hasta 35 km para líneas interprovinciales, manteniendo el principio de precios razonables. El listado de centrales en las que es posible solicitar la modalidad de EdS por fibra oscura identificadas por su código MIGA se anexará a la presente Resolución. Se incorporará el plazo de provisión de 45 días, cuyo cómputo se iniciará una vez se hayan acordado los puntos extremos del servicio.*"

En resumen, la Sala no aprecia que se hayan impuesto nuevas obligaciones a la recurrente ni que la inclusión en la resolución impugnada de estas condiciones que TELEFÓNICA identifica como "obligaciones" le haya producido indefensión.

NOVENO- La demandante alega que la obligación que se le impone de aportar determinada información es desproporcionada y vulnera el artículo 10.1 LGTel en relación con el 28.2 LCNMC.

Se trata de la información a que se hace referencia en la página 12 del acto administrativo impugnado.

En concreto, la obligación de que " *en caso de existencia de una causa que pueda justificar la denegación de una solicitud de servicio, Telefónica deberá informar de ello tanto al operador como a esta Comisión detallando las causas que la motivan e incluyendo la información sobre todos sus enlaces en dicha central que demuestre que no se está prestando ni tiene implementado ningún circuito ni enlace agregado a 10 Gbit/s o velocidad superior.*"

Sostiene la actora que ella siempre que deniega una solicitud de un circuito 10 GbE comunica las razones que sustentan la negativa (pag. 31 de la demanda) pero que considera desproporcionado que " *deba aportar toda la información técnica sobre todos los enlaces en la central afectada para demostrar que no tiene implementado ningún circuito ni enlace agregado a 10 Gbits o velocidad superior.*" Y añade que de hecho la "CNMC (es) la que tiene acceso a toda la información que requiera para conocer el asunto y a la vista de la misma, determinar si la solicitud del incumbente es o no razonable". Añade que parte de la información puede ser confidencial.

Esta obligación aparece en el contenido de la resolución, no en la parte dispositiva, y guarda coherencia con las obligaciones que se derivan para un operador en la situación de la recurrente, cada vez que niega el cumplimiento de una obligación en el conjunto del sistema regulatorio.



Si niega lo que se solicita por un operador, hay de justificar el por qué de la negativa, y en este caso, dadas las características del servicio se suma que tal justificación debe fundamentarse en la información sobre sus enlaces en la central correspondiente. Aunque la resolución no lo diga, si en un momento dado la información es considerada por Telefónica confidencial, lo señalará a la CNMC a fin de que dicha parte confidencial no se transmita a la solicitante del servicio, y así se viene haciendo por la Administración en tales circunstancias.

El texto del Anexo 3 es claro y se establece el marco de cada obligación a la vista de las modificaciones introducidas en la Oferta de Referencia. Se identifican en primer lugar los datos que deben recogerse en el formulario de solicitud, y a continuación, las causas de denegación de la solicitud de entrega de señal, apareciendo una nueva, aquella en la que el "operador no cumple los requisitos para poder solicitar el servicio". Correlativamente, se ha previsto que si se deniega por inviabilidad técnica una solicitud de la modalidad 10 GbE, se detallen "las causas que imposibilitan su provisión al operador solicitante y de la información que demuestre que en dicha central no se dispone de enlaces a esa velocidad o superior. Una copia de esta información deberá ser aportada a la vez a la CNMC."

Esta es la concreta obligación que aparece en el Anexo, no apreciando esta Sala la aleada desproporción ni vulneración de la LEGTel art. 10.3, ni del Reglamento 139/2004.

Finalmente, se alega que la Resolución recurrida resulta desproporcionada y arbitraria, habiéndose omitido el procedimiento legalmente establecido para imponer nuevas obligaciones.

Esta alegación abunda sobre las anteriores, y no cabe sino recordar lo ya razonado. Se trata de medidas, que no obligaciones, y están plenamente justificadas, tanto en base a las razones que ofrece la CNMC para acordarlas, como en la naturaleza de los servicios afectados, como en el conjunto del sistema, no apreciándose la vulneración de los principios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación consagrados en el artículo 12 pfo. 6 de la LGTel.

Como ya razonó el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el día 19 de marzo de 2018 en el recurso de casación 2395/2015, interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., contra la sentencia de 4 de mayo de 2015, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 446/2013, contra la resolución de fecha 11 de abril de 2013, relativa a la migración de los servicios mayoristas Gig ADSL y ADSL-IP al nuevo servicio NEBA:

"Este Tribunal, siguiendo el criterio sentado en la STS de 15 de marzo de 2018 (rec. 3683/2015), considera que «[...] la puesta en funcionamiento de un servicio técnicamente complejo y que afecta a otros operadores del sector justifica que quede sujeto a una labor de comprobación administrativa por parte del órgano regulador antes de darle plena operatividad técnica y jurídica"

No guarda relación alguna con el motivo de impugnación la consideración que se recoge en la demanda (pag. 37) sobre si la EdS entra o no dentro de los mercados de transporte, ni las razones que hayan llevado a otros operadores a poner en marcha el procedimiento administrativo que finalizó con la resolución impugnada, que debe ser confirmada por su conformidad a derecho.

DÉCIMO- 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 **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** , contra la Resolución de 5 de abril de 2018 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.