



Roj: **SAN 1274/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1274**

Id Cendoj: **28079230082021100168**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **29/03/2021**

Nº de Recurso: **1139/2019**

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: 0001139 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07860/2019

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U

Procurador: D^a. GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

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 veintinueve de marzo de dos mil veintiuno.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **1139/19**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora D^a. **Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U**, contra la Resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 9 de abril de 2019, sobre la inclusión de nuevos perfiles en los servicios mayoristas NEBA Y NEBA LOCAL, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. **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 9 de abril de 2019, sobre la inclusión de nuevos perfiles en los servicios mayoristas NEBA y NEBA LOCAL.

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, se anule y deje sin efecto el Resuelve "Primero" de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 9 de abril de 2019, "SOBRE LA INCLUSIÓN DE NUEVOS PERFILES EN LOS SERVICIOS MAYORISTAS NEBA Y NEBA LOCAL." OFE/DTSA/008/18/NUEVOS PERFILES NEBA, por el que se acuerda

"Primero.- No modificar la oferta de referencia del servicio NEBA Local."

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, con imposición de costas a la parte contraria.

CUARTO: Ha biendo 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 24 de marzo del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 9 de abril de 2019, en la que se **RESUELVE:**

Primero.- *No modificar la oferta de referencia del servicio NEBA Local.*

Segundo.- *Mo dificar la oferta de referencia del servicio NEBA sustituyendo los cuadros de perfiles FTTH de su apartado 3.2.3 por los contenidos en el Anexo.*

La oferta de referencia será publicada por la CNMC en su página web, y Telefónica deberá publicarla igualmente en su página web.

Tercero.- Telefónica informará a los operadores y a la CNMC de la fecha de disponibilidad mayorista de los nuevos perfiles junto con el envío de las guías de información adicional a los operadores. *Telefónica deberá realizar dicho envío antes de que transcurran dos meses desde que se le notifique la Resolución.*

Son antecedentes relevantes de dicha resolución los siguientes:

- Con fecha 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 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 (en adelante, Resolución de los mercados 3 y 4). Esta Resolución está vigente desde el día siguiente a su publicación en el BOE, 4 de marzo de 2016.

En dicha Resolución, se impuso a Telefónica la obligación de proporcionar un servicio mayorista de acceso desagregado virtual al bucle de fibra óptica (FTTH), denominado NEBA local, en los términos de su Anexo 4, y servicios mayoristas de acceso indirecto de banda ancha (NEBA) en los términos de su Anexo 5. Las obligaciones de acceso impuestas en dichos Anexos incluyen, en su apartado 1.d, la obligación de que Telefónica comunique a la CNMC con suficiente antelación (i) los nuevos servicios y (ii) la modificación de las condiciones de prestación aplicables a los servicios minoristas de banda ancha.

- Con fecha 21 de junio de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Telefónica por el que comunica una modificación de las ofertas de referencia de NEBA y de NEBA local, a las que se han añadido nuevos perfiles, en cumplimiento de la citada Resolución de los mercados 3 y 4.

- En fecha 29 de junio de 2018, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) comunicó a los interesados el inicio de oficio de un procedimiento administrativo en relación con la inclusión de nuevos perfiles en las ofertas de referencia de los servicios mayoristas NEBA y NEBA local.

- Con fecha 20 de julio de 2018, Telefónica presentó escrito en el que aportó información adicional. Y, con fecha 8 de octubre de 2018, se realizó un requerimiento de información a Telefónica sobre su anuncio de la disponibilidad comercial de ofertas minoristas de banda ancha con contenidos de televisión en muy alta definición (4K), al que dio respuesta mediante escrito recibido en fecha 29 de octubre de 2018.



- Con fecha 14 de noviembre de 2018 la DTSA emitió informe sobre este procedimiento y comunicó la apertura del trámite de audiencia a los interesados.

Orange Espagne S.A. sociedad unipersonal realizó alegaciones mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2018.

En los fundamentos jurídicos de la resolución se razona, en síntesis, que el procedimiento tiene por objeto el estudio de la inclusión de nuevos perfiles en las ofertas de referencia de los servicios mayoristas NEBA y NEBA local para garantizar la replicabilidad técnica de las ofertas minoristas de Telefónica. Que la Resolución de los mercados 3 y 4 establece una serie de obligaciones en relación con los servicios mayoristas de acceso desagregado virtual y de acceso indirecto a la red de Telefónica; en el caso de los accesos de fibra (FTTH), el análisis de mercados de banda ancha establece dos principios en relación con las ofertas minoristas de Telefónica: la replicabilidad técnica y económica de las mismas; de manera que, cuando Telefónica quiera comercializar nuevos servicios minoristas, deberá asegurar la replicabilidad técnica y económica de los mismos mediante los correspondientes mecanismos previstos en el análisis de mercados. En el caso de la replicabilidad técnica, es de aplicación lo establecido en el apartado 1.d de los anexos 4 y 5; ello supone que Telefónica deberá presentar una propuesta de modificación de la oferta de referencia de modo que se posibilite la replicabilidad técnica del servicio minorista que desea comercializar; además, el servicio minorista no podrá comercializarse antes de un mes tras la disponibilidad mayorista.

Se expone que la propuesta de Telefónica sobre las ofertas de Referencia de los servicios NEBA y NEBA Local, a las que ha añadido nuevos perfiles de usuario (modalidades comerciales con nuevas velocidades), en esencia incluyen la disponibilidad de las siguientes capacidades y calidades de servicio:

- 100/10 Mbit/s en calidad ORO
- 7/7 Mbit/s en calidad Real Time (en adelante RT)

Que, en escrito de ampliación de la información de 20 de julio, Telefónica precisa que los nuevos perfiles no están vinculados a la comercialización inmediata de ningún nuevo servicio minorista concreto que requiera la disponibilidad de dichos nuevos perfiles para asegurar su replicabilidad técnica. Telefónica señala que el objetivo de la nueva capacidad en calidad ORO es disponer de mayor capacidad por usuario para la TV por si le resultara necesaria en el futuro, ante los incrementos del ancho de banda requerido para los canales de video. No obstante, precisa que los perfiles actuales que incluyen la capacidad simétrica de 50 Mbit/s en calidad ORO ya permiten transmitir hoy en día dos canales 4K de forma simultánea y la oferta de Telefónica actualmente no permite, ni tiene previsto permitir, la contratación de más de dos decodificadores. En respuesta al requerimiento de información que le fue efectuado tras anunciar públicamente la disponibilidad de sus servicios 4K, Telefónica confirma que el número de canales que se pueden ver simultáneamente en 4K es como máximo 2, dado que únicamente ofrece la contratación de un decodificador adicional (producto "multi-room"); Telefónica hace hincapié en que los perfiles actualmente disponibles que incorporan 2 Mbit/s simétricos en calidad RT también son suficientes para soportar los servicios de video-llamadas actuales y solo se incrementa la capacidad para poder acometer ampliaciones futuras si se estimase conveniente.

En relación con NEBA Local, Telefónica propone añadir dos nuevos perfiles f4 y f5 que conllevan la introducción de las nuevas capacidades de calidad ORO y RT en NEBA Local. La propuesta de Telefónica, en línea con la última modificación de NEBA Local en la que se introdujo un nuevo perfil f2 que incrementó la capacidad de la calidad BE de 300 Mbit/s a 600 Mbit/s, pretende introducir dos nuevos perfiles f4 y f5 que incrementan la capacidad de calidad RT y la capacidad en sentido descendente de la calidad ORO manteniendo las dos capacidades Best Effort existentes. Los perfiles existentes f1 y f2 incluyen una velocidad simétrica de 50 Mbit/s en calidad ORO, de modo que puede estimarse que ya permiten utilizar dicha calidad para ofrecer servicios de vídeo UHD (4K). Que, si bien los picos pueden llegar a ser mayores, el ancho de banda necesario en redes IP para la transmisión de vídeo comprimido con resolución UHD, se estima, en función de los codificadores utilizados, entre los 15 y 30 Mbit/s en media. Por ello, con 50 Mbit/s, el número de canales simultáneos en un único acceso oscilaría entre 1 y 3 según la calidad ofrecida. En el caso de Telefónica, de acuerdo con su respuesta al requerimiento de información tras su anuncio público de incluir contenido de televisión en 4k, los perfiles de compresión utilizados para dicho contenido son *[INICIO CONFIDENCIAL]* 20 Mbit/s para canales de cine y 26 Mbit/s para canales de eventos deportivos retransmitidos en tiempo real. En consecuencia, con el perfil actual de 50 Mbit/s en calidad ORO es posible ofrecer el servicio de dos canales 4k simultáneamente sobre un único acceso, con alguna dificultad en caso de que el cliente seleccionara ver dos eventos deportivos diferentes de forma simultánea en tiempo real. No obstante Telefónica señala que de momento los eventos deportivos no coinciden nunca en el tiempo, por lo que asume dichos teóricos problemas de capacidad hasta que se pueda configurar en la red la capacidad de 100 Mbit/s en calidad ORO convenientemente *[FIN CONFIDENCIAL]*. Del mismo modo, puede estimarse que los perfiles actuales que incluyen capacidades de hasta 2 Mbit/s para



tráfico con calidad RT permiten los servicios de video-llamadas, incluso si tanto el video como la señal vocal utilizan dicha calidad tipo RT. Los requerimientos de ancho de banda disponible para servicios de video-llamada 1 a 1 no son muy importantes, dependiendo en su mayor parte de la calidad del vídeo, pero pueden ser muy superiores en caso de que intervengan diversos participantes en una multiconferencia.

Así pues, la introducción de un nuevo perfil con un mayor caudal ascendente de la calidad ORO y en ambos sentidos de la calidad Real-time pondría a disposición de los operadores mejores prestaciones. No obstante, la introducción en la oferta de los perfiles propuestos por Telefónica con una velocidad ascendente para la calidad ORO inferior a la de los perfiles existentes, dificultaría el análisis de replicabilidad.

Los perfiles para NEBA local permiten la replicabilidad técnica de los servicios minoristas que utilicen una capacidad de cada tipo (BE, ORO o RT) igual o menor a la del perfil. El hecho de que alguna de las prestaciones del nuevo perfil a introducir sea inferior a las de los perfiles actuales podría llevar a que los análisis de replicabilidad se tuvieran que basar en un conjunto de perfiles, debiéndose identificar el de referencia en función de la oferta minorista concreta planteada, cuando, a juicio de la Sala de Supervisión, la replicabilidad en NEBA local debe poder girar en torno a un solo perfil de máximas prestaciones que constituya la referencia única para la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de Telefónica. Que todo nuevo perfil de NEBA local debe caracterizarse por prestaciones en todas las calidades iguales o superiores a las de los perfiles existentes, de modo que dicho perfil pueda ser la referencia para la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de Telefónica. Ello permite asimismo que todas las nuevas contrataciones puedan basarse en el nuevo perfil una vez adaptada la operativa necesaria de los operadores que usan NEBA local. La introducción del perfil f4 no está justificada, por su velocidad best-effort inferior a la del f2 ya existente, y en un nuevo perfil como el f5, la velocidad ascendente de la calidad ORO no puede ser inferior a la de los perfiles existentes y, por tanto, debe ser al menos de 50 Mbit/s y no de 10 Mbit/s como plantea Telefónica.

Por ello, se rechaza la introducción en la oferta de referencia de NEBA local de los perfiles f4 y f5 con las características indicadas por Telefónica; indicando que Telefónica puede reformular su propuesta de nuevo perfil para que pueda ser aceptada, y se aclara que un nuevo perfil con las mismas características del f5 propuesto, pero con al menos 50 Mbit/s de velocidad ascendente para la calidad ORO, cumpliría con los requisitos para su introducción en la oferta.

SEGUNDO: En el escrito de demanda se concreta la impugnación de la resolución al pronunciamiento del apartado primero del "resuelve": *"No modificar la oferta de referencia del servicio NEBA Local"*.

Se expone que la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC emitió informe, en fecha 14 de noviembre de 2018, en el que concluía que debían modificarse las ofertas de referencia para incorporar los nuevos perfiles propuestos por Telefónica, concretamente la oferta de referencia del servicio NEBA local sustituyendo el cuadro de perfiles de su apartado 5.4 por el contenido en el Anexo 1. Dicho informe venía a ratificar el criterio mantenido por la CNMC para la aceptación de solicitudes anteriores de modificación de oferta de NEBA y NEBA local (Resolución de 12/04/2018); que los requisitos exigidos a Telefónica con el fin de que ésta pudiera comercializar nuevos servicios minoristas se resumen en el aseguramiento de *"la replicabilidad técnica y económica de los mismos mediante los correspondientes mecanismos previstos en el análisis de mercados"*, habiendo cumplido Telefónica con las obligaciones exigidas en la resolución de los Mercados 3 y 4 para la solicitud de nuevos perfiles de NEBA y NEBA Local, tal como se reconoce en el citado informe de la DTSA. Sin embargo, en contra del criterio del informe, la resolución recurrida deniega la modificación de la oferta existente del servicio NEBA local, contradiciendo también el criterio de la resolución de 12 de abril de 2018, en la que la CNMC admitió sin ninguna clase de reservas la inclusión de un nuevo perfil (f2) adicional al ya existente (f1), diferenciándose el uno del otro en la calidad del servicio BE, donde se incluyó un perfil con 600M de subida y 600M de bajada, sin exigir la eliminación del perfil (f1) el cual, con una subida y bajada máxima de 300M, era objetivamente de inferiores prestaciones que el f2, que aprobó la citada resolución. En aquella ocasión la CNMC afirmó tajantemente que la pretensión de un único perfil de máximas prestaciones excedía de la replicabilidad técnica y no discriminación que se imponen a Telefónica.

Tras exponer el marco normativo de referencia, alega la recurrente que las obligaciones impuestas a Telefónica en la resolución de 24 de febrero de 2016, de análisis de los mercados 3 y 4, de ningún modo establecen que deba existir un solo perfil de máximas prestaciones que sirva de referencia para aplicar la replicabilidad porque la introducción de nuevos perfiles dificulte el análisis de replicabilidad, siendo, además, tal exigencia incoherente con la propia doctrina de la CNMC de aplicación de dichas obligaciones, establecida en su Resolución de abril de 2018, y contradice la posición Común del ORECE, pese a que el artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones obliga a la CNMC a tener en cuenta las posiciones comunes de este organismo. Que, en el caso de los accesos de fibra FTTH, el análisis de mercados de banda ancha establece dos principios en relación con las ofertas minoristas de Telefónica: *"La replicabilidad técnica y económica de las mismas"*; en lo que respecta a la replicabilidad técnica, las únicas obligaciones que debería cumplir Telefónica,



conforme con lo establecido en el apartado 1.d) de los Anexos 4 y 5, consisten en: 1.- presentar una propuesta de modificación de la oferta de modo que posibilite la replicabilidad técnica del servicio minorista que desea comercializar y 2.- el servicio minorista no podrá comercializarse antes de un mes tras la disponibilidad mayorista. Telefónica tiene flexibilidad para modificar su oferta mayorista de la forma que estime conveniente, siempre y cuando asegure la replicabilidad técnica de sus ofertas; sin que exista en el análisis de mercado, la obligación de ofrecer un único perfil de máximas prestaciones.

Añade la actora que la resolución recurrida no ha tenido en cuenta la circunstancia relativa a que actualmente ya existen dos perfiles diferenciados en NEBA Local, introducidos por la resolución de 12 de abril de 2018. Y dicha resolución se aparta injustificadamente del Informe efectuado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC de 14 de noviembre de 2018; en dicho informe se reconoce que Telefónica ha cumplido con las obligaciones exigidas en la resolución de los Mercados 3 y 4 para la solicitud de nuevos perfiles de NEBA y NEBA Local.

Se denuncia que la resolución incurre en arbitrariedad, citando el artículo 9.3 de la Constitución española al haber impuesto nuevas obligaciones que no figuraban en el análisis de mercado y, al mismo tiempo, al haber aplicado sin justificación criterios diferentes a los que venía manteniendo en sus resoluciones precedentes, excediendo los límites de la potestad ejercitada. Y que, asimismo, vulnera el artículo 35.1.c) de la Ley 39/2015, LPAC, en relación con el principio de seguridad jurídica en su manifestación de estabilidad y predictibilidad del marco regulador (artículo 129.4 de la Ley 39/2015), al haberse separado la CNMC sin justificación de los criterios aplicados en sus resoluciones anteriores.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso, razonando que precisamente en base a una propuesta de Telefónica la Resolución de la CNMC de 10 de enero de 2017, por la que se aprobó la Oferta de Referencia de NEBA Local (OFE/DTSA/005/16), concluyó que el servicio debía definirse con un perfil de máxima velocidad, de modo que sean los operadores quienes limiten la velocidad en su red para ofrecer velocidades inferiores. Un perfil de máxima velocidad permite replicar los servicios minoristas de velocidad igual o inferior (a igualdad de otras características), disminuyendo de este modo el número de perfiles necesarios; por ello NEBA local se definió inicialmente con único perfil, el f1 de 300 Mbps (el máximo que usaba Telefónica en su minorista). La definición de un perfil de prestaciones máximas no es, ni una modificación de las obligaciones impuestas ni una nueva obligación del mercado, pues el mercado no establece la implementación concreta y características técnicas detalladas de los servicios mayoristas que conllevan el cumplimiento de dichas obligaciones, sino que es en la aprobación de las ofertas de referencia donde se concretan la solución tecnológica, la implementación y las características técnicas de los servicios mayoristas que debe ofrecer Telefónica para dar cumplimiento así a las obligaciones que tiene impuestas. La misma Resolución de 10 de enero de 2017 señalaba que no podía excluirse a priori que en el futuro hubiera situaciones en que pudiera ser necesaria la definición de algún perfil adicional, anticipando la posibilidad de introducir perfiles futuros que permitieran la mejora/incremento de las capacidades ofrecidas pero pudiendo mantener el principio de un perfil de velocidad máxima con el que se aprobó la oferta de referencia; la Resolución de 12 de abril de 2018 aprobó la introducción de un nuevo perfil solicitado por Telefónica, lo que era consecuente con la posibilidad apuntada en la aprobación del servicio de que en un futuro existiera más de un perfil, pero también con la definición de un perfil de máxima velocidad que permitiera replicar los servicios minoristas de velocidad igual o inferior.

Considera el Abogado del Estado que la recurrente confunde conceptos al equiparar la posibilidad de que exista un perfil único con el hecho de que se introduzcan únicamente perfiles de máxima velocidad que conlleven la simplificación en la gestión de perfiles. El hecho de que la CNMC, en la resolución de abril de 2018, optase por la propuesta de TELEFÓNICA de que existan varios perfiles y no la opción de los operadores de que sea un perfil único, no debe confundirse con el hecho de que cualquier propuesta de Telefónica de introducir nuevos perfiles debe cumplir con ser de velocidad máxima como se señala tanto en la aprobación de la oferta de NEBA Local como en la aprobación para introducir un nuevo perfil en la resolución citada.

La solicitud de Telefónica de introducción de los nuevos perfiles que dio lugar a la Resolución de la CNMC de fecha 9 de abril de 2019, conllevaba la introducción de dos nuevos perfiles f4 y f5 con determinadas mejoras en los tráficos Real Time y Oro respecto a los existentes, pero el perfil f4 sería un nuevo perfil con una velocidad en la calidad Best Effort inferior a la disponible en el nuevo perfil f5, y por tanto innecesario para la replicabilidad técnica de las ofertas y que no supone ninguna mejora respecto a la solicitud del perfil f5; introducir el perfil f4 implicaría una total incoherencia con la resolución de la oferta de NEBA local y, respecto al perfil f5 solicitado, también en coherencia con que cualquier nuevo perfil debe poseer en todas las calidades prestaciones iguales o superiores a las de los perfiles existentes, no es adecuada su introducción puesto que la velocidad ascendente de la calidad ORO del nuevo perfil debe ser no inferior a la de los perfiles existentes, y por tanto, de al menos 50 Mbps, por lo que no puede ser de 10 Mbps como plantea Telefónica en los perfiles f4 y f5 propuestos.



Afirma que, a pesar del informe sometido a audiencia, que inicialmente aceptaba la introducción de ambos perfiles, la Resolución recurrida, al rechazar su solicitud de nuevos perfiles de NEBA Local no modifica en absoluto los criterios de la CNMC en las resoluciones anteriores por las que se aprobó la oferta de referencia de NEBA Local y la introducción de un nuevo perfil, sino que es acorde y coherente con los criterios seguidos y establecidos en ellas. Los informes y propuestas que efectúa la DTSA, que es el órgano instructor, a que se refiere la recurrente, no vinculan al órgano decisor, que es la Sala de Supervisión Regulatoria, que en la resolución impugnada motiva las razones por las que concluye que los perfiles propuestos por Telefónica no cumplen los requisitos establecidos por la CNMC, sin perjuicio de que en la propia resolución recurrida se deje abierta la opción a Telefónica para que reformule su propuesta proponiendo un nuevo perfil de máximas prestaciones.

CUARTO: Re sulta del expediente administrativo que en la Oferta de Referencia remitida a la CNMC, en junio de 2018, se proponía para NEBA Local introducir dos nuevos perfiles f4 y f5, modificando la velocidad para las modalidades BE, ORO y RT:

BE ORO RT

Modalidad DOWN UP DOWN UP DOWN UP

F4 300M 300M 100M 10M 7M 7M

F5 600M 600M 100M 10M 7M 7M

Iniciado el procedimiento relativo a la inclusión de nuevos perfiles en la oferta de referencia de los servicios mayoristas NEBA y NEBA local, por acuerdo de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de 29/06/2018, Telefónica presentó escrito de alegaciones en el que dice explicar los motivos por los que se ha planteado crear nuevos perfiles minoristas que, en consecuencia, deben ser replicados en sus servicios mayoristas de FTTH, dichos perfiles suponían dos novedades: 100/10 Mbps en calidad ORO y 7/7 Mbps en calidad RT (la información aportada es confidencial).

En respuesta al requerimiento de información cursado a Telefónica, esta entidad presentó escrito en el que da respuesta a las cuestiones a las que se refería el requerimiento: Paquetes minoristas en los que se ofrecen los contenidos de TV en resolución 4k; número de canales en resolución 4k que se pueden recibir simultáneamente sobre un mismo acceso FTTH y tasas de bit usadas en los servicios minoristas de IPTV de Telefónica; aclaración sobre las calidades de los canales de los operadores, en relación con la inclusión en la oferta de referencia de NEBA local de la funcionalidad *multicast* (Información confidencial).

Con fecha 14 de noviembre de 2018, la DTSA emite informe en el que propone: *"Modificar la oferta de referencia del servicio NEBA local sustituyendo el cuadro de perfiles de su apartado 5.4 por el contenido en el Anexo 1"*.

En relación con la inclusión de nuevos perfiles en la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local, se señala en dicho informe que la obligación de acceso del Anexo 4 impone, en relación con NEBA local, que dicho servicio *"Permitirá la replicabilidad técnica de todos los elementos contenidos en las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice Telefónica sobre accesos FTTH"*; asimismo, se impone a Telefónica una obligación de control de precios, que han de estar sujetos a un control de replicabilidad económica; todo ello en el marco de las obligaciones establecidas en la Resolución de los mercados 3 y 4. Que la propuesta de Telefónica incluye nuevos perfiles que, en los accesos FTTH, definen las velocidades máximas, en sentido ascendente y descendente, de cada calidad de servicio disponible en el acceso; que dicha propuesta *"está en línea con la última modificación de NEBA Local en la que se introdujo un nuevo perfil f2 que incrementó la capacidad de la calidad BE de 300 Mbit/s a 600 Mbit/s. La presente propuesta introduce dos nuevos perfiles f4 y f5 que incrementan las capacidades de calidad ORO y RT manteniendo las dos capacidades Best Effort existentes. Con ello se incrementan a 4 los perfiles disponibles en NEBA Local"*. Se afirma que los nuevos perfiles para NEBA local permiten la replicabilidad técnica de los servicios minoristas que utilicen una capacidad de tipo ORO o RT igual o menor a la del perfil y permiten a los operadores ir migrando progresivamente a los clientes que deseen a las nuevas modalidades de forma equivalente al proceso que Telefónica realizaría en sus servicios minoristas que pudieran requerir las nuevas capacidades. Que los perfiles existentes incluyen una velocidad simétrica de 50 Mbit/s en calidad ORO, de modo que puede estimarse que ya permiten utilizar dicha calidad para ofrecer servicios de vídeo UHD (4K); si bien los picos pueden llegar a ser mayores, el ancho de banda necesario en redes IP para la transmisión de vídeo comprimido con resolución UHD, se estima, en función de los codificadores utilizados, entre los 15 y 30 Mbit/s en media; con ello el número de canales simultáneos en un único acceso oscilaría entre 1 y 3 según la calidad ofrecida; que puede estimarse que los perfiles actuales que incluyen capacidades de hasta 2 Mbit/s para tráfico con calidad RT permiten los servicios de video-llamadas, incluso si tanto el vídeo como la señal vocal utilizan dicha calidad tipo RT; los requerimientos de ancho de banda disponible para servicios de video-llamada 1 a 1 no son muy importantes, dependiendo en su mayor



parte de la calidad del vídeo, pero pueden ser muy superiores en caso de que intervengan diversos participantes en una multiconferencia. Que la introducción de perfiles con un mayor caudal de la calidad ORO y de la calidad Real-time pone a disposición de los operadores mejores prestaciones y les permitirá disponer de suficiente ancho de banda para asegurar mayores calidades en un futuro.

En el Anexo I se incluye el cuadro de perfiles del servicio NEBA local:

BE ORO RT

Modalidad DOWN UP DOWN UP DOWN UP

F1 300M 300M 50M 50M 2M 2M

F2 600M 600M 50M 50M 2M 2M

F4 300M 300M 100M 10M 7M 7M

F5 600M 600M 100M 10M 7M 7M

En el trámite de audiencia, la representación de ORANGE ESPAGNE, S.A, presentó escrito de alegaciones en el manifiesta que, en contra de sus alegaciones, la Resolución de 12 de abril de 2018 sentó las bases de evolución del servicio mayorista NEBA local, al permitir a Telefónica incorporar un nuevo perfil de 'velocidad máxima' superior a la existente, que a partir de aquel momento conviviría con su predecesora; por ello Orange asume como inevitable la propuesta de la CNMC de admitir la incorporación de un nuevo perfil de usuario para permitir la evolución en velocidad de la oferta mayorista. Sin embargo, en la propuesta de nuevos perfiles observa dos detalles contradictorios, en primer lugar, su propia designación (f4 y f5) cuando no consta la existencia del perfil f3; que para la evolución de los perfiles existentes basta con definir un nuevo perfil de 'velocidad máxima', condición que satisface el perfil f5; la incorporación de cualquier otro perfil de velocidades intermedias resulta artificial e innecesaria, y su inclusión en la oferta de referencia no debe ser admitida sin justificación previa y sin la verificación de que se satisfacen los principios de transparencia y no discriminación; que el sistema adoptado por la Comisión para NEBA Local obliga a que sea el operador usuario quien tiene que conformar los perfiles en su propia red, habiendo requerido Orange para ello de importantes desarrollos adicionales en los sistemas de red para provisión y postventa, así como despliegue de equipamiento de red adicional; que, una vez aceptado por la CNMC que la replicabilidad técnica de nuevas modalidades minoristas de Telefónica podría ser garantizada mediante la adición de nuevos perfiles, Orange considera que debe al menos evitar la proliferación en la oferta mayorista de perfiles técnicamente innecesarios que solo pueden contribuir a complicar la gestión de la relación mayorista entre los operadores y Telefónica, y que van en contra del objetivo alegado en su día por Telefónica de simplificación de la oferta mayorista; que, en caso de que el objetivo perseguido por Telefónica al proponer la definición del perfil f4 sea favorecer la posibilidad de incorporar un catálogo de perfiles a los que asignar en el futuro distintos precios, se estaría excediendo totalmente el objeto de este expediente.

QUINTO: Efectivamente, el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual propone modificar la oferta de referencia del servicio NEBA local en los términos solicitados por Telefónica, sin embargo, hemos de tener presente que el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, establece que "*Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos*".

A la DTSA le corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.1 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 6, 9 y 12.1.a) y e) de esta Ley, pero la resolución del procedimiento le corresponde a la Comisión, sin que los informes de los servicios sean vinculantes.

En la resolución impugnada se motiva suficientemente las razones por las que la Sala de Supervisión Regulatoria se aparta del criterio de la DTSA, tal como ya se ha expuesto. Pues, efectivamente, se expone en los fundamentos de la resolución que el objeto del procedimiento es el estudio de la inclusión de nuevos perfiles en las ofertas de referencia de los servicios mayoristas NEBA y NEBA local para garantizar la replicabilidad técnica de las ofertas minoristas de Telefónica y, examinada la propuesta de Telefónica y las propias alegaciones de dicha entidad, y comparando las características de los perfiles que se pretende introducir con los ya existentes, se llega a la conclusión de que los perfiles para NEBA local permiten la replicabilidad técnica de los servicios minoristas que utilicen una capacidad de cada tipo (BE, ORO o RT) igual o menor a la del perfil; pero el hecho de que alguna de las prestaciones del nuevo perfil a introducir sea inferior a las de los perfiles actuales podría llevar a que los análisis de replicabilidad se tuvieran que basar en un conjunto de perfiles, debiéndose identificar el de referencia en función de la oferta minorista concreta planteada, cuando, a juicio de la Sala de Supervisión, la replicabilidad en NEBA local debe poder girar en torno a un solo perfil de máximas prestaciones que constituya la referencia única para la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de Telefónica. Por ello, se



considera que todo nuevo perfil de NEBA local debe caracterizarse por prestaciones en todas las calidades iguales o superiores a las de los perfiles existentes, para que pueda ser esa referencia.

Entiende la Comisión que la introducción del perfil f4 no está justificada, por su velocidad best-effort inferior a la del f2 ya existente, y en un nuevo perfil como el f5, la velocidad ascendente de la calidad ORO no puede ser inferior a la de los perfiles existentes y, por tanto, debe ser al menos de 50 Mbit/s y no de 10 Mbit/s como plantea Telefónica.

Por otra parte, se ofrece la posibilidad de que Telefónica puede reformular su propuesta de nuevo perfil para que pueda ser aceptada, y se aclara que un nuevo perfil con las mismas características del f5 propuesto, pero con al menos 50 Mbit/s de velocidad ascendente para la calidad ORO, cumpliría con los requisitos para su introducción en la oferta.

Cabe añadir que en el Informe de la DTSA se afirma que la propuesta de Telefónica incluye nuevos perfiles que, en los accesos FTTH, definen las velocidades máximas, en sentido ascendente y descendente, de cada calidad de servicio disponible en el acceso; que dicha introduce dos nuevos perfiles f4 y f5 que incrementan las capacidades de calidad ORO y RT manteniendo las dos capacidades Best Effort existentes. Con ello se incrementan a 4 los perfiles disponibles en NEBA Local". Sin embargo, tal afirmación no se corresponde con la oferta de Telefónica, por el contrario, tal como se expone en la resolución, en el perfil f4 la velocidad best-effort (300M) es inferior a la del f2 ya existente (600M), y en el perfil como el f5, la velocidad ascendente de la calidad ORO (10M) es inferior a la de los perfiles existentes (50M).

Por otra parte, no se aprecia que la resolución impugnada se aparte del criterio establecido en la resolución de 12 de abril de 2018, sino que se trata de situaciones distintas. Efectivamente, en ambas resoluciones se aplica el mismo criterio en relación con la exigible replicabilidad técnica de los servicios minoristas de igual o menor velocidad. Lo que sucede es que en aquella propuesta de modificación de NEBA el perfil que se introducía (f2) incrementaba la capacidad de la calidad BE de 300 Mbit/s a 600 Mbit/s; mientras que en la propuesta que se rechaza en la resolución recurrida la modificación supone la introducción de dos perfiles uno de los cuales (f4) disminuyen la velocidad en la modalidad best-effort, respecto de la velocidad del perfil f2, y el otro (f5) la velocidad ascendente en la modalidad ORO es notablemente inferior a la establecida en los perfiles ya existentes.

SEXTO: No podemos compartir las alegaciones de Telefónica sobre la imposición de obligaciones nuevas, sin seguir el procedimiento previsto para ello; denuncia que se vincula con la alegada vulneración del artículo 9. CE, en cuanto a la proscripción de la arbitrariedad, y de la seguridad jurídica, con cita artículo 35.1 c) de la Ley 39/2015.

El procedimiento, como se dice en la resolución y en lo que respecta al "resuelve primero" -al que se concreta el recurso- tuvo por objeto el estudio de la inclusión de nuevos perfiles en la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local para garantizar la replicabilidad técnica de las ofertas minoristas de Telefónica; teniendo como marco las obligaciones que, en relación con los servicios mayoristas de acceso desagregado virtual, imponía la Resolución de los mercados 3 y 4; tales obligaciones responden a dos principios en relación con las ofertas minoristas de Telefónica, su replicabilidad técnica y económica. Lo que se valora es si la propuesta de modificación de la oferta de referencia presentada por Telefónica cumple con las exigencias de replicabilidad técnica del servicio minorista que pretenda comercializar Telefónica.

No responde a la realidad la afirmación de que se impone por la CNMC la obligación de que exista un único perfil de máxima prestación, en contradicción con lo resuelto en la resolución de abril del 2018. En absoluto cabe llegar a tal conclusión de la lectura de la resolución recurrida, que no solo no cuestiona la posible existencia de varios perfiles, tal como ya sucede (f1 y f2), sino que contempla la posibilidad de que Telefónica presente otra propuesta de modificación de la oferta de referencia, que incluya un nuevo perfil de NEBA local que ofrezca prestaciones en todas las calidades iguales o superiores a las de los perfiles existentes. De lo que habla la resolución es de un perfil de máxima prestación, no de que solo pueda existir un perfil. Y ello se justifica, como se ha expuesto, porque cualquier modificación de la oferta ha de servir de referencia para la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de Telefónica.

Ninguna duda cabe, por otra parte, de que la CNMC ha actuado en el legítimo ejercicio de las funciones que tiene encomendadas por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y por la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones; entre ellas la de *"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"*; así como la de *"supervisar y controlar el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas"* (art. 6).

Asimismo, el artículo 9.2 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso), establece igualmente que las autoridades nacionales de reglamentación podrán introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la Directiva.

No cabe apreciar arbitrariedad en la actuación de CNMC, al resolver motivadamente una solicitud de modificación de la oferta de referencia de NEBA local, haciéndolo desde la perspectiva de garantizar la observancia de las obligaciones impuestas en la Resolución de los mercados 3 y 4, concretamente la replicabilidad técnica de las ofertas minoristas de Telefónica.

La Ley 9/2014, 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.

(...)"

Pues bien, el rechazo de la modificación propuesta se ha de enmarcar, además, en la necesidad de garantizar la no discriminación de los operadores alternativos en la prestación de sus servicios minoristas, respecto de las condiciones en que el operador Telefónica, operador con poder significativo en el mercado de referencia, presta sus servicios mayorista y minorista.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

SEXTO: 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^a. Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U**, contra la Resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 9 de abril de 2019, 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 **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.