



Roj: **SAN 1086/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1086**

Id Cendoj: **28079230082022100151**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **01/03/2022**

Nº de Recurso: **1821/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001821 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 13224/2019

Demandante: Telefónica de España, S.A.U. (TESAU)

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

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 uno de marzo de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **1821/2019** promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **Telefónica de España, S.A.U. (TESAU)**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 17 de julio de 2019, por la que se resuelve conflicto promovido por Orange en relación con la solicitud de varios servicios de entrega de señal mediante Fibra Oscura.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo, que fue admitido a trámite. Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se revoque la resolución impugnada y se acuerde el restablecimiento de la situación jurídica perturbada, mediante el reconocimiento del derecho a refacturar los servicios a los precios vigentes para ofertas comerciales aplicables con anterioridad a dictarse la resolución recurrida, con los intereses legales correspondientes.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se desestime el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se ha practicado la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron escrito de conclusiones por su orden y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 16 de febrero de 2022.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución impugnada resuelve:

<<1.- Telefónica debe entregar a Orange en el plazo de 15 días laborables desde la notificación de la Resolución una oferta para provisionar el servicio de fibra oscura solicitado por Orangeen las condiciones definidas en el apartado II.9

2.- Telefónica deberá entregar a Orange en el plazo de 15 días laborables desde la notificación de la Resolución sendas ofertas de fibra oscura para las rutasde acuerdo con las condiciones definidas en el apartado II.9 y proseguir con la provisión de la oferta que fuera seleccionada por Orange.

3.- Telefónica deberá informar en el plazo de 10 días laborables desde la notificación de la Resolución de las centrales alternativas a la de Rosales y Ciudad Quesada en las que estaría en disposición de entregar el servicio de EdS mediante fibra oscurade acuerdo con la ruta que sigue la fibra propia y su estructura jerárquica.

4.- Telefónica debe atender las solicitudes de Orange de servicio de Entrega de Señal mediante fibra oscura facilitándole la oferta correspondiente en el plazo de 20 días laborables, sin poder denegarlas salvo si no se cumple alguna de las condiciones especificadas en la OBA. En caso de tener dudas sobre la razonabilidad de la solicitud debe acudir a esta Comisión para que resuelva sobre dicha razonabilidad.

5.- Cuando Telefónica deniegue solicitudes de Orange de servicio de Entrega de Señal mediante fibra oscura en rutas por no disponer de fibra excedentaria suficiente hasta la central destino solicitada, en el plazo de 20 días laborables deberá informarle de dicha situación y de las centrales alternativas cercanas en las que estaría en disposición de entregar dicho servicio de fibra oscura>>.

La propia parte recurrente señala <<que este recurso guarda relación con el seguido ante esta Sala contra la Resolución 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 NUM000 10GbE, tal y como dispone la Resolución recurrida en su apartado II.3 donde se impone la siguiente obligación "De acuerdo con la modificación de la modalidad de Entrega de Señal (EdS) mediante fibra oscura de la OBA introducida en la Resolución de 5 de abril de 2018, en aquellas centrales con un número total de pares igual o menor a 12.500 pares, y cuando existan fibras excedentarias, Telefónica debe suministrar una conexión de fibra oscura en condiciones razonables y no discriminatorias si existe una solicitud por parte de un operador que cumple con los requisitos para contratar servicios de EdS. El servicio de fibra oscura tendrá una cobertura de ámbito provincial o de hasta 35 km en caso de ser de ámbito interprovincial." Y decimos que guarda relación directa porque la misma modifica e impone obligaciones a mi representada sobre el servicio objeto de este recurso>>.

El procedimiento que se cita es el 640/2018, en el que ha recaído sentencia firme de fecha 24 de febrero de 2021, desestimatoria del recurso

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se desarrollan los siguientes motivos de impugnación: 1.- La CNMC ha impuesto obligaciones que se separan de lo dispuesto en el artículo 3 y 12.6 de la LGTel al dictarse para un servicio que se desarrolla en un entorno de competencia efectiva; 2.- La Resolución recurrida genera indefensión; y 3.- La Resolución recurrida resulta arbitraria y desproporcionada.

El primero de dichos motivos, debe resolverse en sentido negativo para la tesis de la recurrente. En todo caso, debemos remitirnos a lo que luego decimos sobre el artículo 12.6 LGTel.

Pues bien, el artículo 3.a) LGTel otorga a la CNMC la competencia para fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, lo que persigue la resolución objeto de recurso, en cuanto resuelve un conflicto planteado por un operador por los términos de prestación del servicio, en función de las obligaciones impuestas al Operador PSM, en la resolución de 5 de abril de 2018, que hemos citado anteriormente.

También podemos afirmar que no se atisba problema alguno en cuanto a la posibilidad de afectación negativa a los principios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación. Debemos resaltar que el presente conflicto se resuelve siguiendo los mismos criterios que en otros supuestos, como es el caso, que expresamente se cita por la CNMC del conflicto planteado por DT12, precisamente frente a TESAU que, por tanto, la actora conoce.

La parte pretende, en definitiva, que la resolución del presente conflicto se aparta de los principios generales citados al intervenir en un mercado que se desenvuelve en efectiva competencia. Pero, tal y como afirmábamos en la sentencia dictada en el recurso 640/18, 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, tratándose de actualizar la modalidad de fibra oscura, lo que favorece no sólo la competencia efectiva, sino también el correcto funcionamiento del mercado correspondiente (mercados 3.a, 3.b y 4).

Volvemos a insistir en que no estamos ante nuevas obligaciones que sean propias de la definición ex novo de un mercado, pues se dota de sentido y contenido al artículo 7 del Reglamento de Mercados (RD 2296/2004), al "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".

TERCERO.- La segunda cuestión planteada también ha obtenido cumplida respuesta en la sentencia del recurso 640/18, en la que hemos afirmado:

<<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 (.....)

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 (.....)

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>>.

CUARTO.- En cuanto a la tercera cuestión planteada, ya indicábamos en la sentencia dictada en el recurso 640/18, y ahora reiteramos:

<< 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 párrafo 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 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>>.

Aparte lo ya indicado, apreciábamos que no existe vulneración de los artículos 10.1 LGTel y 28.2 LCNMC, lo que ahora también reiteramos en los mismos términos.

QUINTO.- En virtud de las previsiones del artículo 139 LRJCA, procede imponer las costas a la parte recurrente. Haciendo uso de la facultad que otorga al tribunal el artículo 139.4 LJCA, se cifra en un máximo de 3.000 euros por todos los conceptos, el importe de las costas.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **Telefónica de España, S.A.U. (TESAU)**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 17 de julio de 2019, por la que se resuelve conflicto promovido por Orange en relación con la solicitud de varios servicios de entrega de señal mediante Fibra Oscura, la cual confirmamos por ser ajustada a derecho. Imponer las costas a la parte recurrente.

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

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **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.