



Roj: **SAN 3447/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3447**

Id Cendoj: **28079230082022100337**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **23/06/2022**

Nº de Recurso: **2322/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0002322 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 16122/2019

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: SRA. ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintitrés de junio de dos mil veintidós.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **2322/2019**, interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. Robledo Machuca** y defendida por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado. Ha sido parte codemandada **EUSKALTEL, S.A.** representada por la Procuradora Sra. Campillo García y defendida por Letrado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Eugenio Frías Martínez**.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

SEGUNDO.- La Administración demandada, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

La parte codemandada no presentó escrito de contestación a la demanda.

TERCERO.- Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 22 de junio del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 19 de septiembre de 2019, relativa a la propuesta de modificación de la estructura de precios de NEBA local y Neba fibra propuesta por Telefónica, en la que se RESUELVE:

"PRIMERO.- Rechazar la propuesta de Telefónica de establecer una cuota mensual de 18,07 euros para el servicio NEBA local en su modalidad de 600Mb, notificada por Telefónica mediante oficio de 21 de noviembre de 2018.

SEGUNDO.- Rechazar la propuesta de Telefónica de establecer una cuota mensual de 18,07 euros para el servicio NEBA fibra en su modalidad de 600Mb, notificada por Telefónica mediante oficio de 21 de noviembre de 2018".

La resolución sostiene que la propuesta de modificar la estructura de precios de NEBA local y NEBA fibra debe ser interpretada a la luz de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 9 de abril de 2019.

En dicha Resolución, la CNMC profundiza en la naturaleza de los diferentes perfiles del servicio NEBA local y se exponen las condiciones que debe cumplir Telefónica para crear nuevos perfiles o modificar los existentes.

"[e]sta Sala 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, 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. (...)

cuando se introduzca dicho nuevo perfil de máximas prestaciones (...), los perfiles existentes se verán sustituidos por dicho nuevo perfil, deberán quedar cerrados para nuevas altas y se mantendrán únicamente para las conexiones activas (...)

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".

Entiende la resolución impugnada que "la propuesta de Telefónica de establecer una estructura de precios con cuotas de acceso diferenciadas según la velocidad es contraria a la propia naturaleza de NEBA local como un servicio mayorista de perfil máximo, por lo que no debe ser admitida".

SEGUNDO.- En la demanda Telefónica tras exponer el marco normativo de referencia, recoge las obligaciones que la CNMC puede imponer a Telefónica, señalando que se encuentra recogidas en la resolución de 24 de febrero de 2016, de análisis de los mercados 3 y 4, sin que en ningún modo establecen que deba existir un solo perfil de máximas prestaciones que sirva para aplicar la replicabilidad, ni un solo precio mayorista referenciado a ese perfil "único".

La resolución impugnada pretende imponer nuevas obligaciones y restricciones de replicabilidad económica, reiterando que no se impone la obligación de modificar la oferta mayorista hacia un único perfil de máximas prestaciones, con un único precio, tal y como pretende imponer la CNMC a través de la Resolución recurrida y la de 9 de abril de 2019 que la precede y en la que basa su fundamentación.

Las Resoluciones de la CNMC de 9 de abril de 2019 y de 19 de septiembre de 2019, son incoherentes respecto de su propia doctrina establecida en la Resolución de 10 de enero de 2017, por la que se aprueba la oferta de NEBA local. Imponer a Telefónica un perfil único de máximas prestaciones que no es necesario para prestar



sus ofertas minoristas, sería desproporcionado y estaría fuera de las obligaciones impuestas en la Resolución de 24 de febrero de 2016, de análisis de los mercados 3 y 4.

Las Resoluciones de la CNMC de 9 de abril de 2019 y de 19 de septiembre de 2019 son incoherentes con su propia doctrina establecida en la Resolución de 12 de abril de 2018, en la que se aprobó el perfil de 600 Mb (para la calidad best effort) en NEBA local, que admitió la inclusión de un nuevo perfil adicional al ya existente. La resolución recurrida no ha tenido en cuenta la existencia de dos perfiles diferenciados en NEBA local.

La fijación de precios diferenciados refleja la realidad de las ofertas minoristas del mercado, siendo la diferenciación de precios por velocidad una práctica habitual en el mercado.

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.- Como pone de manifiesto la recurrente la resolución impugnada se fundamenta en la previa Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 9 de abril de 2019, sobre la inclusión de nuevos perfiles minoristas. Esta última resolución fue recurrida por Telefónica en el recurso 1139/2019, de esta Sección, habiendo recaído sentencia desestimatoria de 29 de marzo de 2021.

En la referida sentencia se indica la adecuada motivación de la resolución al apartarse del informe de DTSA de 14 de noviembre de 2018, admitiendo el juicio de la Sala de Supervisión de que "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". La sentencia igualmente considera que "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".

CUARTO.- Habiéndose declarado, en la referida sentencia la conformidad a derecho de la Resolución de 9 de abril de 2019 en la que se establecía que "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", sin que se hubiera apreciado que ello supusiera la imposición de nuevas obligaciones ni apartamiento de resoluciones anteriores, motivos que fueron alegados en dicho recurso, y en tanto la resolución ahora recurrida se fundamenta en la de 9 de abril de 2019, debe entenderse adecuadamente justificada la razón del rechazo de la propuesta de Telefónica de establecer una estructura de precios según velocidad "es contraria a la propia naturaleza de NEBA local como un servicio mayorista de perfil máximo".

Respecto de la alegación de Telefónica de la existencia de dos perfiles de NEBA local y de fijar precios distintos, dicha cuestión ya fue alegada y resuelta por la resolución impugnada señalando que "la Resolución de 9 de abril de 2019 establece que el perfil de referencia de este servicio mayorista es aquél de máximas prestaciones. Los perfiles inferiores se mantienen de manera transitoria, cerrados a nuevas altas, mientras se produce la migración al perfil de referencia... no introduce obligaciones regulatorias adicionales, sino que se limita a aplicar el contenido de la precitada Resolución de 9 de abril de 2019". No se niega la existencia de dos perfiles, pero al establecerse la naturaleza de NEBA local como un servicio mayorista de perfil máximo, no resulta adecuado el establecimiento de una estructura de precios según velocidades, debido a que la replicabilidad del servicio NEBA local se articula en torno a su perfil de máximas prestaciones, lo que conduce inexorablemente al establecimiento de una sola cuota mensual de acceso, compartiendo esta Sala la motivación de la resolución.

Por último, la fijación de un precio único de NEBA local dadas sus características técnicas, no supone una discriminación a Telefónica, por cuanto dispone de una amplia flexibilidad para establecer su oferta minorista. En dicha oferta minorista Telefónica, al igual que el resto de competidores, ofrece diferentes precios en función de la velocidad que ofrecen las distintas ofertas.



QUINTO.- 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, al que se concreta el recurso, tuvo por objeto la solicitud de Telefónica de modificación de las respectivas cuotas mensuales de acceso de los servicios NEBA local y NEBA fibra en sus modalidades de 600Mb, que pasarían de 17,57 a 18,07 euros, quedando el resto de modalidades y conceptos sin cambios, 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 24 de febrero de 2016, 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 estructura de precios notificada cumple con las exigencias de replicabilidad técnica del servicio minorista que pretenda comercializar Telefónica.

La resolución, como se ha indicado, se fundamenta en la previa resolución de 9 de abril de 2019, que como ya señalábamos en la sentencia de esta Sala, de 19 de marzo de 2021, al resolver el recurso contra esta última resolución indicaba: " *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".

Por lo expuesto, procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente, sin que el límite máximo de aquéllas, considerando la complejidad y alcance del asunto planteado, pueda exceder de la suma de 3.000 euros por todos los conceptos.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente hasta un importe máximo de 3.000 euros por todos los conceptos.

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.