



Roj: **SAN 5521/2022 - ECLI:ES:AN:2022:5521**

Id Cendoj: **28079230082022100630**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **11/11/2022**

Nº de Recurso: **1816/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001816 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02309/2019

Demandante: Asociación de Operadores de Telecomunicaciones Empresariales (Asotem)

Procurador: D. ÁLVARO CARRASCO POSADA,

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a once de noviembre de dos mil veintidós.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **1816/2019**, seguido a instancia de **Asociación de Operadores de Telecomunicaciones Empresariales (Asotem)**, representada por el procurador de los tribunales **D. Álvaro Carrasco Posada**, con asistencia letrada, y como administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Mediante resolución de 24 de febrero de 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que sigue la recomendación de la Comisión Europea de 9 de octubre de 2014, se aprobó 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

2. En el apartado undécimo de dicha resolución se acuerda lo siguiente:

Imponer a «Telefónica de España, SAU», las obligaciones recogidas en el anexo 5 de la presente resolución en relación con el mercado 3b-2 residencial de acceso de banda ancha al por mayor y el mercado 4 empresarial de acceso de banda ancha al por mayor, así como en el anexo 6 en materia de replicabilidad económica.

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra parte del apartado undécimo de la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

I. Delimitación del objeto del recurso y extensión del control jurisdiccional:

1. Se impugna el apartado undécimo de la resolución de la CNMC de 24 de febrero antes mencionada en dos aspectos concretos relativos al mercado 4 definido en la misma:

a) La negativa a imponer a Telefónica de España S.A.U en el mercado de banda ancha empresarial, respecto del servicio mayorista NEBA empresarial y en cierta medida del servicio ADSL IP, un nivel nacional de acceso (o subsidiariamente un nivel regional con 7 puntos de acceso).

Se precisa que no se impugna el nivel provincial con 50 puntos de acceso a dicho servicio y que se solicita de este Tribunal que establezca los niveles de acceso referidos.

b) La nulidad de la imposición del carácter inseparable de la contratación de las líneas de dicho servicio mayorista de banda ancha empresarial y el llamado servicio de "Mantenimiento Premium".

También se pide la nulidad de la negativa a separar dichos servicios prestados por Telefónica, y a establecer el carácter opcional del servicio de "Mantenimiento Premium".

2. Límites a la discrecionalidad técnica del regulador y extensión del control jurisdiccional respecto de las definiciones de mercados, declaraciones de operador con poder significativo e imposición de obligaciones específicas.

-Invoca la jurisprudencia del TS y de la AN, que si bien reconoce un margen de discrecionalidad a la Administración para realizar las operaciones descritas, le impone un deber específico de motivación racional de sus resoluciones.

II. Antecedentes de la resolución impugnada y cambios operados en la misma

1. La resolución impugnada introduce las siguientes modificaciones relevantes para este caso, respecto de los mercados definidos en la resolución de la CNMC de 22 de enero de 2009, que sigue la Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007:

-La Recomendación europea sugiere que parte del antiguo mercado 5 (mayorista de banda ancha) relativa a los servicios que sirven de base para atender a clientes residenciales (particulares), pasa a integrar el nuevo mercado 3b, (mayorista de banda ancha residencial o masiva).

-La CNMC, partiendo de la Recomendación europea, divide territorialmente el mercado 3b (banda ancha residencial) en dos mercados separados a efectos de su regulación: uno, el 3b-1, que incluye las zonas del mercado residencial que considera se encuentran en competencia, y otro, el 3b-2, que incluye las zonas "no competitivas", en el que, consiguientemente, se designa un operador con poder significativo y se le imponen obligaciones.

De este modo, el nuevo mercado 3b-2 (que sigue sujeto a regulación), difiere del antiguo mercado 4 no sólo en que únicamente se destina a clientes residenciales, sino que tampoco incluye las conexiones de las zonas geográficas "competitivas" (mercado 3b-1).

-El nuevo mercado 4, denominado "mayorista de alta calidad en una ubicación fija", que está destinado a los usuarios empresariales, resulta de la restante porción del antiguo mercado 5 (mayorista de banda ancha),



relativa a las conexiones destinadas al mercado empresarial, agrupada con el antiguo mercado 6 (mayorista de líneas alquiladas terminales).

La recurrente concluye que las definiciones de los mercados que establece la resolución impugnada difieren de las preexistentes de 2009, tanto en cuanto a los servicios incluidos en cada uno de los mismos, como en la extensión territorial de algunos de ellos, por lo que se produce una definición de nuevos mercados.

III. Necesidad de imponer a Telefónica SAU la obligación de garantizar en el servicio mayorista del mercado 4, un nivel nacional de acceso (o subsidiariamente un nivel regional con 7 puntos de acceso).

1. Infracción del artículo 13.4 de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones (LGTEL) y del artículo 8.4 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)

- El artículo 13. 4. 2 de la LGT dispone que: "Las obligaciones específicas a que se refieren los párrafos anteriores se basarán en la naturaleza del problema identificado, serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de esta Ley. Dichas obligaciones se mantendrán en vigor durante el tiempo estrictamente imprescindible".

-La imposición de obligaciones a la empresa con poder significativo de mercado se concibe como un elemento que sirve para "reequilibrar" las condiciones de competencia en dicho mercado, permitiendo competir a los demás operadores en condiciones adecuadas, por lo que debe ajustarse a las reglas del artículo 13 LGTel citadas.

-La CNMC ha rechazado establecer un "nivel nacional" y subsidiariamente siete puntos de acceso, para el acceso al servicio regulado de acceso indirecto del nuevo mercado 4 (NEBA empresarial), lo que implica que los operadores no podrán acceder desde un solo punto a la red nacional de Telefónica.

-La consecuencia es que los operadores, para poder acceder a dicha red deberán acudir al nivel inmediato inferior, esto es, los 50 puntos de acceso provinciales.

-De esta manera, un operador que desee poder prestar servicios minoristas usando el servicio mayorista así configurado, deberá conectarse (con medios propios o circuitos alquilados) a cada uno de esos 50 puntos de conexión.

-Esta regulación es adecuada en un mercado como el antiguo mercado 5, para el que se diseñó NEBA, que es diez veces mayor en tamaño y densidad, pero no es proporcionado ni adecuado a las características, muy diferentes, del nuevo mercado 4.

2. Falta de motivación para rechazar la propuesta de la recurrente Asotem relativa al nuevo mercado 4:

-Asotem propuso para el mercado 4 el establecimiento de un nivel de acceso nacional, y que, subsidiariamente, si no se establecía el mismo (que ya existía en el servicio ADSL IP, aunque este era de cobertura limitada), al menos debería establecerse un auténtico nivel regional, en el que un operador conectado a un número limitado de puntos de la red de Telefónica (entre seis y doce), para prestar servicio a clientes empresariales en todo el territorio nacional.

-En consecuencia, no se pide la creación de un nuevo servicio, ya que bastaría con eliminar las restricciones del servicio ADSL IP, extendiéndolo a la cobertura NEBA.

-La CNMC no dio respuesta expresa a la petición de Asotem y los datos empleados son insuficientes.

-La distinción entre el segmento residencial (que incluye autónomos y Pymes), y el empresarial (que solo incluye a las grandes empresas y grandes clientes), no incluye datos cuantitativos, como el número de líneas de cada segmento o la facturación de cada uno de ellos).

-Con respecto al "segmento empresarial" sólo se detallan las cuotas que en dicho segmento empresarial corresponden a cada operador (sobre datos de 2014) y sólo en términos porcentuales, pero sin definir el tipo de empresa incluido (grandes clientes u otras), el número de clientes, el número de líneas o conexiones, ni la facturación en términos monetarios, lo que impide comparar con los datos del antiguo mercado 5 de 2009.

-Los únicos datos cuantitativos sobre el segmento empresarial se encuentran en el Informe sobre la situación competitiva en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en el segmento empresarial y propuestas de actuación por la CMT, de 24 de marzo de 2011.

-De acuerdo con dicho informe: el 19,5% de las conexiones de banda ancha fija corresponden a clientes empresariales incluyendo autónomos, grandes empresas y Pymes, conllevando el 25,35% de facturación



siendo un 65,6% de dicho porcentaje el correspondiente a grades clientes y administraciones que tienen necesidades más especializadas.

-Con estos datos se concluye que el 10% de conexiones de banda ancha del mercado español corresponden al nuevo mercado 4 empresarial.

-Por otra parte, como única argumentación, la CNMC trasladó al ámbito de las obligaciones del nuevo mercado 4 (mayorista de banda ancha empresarial), que es la primera vez que se analiza con su configuración actual, las características esenciales de un servicio regulado, el denominado "NEBA", definido para el antiguo mercado mayorista 5 de banda ancha.

-En este sentido, se afirma en la resolución impugnada que las características de NEBA de alta flexibilidad e independencia le hacen también adecuado para construir ofertas minoristas destinadas a empresas. Además, el servicio, basado en Ethernet, dispone de 50 puntos de acceso (uno por provincia), correspondientes a las redes de agregación Ethernet provinciales de Telefónica. Habida cuenta de esto, y de que el servicio debe tener una arquitectura común con su variante residencial, no sería proporcionada una modificación de sus características fundamentales o la definición de un nuevo servicio.

-También se indica que el servicio mayorista de banda ancha asociado al mercado 4 no es un nuevo y diferente servicio mayorista, sino que se constituye a partir del existente servicio de acceso indirecto NEBA (y Gig ADSL/ADSLIP), pero en el que los accesos que se acogen a este servicio regulado tienen que ser necesariamente de la variante empresarial, lo que implica suscribir el Ans de mantenimiento Premium y el tráfico prioritario.

-Sin embargo, las características de ambos mercados son distintas, ya que el mercado 5 tenía una dimensión muy superior al incluir tanto el cliente residencial como el empresarial y, además en el mercado residencial hay un uso masivo de video, necesitado de un gran ancho de banda (en concreto, TV sobre IP y servicios de contenidos a demanda), uso que no es típico del mercado empresarial.

3. Planteamiento general y crítica de la resolución impugnada sobre las supuestas idénticas características técnicas entre el servicio regulado NEBA empresarial (nuevo mercado 4) y el anterior servicio NEBA (antiguo mercado 5).

-La resolución de 22 de enero de 2009 exigió que en el servicio mayorista de banda ancha (entonces aplicable a conexiones residenciales y empresariales) los interfaces de conexión incluyeran "el tráfico de la red de agregación Ethernet", pero no se indica que "únicamente" deba incluir tal tráfico, o dónde ha de "recogerse" el mismo, esto es, no se excluye que pueda agruparse tráfico de varias provincias.

-Dicha resolución solo estableció criterios orientativos respecto de los puntos de entrega: que "sea sensiblemente inferior" a los 109 del servicio GigADSL, y que para determinar la estructura de las demarcaciones se considere "el total del territorio y la población nacional", admitiendo la posibilidad de establecer puntos de entrega regionales.

-Estos requisitos genéricos establecidos en la resolución de 2009, se concretaron en las resoluciones de la CNMC DT 2009/497 y DT 2011/738, de 11 de noviembre de 2010 y 10 de noviembre de 2011, estableciendo la estructura provincial del servicio mayorista NEBA de banda ancha con 50 puntos de acceso, uno por provincia.

-Se justificó esta decisión en base a un análisis de los mercados 4 y 5, subrayando que:

El servicio dispone de puntos de entrega (PAI) a nivel provincial y no en un nivel de agregación posterior, debido a la estructura de la red de agregación Ethernet de Telefónica en la que se basa el servicio.

Los puntos de entrega no deben responder a criterios artificiales, sino de estructura de red y este debe ser el caso para los puntos de entrega del nuevo servicio, que, si bien aún deben ser determinados, sí deben adecuarse a la red de agregación Ethernet de Telefónica, que tiene estructura provincial, y es independiente de la red telefónica conmutada, por lo que no es de recibo la referencia a las áreas nodales".

-Por el contrario, la resolución de 24 de febrero de 2016, objeto del presente recurso, se limita, sin argumentación alguna, a establecer la continuidad de la estructura del servicio NEBA existente para el antiguo mercado 5, en el servicio obligatorio en el nuevo mercado 4.

4. Ausencia de análisis de adecuación de la estructura de acceso que se establece (50 puntos) a las características del nuevo mercado 4.

-La resolución impugnada afirma sin mayor fundamento que el servicio NEBA es adecuado para construir ofertas minoristas destinadas a empresas y que el servicio mayorista empresarial debe tener una arquitectura común con su variante residencial.



En consecuencia, la CNMC deduce que no sería proporcionada una modificación de sus características esenciales o la definición de un nuevo servicio.

-De esta manera se impone la existencia de 50 puntos de acceso vinculados a las redes provinciales Ethernet de agregación de Telefónica.

-La crítica de la recurrente se basa en los siguientes argumentos:

a) Cuestiona la calificación como "característica esencial" de la estructura provincial del acceso al servicio, pues la misma deriva de la resolución de 2011 mientras que la del 2009 hablaba de una estructura regional.

b) No se explica por qué la creación de puntos de acceso realmente regionales implicaría un servicio "nuevo" y no una mera variación de alguno de los existentes (bien sea del NEBA o del ADSL IP), contrariamente a lo que se indica en el informe del Ministerio de Economía.

c) La resolución trata "las características de la red de Telefónica", que es la base de su resolución, como si fuesen un dato neutral sin tener en cuenta que dicha red fue estructurada teniendo en cuenta todos los intereses de la citada compañía Telefónica, especialmente la eliminación de la competencia.

d) La propia CNMC reconoce en su resolución que es posible la existencia de puntos de acceso regional, sobre la base de la red troncal IP25 (cita el servicio ADSL-IP, que además, tiene puntos de acceso nacionales), por lo que bastaría dejar vigente o modificar levemente el servicio ADSL IP para que existiera el nivel nacional o regional solicitado.

e) Estima inadecuada la comparación que hace la resolución con la situación de Francia e Italia, dada la diferente estructura del mercado y la dimensión de los respectivos países.

f) La CNMC mezcla en el análisis del mercado 4, consideraciones propias del mercado residencial (el actual 3b-2) y en concreto:

La CNMC omite cualquier referencia a la menor dimensión del mercado empresarial, de escaso volumen (tanto en número de líneas -10% del total, como en ancho de banda usado por cada una de ellas, pues no suele tener que servir de transporte para señales de televisión y video, servicio que requiere gran ancho de banda).

Esa falta de motivación no explica por qué los operadores deben necesariamente conectarse a nivel provincial a la red Ethernet y no puedan conectarse a nivel nacional o regional (por ejemplo a la red troncal IP que une las redes provinciales Ethernet o con otra arquitectura), lo que les permitiría poder prestar servicio en todo el territorio conectándose a un menor número de puntos de acceso.

Esta solución les permitiría recuperar la inversión y obtener economías de escala, lo que es más difícil en el mercado empresarial que en el residencial.

-Así, mientras que en mercado residencial puede ser económicamente viable asumir los costes fijos de la conexión provincial que se impone, ello es prácticamente inviable en el mercado empresarial y, además, en muchas provincias no existe una oferta de conectividad alternativa.

-Subraya que el nuevo mercado 4 es 9/10 veces menor que el antiguo mercado 5, por lo que una regla de proporcionalidad aconseja sustituir los antiguos 50 puntos de acceso a los 7 propuestos, extremo apoyado también por el ministerio de Economía.

En definitiva, no se analiza en la resolución la petición de Asotem consistente en mantener vigente el servicio "ADSL IP" sin carácter subsidiario, esto es, no limitado a la zona sin cobertura NEBA, junto al "NEBA empresarial".

g) Finalmente destaca que, por contraste, la resolución tiene en cuenta hechos ajenos al mercado 4, en concreto que mantiene vigente el servicio NEBA en la zona competitiva del mercado residencial (actual mercado 3b-2), para lo cual alude indebidamente al supuesto "fuerte impacto en las economías de escala del servicio para clientes residenciales".

5. Viabilidad de la petición de Asotem.

-La resolución impugnada mantiene los servicios anteriores a NEBA (ADSL IP y GigADSL) con un carácter exclusivamente supletorio al mismo y concluye que "no cabe acoger la solicitud de establecer en este análisis de mercado un precio especial regulado para el servicio ADSL-IP nacional en el mercado 4, que solo sería válido para accesos de cobre, puesto que los accesos de fibra no forman parte de dicha oferta mayorista".

-Asotem niega que hubiera solicitado "establecer un precio especial regulado para el servicio ADSL-IP nacional en el mercado 4", pues su petición se limitó a que el servicio ADSL IP Nacional, en el ámbito del mercado



mayorista de banda ancha empresarial, estuviese disponible en todo el territorio sin tener el carácter supletorio a NEBA.

-Además, en la resolución impugnada se hace referencia la existencia de alternativas, en concreto que la oferta de referencia de NEBA ya incorpora una serie de previsiones para minimizar el impacto en costes de la conexión a PAI en los que hay menores economías de escala, cuestión a la que no se refirió Asotem, que no solicitó regular una entrega de señal interprovincial, esto es, no habían pedido incluir en el servicio la contratación de enlaces o circuitos entre los Puntos de Acceso provinciales y sus propias instalaciones.

-Lo pedido por Asotem fue que se definieran Puntos de Acceso Nacional o Regional como parte del servicio mayorista de banda ancha empresarial, cuestión que fue negada para el servicio NEBA de forma errónea invocando la relación con redes provinciales de agregación Ethernet y sin examinar su viabilidad para el servicio ADSL IP y sin hacer ningún tipo de análisis al respecto, contrariamente a lo que hizo la CNMC al adoptar su resolución de 22 de enero de 2009

-As otem insiste en que es perfectamente viable un servicio ADSL IP Regional con siete puntos de acceso para cubrir todo el territorio y recuerda que constan reiteradas propuestas de Telefónica de iniciativa propia en dicho sentido, que podrían adaptarse a las necesidades del nuevo mercado 4, sin tener que configurar "ex novo" un servicio mayorista (cita entre otras la resolución de la CNMC de fecha 27 de marzo de 2008, MTZ 2006/1018 OIBA.

-In forme del Ministerio de Economía y Competitividad coincidente con la petición de Asotem favorable a incluir un acceso nacional (o regional con pocos puntos) en las obligaciones específicas en el mercado 4 (NEBA empresarial), sin respuesta de la CNMC en la resolución impugnada.

En dicho Informe se indica que el actual sistema de acceso provincial obliga a incurrir en sobrecostes a los operadores alternativos que no disponen de infraestructuras en aquellas provincias donde tienen clientes o sedes de clientes, por lo que un acceso nacional regulado permitiría a los operadores prestar un servicio competitivo a aquellas empresas que disponen de varias sedes distribuidas a lo largo de la geografía española, introduciendo mayor competencia en un segmento del mercado en el que la posición de Telefónica es especialmente fuerte.

6. Garantía de eficacia para el caso de aceptarse el planteamiento de Asotem.

Que se establezca con claridad que, cualquiera que sea el servicio mayorista concreto (NEBA o ADSL IP) en el que se establezcan los Niveles de acceso solicitados, el servicio mayorista no esté sometido a restricciones, sino que, por el contrario, tenga carácter permanente y con cobertura en todo el territorio nacional. De modo que si se los citados Niveles de acceso se establecen en el servicio ADSL IP, el mismo no tenga carácter transitorio, ni esté limitado a las zonas sin cobertura NEBA.

IV. Infracción de los artículos 7.1 y 8 del Reglamento 2296/2004 de mercados acceso y numeración, de los artículos 9 y 10 de la Directiva de "Acceso" del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 y del artículo 8 de la Directiva "Marco" 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).

Se pide la nulidad del apartado undécimo de la resolución impugnada respecto de la obligación impuesta a Telefónica en el Anexo 5, apartado 1 a) de la misma, que obliga a los operadores clientes del servicio mayorista del nuevo mercado 4 (banda ancha empresarial), a suscribir el Acuerdo de Nivel de Servicio (Ans) de mantenimiento premium, cada vez que contraten una conexión de cliente perteneciente a dicho servicio mayorista empresarial de banda ancha.

El Acuerdo de Nivel de Servicio (Ans) de mantenimiento premium, ofrece una atención de averías en un plazo de 12h, 8h o 6 h en lugar de las 24h "estándar", a cambio del pago de una cuota mensual que oscila de 5 a 11,90 euros/mes y debe contratarse obligatoriamente para todas las líneas.

1. Naturaleza de la obligación.

La resolución impugnada incluye dicha obligación como una "característica" o "requisito" propios y esenciales del servicio mayorista empresarial, lo que niega Asotem, por las razones que se exponen a continuación.

La referencia a "tráfico de mayor calidad o prioridad, tráfico best effort", es un elemento delimitador de carácter sustancial, material y técnico, que se refiere al tipo de servicio de telecomunicaciones que se incluye en el mercado empresarial.

Sin embargo, la mención al "ANS (acuerdo de nivel de servicio) de "mantenimiento premium" delimita los servicios incluidos en ambos mercados exclusivamente en función de que se abone una cuota mensual para recibir un servicio de asistencia técnica, que, en sí mismo, no es un servicio de telecomunicaciones, sino un



servicio técnico o profesional, y que no altera las capacidades técnicas -ancho de banda, calidad de conexión, etc., de la línea de banda ancha de que se trate.

2. Los operadores clientes del servicio mayorista del mercado 4 no necesitan este servicio, por las razones siguientes:

-No es útil para un cliente empresarial, ya que la disponibilidad de acceso de banda ancha para acceso a internet y otros servicios de comunicaciones se requiere de modo permanente, lo que no garantiza el Mantenimiento Premium.

-Por el contrario, ese servicio permanente, esencial para las empresas, puede lograrse mediante técnicas que no ofrece el Mantenimiento Premium, como la disponibilidad de un acceso alternativo, como la "redundancia" (disponibilidad de infraestructura duplicada) que sí se puede obtener con una línea de conexión alternativa (respaldo), o también la atención al cliente 24 horas, 7 días a la semana y que se contrata solo para las líneas que se desee.

-Teléfono no lo impone a sus clientes minoristas y su contratación eleva el precio del servicio de banda ancha, que es el objeto de la contratación.

Así, la obligación de contratar el citado "Mantenimiento Premium" encarece el servicio mayorista para los operadores, especialmente si se tiene en cuenta que solo se presta en jornadas y horas hábiles.

-En todo caso, estima que los servicios mayoristas deben estructurarse para permitir a los operadores crear ofertas minoristas adecuadas al mercado empresarial, sin forzar a los operadores a aceptar prestaciones innecesarias para atender a los clientes minoristas empresariales.

-El Informe del Ministerio de Economía y Competitividad también se decanta por el carácter opcional en la contratación de dicho servicio, destacando que existen servicios sustitutivos del "Mantenimiento Premium" que cumplen finalidades similares.

3. Infracción de los artículos 7.1 y 8 del Reglamento 2296/2004 de mercados acceso y numeración, de los artículos 9 y 10 de la Directiva "acceso".

-De acuerdo con dichos preceptos cuando se impongan a un operador obligaciones de no discriminación, las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a dicho operador que publique una oferta de referencia, que deberá estar suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a las empresas pagar por recursos que sean innecesarios para el servicio requerido, en la que se describan las ofertas pertinentes subdivididas

por componentes de acuerdo con las necesidades del mercado, así como las condiciones correspondientes, incluidos los precios.

-No obstante, la Autoridad Nacional podrá modificar dicha oferta de referencia.

-Sin embargo, la normativa citada no permite que la resolución de la CNMC pueda obligar a contratar dicho Mantenimiento Premium a aquellos los operadores que sólo deseen contratar el servicio mayorista regulado de banda ancha empresarial, y deseen realizar el mantenimiento por sus medios, o con el mantenimiento ordinario, o que desean contratar dicho "mantenimiento Premium" sólo para algunas de sus líneas.

4. Infracción de los artículos 13.4 LGTel y 8.4 de la Directiva "Acceso", en relación con el artículo 8.2 a) y 4. e) de la Directiva 2002/21 "Marco".

-La obligación específica impuesta a Telefónica no se basa en la naturaleza de los problemas de competencia identificados en el nuevo mercado 4 ya que no son proporcionados a ellos, ni están justificados por el cumplimiento de los objetivos del art. 3 de la Ley.

-La falta de proporcionalidad de dicha obligación se constata comparando los objetivos de promoción de los intereses de los usuarios finales en los mercados minoristas, abiertos a la competencia con el mercado mayorista de servicios de banda ancha de alta calidad (mercado empresarial o mercado 4) en el que se ha impuesto dicha obligación, esto es los usuarios del mercado empresarial.

5. Invoca el informe del Ministerio de Economía y Competitividad en el mismo sentido y solicita que se establezca como único elemento imprescindible para que una conexión de cliente se incluya en el servicio mayorista empresarial, el "Tráfico de mayor calidad o prioridad que el tráfico best-effort", siendo el "ANS de mantenimiento Premium" una opción libremente contratable para los operadores que contraten conexiones de cliente del citado servicio mayorista empresarial del nuevo mercado 4.

6. Planteamiento de cuestión prejudicial.



Termina solicitando un eventual planteamiento de cuestión prejudicial, proponiendo los términos de interpretación siguientes:

-El artículo 8, apartado 4, de la Directiva "Acceso" debe interpretarse en el sentido de que no permite a una Autoridad Nacional de Regulación, en el marco del establecimiento de obligaciones específicas a un operador designado con poder significativo en un mercado relevante susceptible de regulación "ex ante", basar las citadas obligaciones específicas en la naturaleza o índole de problemas identificados en otro mercado mayorista distinto a aquel al que se refieren.

-El artículo 9 de la Directiva "Acceso", en relación con el artículo 8.4 de la misma debe interpretarse en el sentido de que no permite a una Autoridad Nacional de Regulación, en el marco del establecimiento de obligaciones específicas a un operador designado con poder significativo en un mercado relevante susceptible de regulación "ex ante", imponer a las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas (telecomunicaciones) tener que recibir del operador designado la prestación de recursos asociados, servicios auxiliares o componentes distintos a los servicios al por mayor de comunicaciones electrónicas, cuando aquellos no sean necesarios para el servicio requerido ni estén basados en la índole del problema detectado en dicho mercado o no guarden proporción con éste.

-El artículo 8, apartado 4, de la Directiva "Acceso", en su referencia a los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva Marco, apartados 2, a) y 4, e), impiden que la Autoridad Nacional de Regulación, al establecer las obligaciones específicas, no tenga en cuenta las necesidades de grupos sociales específicos, en particular de grupos de usuarios, en particular cuando son los integrantes de un mercado minorista concreto, como el mercado minorista empresarial subyacente del mercado mayorista cuya regulación es objeto de este recurso.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 10 de noviembre de 2021 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de parte de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 24 de febrero de 2016, 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.

El objeto del recurso se limita esencialmente a dos cuestiones concretas vinculadas solo al apartado undécimo de la resolución mencionada:

1. La petición de nulidad del Anexo 5 de la citada resolución de 24 de febrero de 2016, al que se remite su apartado undécimo, en el ámbito de las obligaciones impuestas a Telefónica de España, S.A.U.

Más en concreto, y en relación con el mercado 4 empresarial de acceso de banda ancha al por mayor, en la medida en que en el citado Anexo 5 no se incluye expresamente la obligación de Telefónica de atender las solicitudes razonables de acceso por parte de terceros operadores mediante el servicio mayorista de acceso indirecto en un nivel de acceso nacional, ni tampoco en un nivel de acceso regional con siete puntos de acceso con cobertura de todo el territorio nacional mediante la conexión a siete puntos de acceso ubicados en las siete ciudades que concreta.

A la declaración de nulidad de la disposición impugnada se añade la petición de que se imponga a Telefónica SAU la obligación de garantizar los accesos antes referidos, siendo la petición de acceso regional de carácter subsidiario.

2. La petición de nulidad del Anexo 5. 1 a) de la citada resolución de 24 de febrero de 2016, al que se remite su apartado undécimo, en la medida en que en su epígrafe "Ámbito de aplicación de la obligación", impone para lograr el "acceso de cliente en el ámbito del servicio mayorista de acceso indirecto propio del mercado 4 empresarial de acceso de banda ancha, la contratación con Telefónica SAU", en cada línea, del servicio "ANS de mantenimiento premium".



También solicita que se declare que el único requisito para que un "acceso de cliente" corresponda a la variante empresarial del servicio referido, es que tenga como característica el "Tráfico de mayor calidad o prioridad que el tráfico best-effort".

SEGUNDO: Un a consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya superada, reservó a la Comisión Europea un amplio margen de actuación exento de real control jurisdiccional, cuando se trataba de valorar las "apreciaciones económicas complejas" que la Comisión debía realizar para adoptar resoluciones en el marco del Derecho Administrativo Económico.

No obstante, ya en esa época las conclusiones del Abogado General Sr. Mayras, en el asunto 54/69 Francolor/ Comisión que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, reflejaron la perplejidad y desazón del Tribunal de Justicia sobre la extensión y efectividad de dicho control.

Esta laxa actitud empieza a cambiar con la sentencia Remia y otros/Comisión, 1985/327, apartado 34 y ya de manera significativa en la sentencia de 31 de marzo de 1998, asunto C-68/94 Kali und Salz, apartados 228 y ss, en la que por vez primera el Tribunal de Justicia anuló una resolución de la Comisión que había autorizado de forma condicionada una operación de concentración económica, por entender que los presupuestos en los que se basó la declaración de la Comisión sobre una posición de dominio colectiva eran erróneos.

No obstante, es el Tribunal de Primera Instancia el que con las sentencias de 22 de marzo de 2000, asunto T-125/97 Coca Cola, y sobre todo las de 6 de junio de 2002 asunto T-342/99 Airtours, la de 22 de octubre de 2002 asunto T-310/01 Schneider Legrand y la de 25 de octubre de 2002 asunto T-5/02 Tetra Laval, confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03, apartado 39, consolida un importante giro jurisprudencial en materia de control jurisdiccional de operaciones de carácter económico.

Estas sentencias se dictan en el marco de operaciones de concentraciones económicas y libre competencia, pero su doctrina se ha venido aplicando de manera expansiva a todos los ámbitos del Derecho Administrativo Económico y por obligada extensión a las actuaciones jurisdiccionales de control sobre organismos públicos que, como en el presente caso, aplican el Derecho de la Unión.

Más recientemente, las sentencias de 18 de julio de 2013, Schindler Holding, Chalkor y Otis /Comisión (C-501/11 y otros), así como en la STJUE de 11 de septiembre de 2014 asunto Mastercard C-382/12, apartado 155 y ss, han sintetizado la jurisprudencia subrayando que el juez de la Unión no puede limitarse a declarar la inexistencia formal de un error manifiesto de apreciación de la Comisión, pues dicho juez debe verificar, no sólo la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Es decir, el juez debe comprobar la racionalidad de la decisión y no puede apoyarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión en virtud de la función que le ha sido asignada.

Esta jurisprudencia subraya en definitiva la toma en consideración del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que garantiza la tutela judicial efectiva y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que a su vez garantiza entre otros derechos, el que asiste a toda persona, de ser enjuiciado por un tribunal imparcial y mediante un juicio justo, a la luz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión (Sentencia de 27 de septiembre de 2011 Menarini Diagnostics).

TERCERO: El presente recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

1. En relación con la petición de nulidad de la resolución por no haber impuesto a Telefónica de España SAU la obligación de permitir el acceso de terceros operadores al mercado 4 Neta empresarial desde un solo punto de acceso nacional o 7 regionales, solicitando expresamente que esta Sala imponga dicha obligación.

1. El control jurisdiccional que este Tribunal puede y debe ejercitar se dirige a la verificar la racionalidad de la motivación de la resolución impugnada y ello de acuerdo con los términos señalados por la jurisprudencia anotada.

En consecuencia, dicha resolución podrá ser anulada si este Tribunal constata que las conclusiones a la que llega la misma no son fruto de una interpretación racional y lógica de los elementos fácticos en los que se sustenta.

2. En consecuencia, debe rechazarse, sin más, toda petición destinada a introducir un nuevo modelo regulatorio, o incluso aquella que pretenda modificar el ya existente, pues este Tribunal carece de competencia para ello ya que el regulador y quien debe ejercer esas competencias, es, por mandato legal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).



3. La CNMC fundamenta la necesidad de imponer el servicio Neba empresarial con arreglo a los siguientes argumentos:

-Telefónica, en consideración a su posición de operador con poder significativo de mercado, queda obligada a adoptar como oferta de referencia que incluye las condiciones técnicas y económicas bajo las que debe prestar los servicios mayoristas regulados a los demás operadores en el mercado de alta calidad 4 empresarial, el modelo de acceso indirecto Neba empresarial.

-Neba empresarial es un servicio de acceso indirecto de nivel 2 (Ethernet), de carácter más avanzado tecnológicamente que los preexistentes de nivel 3 como ADSL-IP, siendo dicha tecnología la empleada en el entorno europeo y se caracteriza por la prestación de un servicio de alta calidad superior a Best Effort y un servicio de mantenimiento premium.

-El segmento de mercado al que va destinado el servicio mayorista en cuestión, es el mercado de empresas, entendido como aquel segmento de clientes con necesidades de comunicación complejas y de alta calidad, que van más allá de la conectividad, que generalmente tienen varias sedes distribuidas por toda la geografía y cuya contratación de productos no se realiza solamente en base a los productos estándar, sino a procesos de negociación o licitación.

-Este servicio mayorista se establece sobre la oferta Neba ya existente que es la referencia obligada, estará disponible en todo el territorio nacional y permitirá a los operadores competir en el mercado minorista empresarial junto con otros servicios mayoristas de alta calidad.

-El mercado empresarial presenta unas características por el lado de la demanda (composición de los servicios de comunicaciones electrónicas que demanda el cliente final, ofertas personalizadas, elevados requerimientos de calidad, dispersión de las sedes a conectar) y de la oferta (operadores de empresa especializados en este segmento, servicios mayoristas relevantes) que justifican por qué el mercado empresarial se define de manera separada del mercado residencial.

-En el mercado empresarial la cuota de mercado de Telefónica es del 70%, mientras que en el residencial es del 45%, por lo que el nivel de competencia en ambos es distinto lo que se manifiesta también a nivel geográfico.

-El cumplimiento del artículo 12.6 de la Ley 9/14 LGTel, en orden a garantizar la prestación de un servicio de alta calidad en un plazo de tiempo corto y de la manera más eficaz objetiva y transparente posible se garantiza si los operadores pueden seguir haciendo uso de los servicios mayoristas existentes (y toda la infraestructura que ello implica, como puntos de acceso, entregas de señal, sistemas de información, etc.), con las mínimas variaciones que exija el nuevo análisis de mercados.

-En conclusión, Neba empresarial es una variante de un mismo servicio Neba y se adopta con el objeto de asegurar una disponibilidad rápida que permita solventar de manera eficaz los fallos de mercado, de conformidad con el principio de mínima intervención y sin eliminar la opción de contratar servicios preexistentes que se mantienen.

4. La CNMC fundamenta la necesidad de mantener en 50 el número de puntos de acceso al servicio Neba empresarial con arreglo a los siguientes argumentos:

-Los 50 puntos establecidos para NEBA atienden a las características de la red de Telefónica compuesta por redes de agregación provinciales.

-Al ser un servicio basado en Ethernet, las redes de agregación no pueden crecer del mismo modo que lo pueden hacer en una red IP, por lo que un número pequeño de puntos de acceso no sería posible en esta arquitectura de servicio.

-Para acceder a la petición de la recurrente sería necesario un cambio en la red de Telefónica, lo que no sería muy costoso y desproporcionado habida cuenta además, de que el servicio debe tener una arquitectura común con su variante residencial.

5. No acredita la recurrente que esa interpretación sea incoherente o carente de fundamento:

-Los dos informes técnicos aportados por la recurrente elaborados por la consultora Frontier datan de junio de 2015, es decir analizan una situación anterior a la establecida por la resolución impugnada que introduce una modificación sustancial en el ámbito regulatorio.

-Dichos informes señalan como tesis de partida que Neba empresarial carecía de demanda suficiente, por lo que no está justificada su implantación obligatoria.



La demandada rebate ese argumento con las cifras de contratación de dicha opción, subrayando que en 2019 Neba empresarial aumentó su contratación en un 60%, extremo no rebatido por la recurrente y que evidencia la coherencia de la resolución impugnada y la inadecuación de los informes para combatirla.

-Además invoca la experiencia de la oferta previa de Neba existente hasta ese momento, lo que supone un punto de partida y de referencia importante para facilitar una rápida y eficaz implantación de la oferta Neba empresarial, extremo no desvirtuado por la recurrente.

-La decisión de la CNMC de introducir en el mercado 4 "acceso de alta calidad", una oferta de referencia como Neba empresarial junto con la ya existente de las líneas alquiladas, se enmarca, como ya anticipamos, dentro del campo de sus competencias legalmente atribuidas y en ese contexto solo podrá impugnarse con éxito esa decisión si se evidencia que la misma no cumple los parámetros exigidos para operar en dicho mercado.

-No existe argumento alguno que evidencia que la decisión de la CNMC es incoherente, o que se basa en apreciaciones fácticas erróneas o que haya omitido de manera injustificada algún dato relevante. En esencia la argumentación de la recurrente se basa en que le conviene más el sistema que propone, que el establecido por la CNMC que es de mayor valor tecnológico y eso no justifica la estimación del recurso.

-Por ello, son inoperantes los argumentos de la recurrente que obvian dicha circunstancia y se centran en demandar la imposición como oferta de referencia de otros servicios mayoristas regulados junto a los ya existentes.

-Ciertamente la recurrente no solicitó el desmantelamiento de la red provincial de Telefónica, pero sí que se le impusiera la obligación de establecer un punto de acceso nacional o 7 regionales.

Nuevamente hemos de insistir en que esa petición, por las razones competenciales ya expuestas, queda fuera de nuestro ámbito de decisión que se limita, en su caso, a declarar la nulidad de la resolución lo que podría llevar implícitamente a desautorizar el sistema provincial de Telefónica.

La propia recurrente excluye tal cuestión, lo que nos conforma que el motivo debe ser desestimado, subrayando además que la CNMC sí dio respuesta expresa al informe de Ministerio de Economía sobre el carácter inconveniente de ofrecer un punto de acceso nacional o 7 regionales.

A este respecto, la motivación ofrecida por la CNMC y que se recoge en el apartado 4 de este mismo fundamento jurídico la estimamos razonable, máxime si tenemos en cuenta que la estructura de la oferta Neba empresarial se comparte con la oferta previa ya existente de Neba residencial que se basa en la red provincial de Telefónica y no hay razón alguna para la misma sea alterada con más puntos de acceso que vendrían a complicar el tránsito de una a otra oferta y a obligar a todos los operadores a realizar nuevos desarrollos para acceder a una tecnología de inferior nivel.

Además, la oferta Neba empresarial incorpora previsiones para minimizar los costes de conexión a puntos de acceso indirecto en los que hay menos economías de escala.

II. En relación con el carácter obligatorio del servicio de mantenimiento Premium.

1. Las dos características esenciales de Neba empresarial, ofrecimiento de una calidad en el servicio superior a Best Effort y un servicio de mantenimiento premium, son inherentes e indisolubles de la misma.

2. El servicio de mantenimiento premium es una de las características esenciales que distingue Neba empresarial de Neba residencial, hasta el extremo de que en caso de ser obligatoria su contratación Neba empresarial perdería su propia razón de ser como oferta en un mercado diferenciado.

3. La posibilidad de contratar servicios de mantenimiento alternativos en el específico mercado 4 supondría una distorsión de la competencia.

4. En todo caso, los terceros operadores pueden contratar Neba residencial que no conlleva la suscripción del servicio de mantenimiento cuestionado.

Finalmente solo cabe decir que este Tribunal no considera necesario el planteamiento de las cuestiones prejudiciales propuestas por la recurrente en el FJ 7 de su demanda.

En efecto, a lo largo de esta sentencia se ha ido contestando a cada una de las dudas formuladas por la recurrente a este respecto, que pivotan sobre una realidad como es la plena justificación de la delimitación del específico mercado 4 con una oferta mayorista de las características de Neba empresarial.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, con un límite por todos los conceptos de 3000 euros.



Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente con un límite máximo de 3000 euros. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, 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."

FONDO DOCUMENTAL CENDO