

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN OCTAVA**

Núm. de Recurso: 0001595/2021
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 10593/2021
Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
Procurador: SRA. ORTIZ CORNAGO
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA N°:

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 veinte de septiembre de dos mil veinticuatro.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **1595/2021**, interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. Ortiz Cornago** 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 **AXENT INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES**,

S.L. representada por la Procuradora **Sra. Sampere Meneses** y defendida por Letrado.

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

ANTECEDENTES 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.

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 18 de septiembre 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 18 de marzo de 2021 que resuelve el conflicto de acceso a infraestructuras pasivas interpuesto por Axent frente a Telefónica (CFT/DTSA/071/20), que resuelve:

“**PRIMERO.-** Considerar que las solicitudes de uso compartido de Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A. a Telefónica de España S.A.U. que constituyen el objeto del presente procedimiento, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Oferta MARCo.

SEGUNDO.- Telefónica de España, S.A.U. deberá llegar a un acuerdo con Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.A., en el plazo máximo de dos meses a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, sobre las condiciones técnicas y económicas del acceso a las solicitudes de uso compartido objeto del presente conflicto, en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 3, de la presente Resolución”.

Señala la resolución que: “Axent comercializa servicios sobre su red de fibra óptica de larga distancia interprovincial (long haul) que gestiona el tráfico de sus clientes entre diferentes puntos de interconexión y agregación de tráfico.

La tipología de los clientes de Axent son operadores (mayoristas y minoristas) de comunicaciones electrónicas, siendo estos últimos los que proveen los servicios de banda ancha a los usuarios finales y/o terceros operadores.(...)

Axent instala la fibra óptica y el equipamiento pasivo, y revende la capacidad de la fibra oscura desplegada, a través de las infraestructuras MARCo, a terceros operadores, que son los que, posteriormente, completan la red y prestan los servicios minoristas de conectividad de banda ancha a los usuarios finales (...)

La red desplegada por Axent es claramente “de nueva generación”. Sin embargo, no puede considerarse “de acceso”, por cuanto no se puede entender que las redes de acceso desplegadas por terceros operadores (clientes de Axent) formen parte del despliegue del operador neutro”.

SEGUNDO.- Telefónica en la demanda muestra su conformidad con el resuelve primero de la resolución de la CNMC recurrida en cuanto que las solicitudes de uso compartido, que constituyen el objeto del presente procedimiento, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Oferta MARCo; impugnando la resolución en cuanto determina que está obligada a proporcionar acceso a sus infraestructuras pasivas en virtud de lo establecido en el RD 330/2016. Se mantiene como motivos del recurso:

-Se está realizando una interpretación errónea y extensiva del Real Decreto 330/2016, en virtud del principio de especialidad normativa, únicamente resultaría de aplicación la regulación ex ante de mercados, no procediendo imponer a Telefónica obligaciones adicionales a las contempladas en la Oferta MARCo.

Considera que el Real Decreto 330/2016 está dirigido única y exclusivamente, al despliegue de redes de acceso (no troncales).

- Si se considera aplicable el Real Decreto 330/2016, las solicitudes de acceso formuladas deberían haber sido denegadas en virtud del art. 4.7.f) dada la existencia de medios alternativos viables al acceso a las infraestructuras.

TERCERO.- Entiende Telefónica como primer motivo del recurso que el principio de especialidad normativa determina que debe prevalecer la regulación ex ante de mercados contemplada en la Ley General de Telecomunicaciones, ley especial, frente a la norma general del Real Decreto 330/2016 relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, basado en el Considerando 12 de la Directiva 2014/61/UE.

Considera la actora que si un operador tiene regulado el acceso a las infraestructuras de obra civil por la regulación ex ante, esta Directiva no será de aplicación, por lo que no procede imponerle obligaciones adicionales a las ya reguladas ex ante; entendiendo que ambos instrumentos persiguen un mismo objetivo consistente en facilitar el despliegue de redes de acceso de alta velocidad.

El Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad señala, en su preámbulo:

“El capítulo II regula el derecho de acceso de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, estableciendo quiénes son los sujetos obligados a prestar dicho acceso, el contenido de las solicitudes de acceso, el plazo para negociar dicha solicitud y los principios y elementos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia habrá de tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos que pudieran plantearse. El capítulo II se completa con el establecimiento de medidas de transparencia que permiten que los operadores que instalan o explotan redes de comunicaciones electrónicas puedan disponer de información mínima en relación con las infraestructuras existentes, a fin de poder ejercer su derecho de acceso a las mismas.

Lo establecido en el capítulo II, de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva 2014/61/UE debe tener en cuenta el principio de lex specialis: cuando sean de aplicación medidas reguladoras más específicas conformes con el Derecho de la Unión, estas deben prevalecer sobre los derechos y obligaciones mínimos previstos en la citada Directiva. Por tanto, este real decreto debe entenderse sin perjuicio del marco regulador de la Unión relativo a las comunicaciones electrónicas establecido en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como en la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, incluidas las medidas nacionales adoptadas de conformidad con dicho marco regulador, como las medidas reguladoras específicas simétricas o asimétricas”.

Como ponen de manifiesto las partes codemandadas, al contrario de lo que afirma la recurrente, el Real Decreto 330/2016 y la regulación ex ante de mercados persiguen objetivos interrelacionados y compatibles entre sí, pero no necesariamente idénticos. El Real Decreto 330/2016 tiene como principal objetivo facilitar el despliegue de redes de banda ancha de alta velocidad a través del acceso

a las infraestructuras físicas, mientras que la regulación ex ante de mercados tiene por objeto garantizar la competencia mediante la imposición de condiciones obligatorias al operador que ostente poder significativo de mercado.

No es posible apreciar la aplicación del principio de especialidad al caso de autos, al no resultar de aplicación la oferta MARCo, por lo que únicamente resulta de aplicación el norma general de acceso a las infraestructuras del Real Decreto 330/2016.

La aplicación del Real Decreto a operado PSM está expresamente prevista en el art. 2.1 que dispone “Este real decreto se aplica a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad y a las obras civiles relativas a dichas infraestructuras”. Por su parte el apartado 4 considera la posible aplicación simultánea de la regulación es ante y la del Real Decreto señalando “Las medidas a las que se refiere este real decreto se entenderán sin perjuicio de las obligaciones que puedan imponerse en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, a operadores con poder significativo en el mercado y en el artículo 32 de dicha ley en relación con la ubicación y el uso compartido de la propiedad pública y privada. En este sentido, en los casos en que la solicitud de acceso se produzca sobre una infraestructura gestionada o cuya titularidad o derecho de uso corresponda a un operador de comunicaciones electrónicas sujeto a obligaciones motivadas por los artículos 13 y 14 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, el acceso a dichas infraestructuras físicas será coherente con tales obligaciones y la introducción de procedimientos y tareas nuevas se basarán en las ya existentes.”

Hemos de concluir que la no aplicación al caso de autos de la oferta MARCo no impide la aplicación del Real Decreto 330/2016 para permitir el acceso a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. En dicho sentido ya nos hemos pronunciado en la sentencia de 26 de octubre de 2023, recurso 444/21.

CUARTO.- Sostiene la recurrente que el Real Decreto 330/2016 tiene por objetivo el despliegue de redes de acceso de alta velocidad, abaratando los costes al facilitar el acceso a las infraestructuras de obra civil existentes, por lo que no obliga a ofrecer acceso para prestar servicios mayoristas de transporte con fibra oscura o circuitos, sino que está única y exclusivamente dirigido a facilitar el despliegue de redes de acceso.

El Real Decreto 330/2016 al referirse al objeto, en su artículo 1, hace referencia a “redes de telecomunicaciones electrónicas de alta velocidad”, y en el mismo sentido, el artículo 2, respecto del ámbito de aplicación, se refiere a “redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta velocidad”. La definición que contiene el art. 3.2 de red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, exige que sea “capaz de prestar servicios de acceso de banda ancha a velocidades de al menos 30 Mbps por

abonado”, pero no limita el objeto ni el ámbito de aplicación del Real Decreto a las redes de acceso de alta velocidad.

QUINTO.- Como último motivo del recurso. Se mantiene que debía haberse denegado la solicitud de acceso, de conformidad con el art. 4.7.f), dada la existencia de medios alternativos viables al acceso al por mayor a la infraestructura física de la red, como es el servicio de alquiler de circuitos de TESAÚ, regulado en la oferta mayorista ORLA.

El art. 4.7.f) prevé la posibilidad de denegación de acceso por “La disponibilidad de medios alternativos viables de acceso a la infraestructura de red física al por mayor facilitados por el sujeto obligado y que sean adecuados para el suministro de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, siempre que dicho acceso se ofrezca en condiciones justas y razonables”.

La resolución impugnada sostiene que “la existencia de alternativas diferentes al acceso a las infraestructuras (como son los circuitos alquilados que Telefónica puede poner a disposición de terceros operadores) no puede constituir un motivo suficiente para proceder a la denegación del acceso en los términos del Real Decreto 330/2016. En particular, la elección del uso de medios alternativos no debe corresponder en exclusiva a los titulares de las infraestructuras, puesto que, en ese caso, las políticas de despliegue vendrían determinadas por los titulares de los recursos, no siendo esta la voluntad de la Directiva ni de su normativa de desarrollo. Por otro lado, esta Comisión no considera que la provisión de un servicio de circuitos alquilados pueda calificarse como una alternativa viable al acceso a la infraestructura física del propio sujeto obligado (Telefónica). En particular, Telefónica no ha puesto de manifiesto las razones por las que, en su opinión, cabría considerar ambos tipos de acceso equivalentes desde el punto de vista de un operador alternativo, que puede estar interesado -si el despliegue resulta viable- en proceder al tendido de sus propias redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad”.

El precepto exige la disponibilidad de “medios alternativos viables”, debiéndose interpretar de forma estricta el régimen de excepción, pues como se indica en la resolución la elección del medio alternativo no puede quedar a la exclusiva voluntad del titular de la alternativa.

Además, tampoco se ha acreditado por parte de Telefónica que el medio alternativo propuesto de alquiler de circuito sea equivalente al acceso a infraestructuras pasivas.

Como se pone de manifiesto en la contestación a la demanda del Abogado del Estado, el alquiler de circuitos, el operador no realiza inversión en red propia sino que alquila la red a Telefónica lo que le permitiría atender a necesidades puntuales; mientras que el acceso le permitiría desplegar su propia red e implementar las tecnología y velocidades que le resulten más convenientes y a modificarlas, mientras que el alquiler de circuitos limita la actuación del operador a lo contratado con

Telefónica. Viéndose obligado a realizar nuevas solicitudes para efectuar cualquier cambio.

Por lo expuesto el recurso debe ser desestimado.

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, para cada una de las partes demandadas.

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, para cada una de las partes demandadas.

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.

