



Roj: **SAN 2632/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2632**

Id Cendoj: **28079230082018100344**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **11/06/2018**

Nº de Recurso: **248/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000248 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02495/2016

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a once de junio de dos mil dieciocho.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **248/16**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, de fecha 10 de marzo de 2016, sobre la revisión de la oferta de referencia del servicio mayorista de banda ancha NEBA, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado. Se ha personado como codemandada la **Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL)**, representada por el Procurador **D. Alberto Hidalgo Martínez**.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, (TESAU), contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 10 de marzo de 2016, sobre la revisión de la oferta de referencia del servicio mayorista de banda ancha NEBA.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, declare contraria a derecho la resolución de la CNMC de 10 de marzo de 2016, y en tal sentido anule (i) la obligación impuesta a TESAU de aceptar las solicitudes razonables de homologación de las ONT propuestas por los operadores; y (ii) la obligación impuesta a TESAU de negociar acuerdos razonables con los operadores que posibiliten el despliegue por su parte de sus propias acometidas FTTH en las altas del servicio NEBA sobre vacante y notificar dichos acuerdos a la CNMC.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte contraria.

CUARTO: La entidad codemandada, ASTEL, contestó la demanda oponiéndose al recurso, solicitando su desestimación, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la que de la propuesta fue declarada pertinente, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 6 de junio del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 10 de marzo de 2016, en la que se *RESUELVE*:

Primero.- Aprobar las modificaciones a la oferta de referencia según lo descrito en el texto de esta Resolución. *La nueva oferta de referencia será la contenida en el Anexo II. El texto consolidado tras los cambios será publicado por la CNMC en su página web, y Telefónica deberá publicarla igualmente en su página web.*

Segundo.- Telefónica deberá implementar en el servicio NEBA las funcionalidades indicadas en el Anexo I en los plazos allí establecidos, facilitando a los operadores y a la CNMC la documentación necesaria para implementar el servicio (especificación de los procedimientos, guías de uso, flujogramas, esquemas WSDL y XSD) a los cuatro meses desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución.

Tercero.- Los nuevos ANS así como las condiciones económicas del servicio de mantenimiento premium y de las modificaciones masivas de conexiones NEBA fibra surtirán efecto transcurrido un mes desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución.

Cuarto.- Telefónica informará del código MIGA de la central cabecera asociada a cada acceso FTTH. En el plazo de un mes desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución, Telefónica deberá añadir esta información a cada fila (correspondiente a una finca) del fichero de cobertura FTTH.

Quinto.- *Telefónica deberá aceptar solicitudes razonables de homologación de ONT propuestas por los operadores. Telefónica deberá colaborar con el operador solicitante en el proceso de homologación, que deberá ser llevado a cabo en un plazo y con unos costes razonables, y ante problemas en dicho proceso se deberá prestar el máximo apoyo e información al operador solicitante para que éste a su vez pueda gestionar la situación con el fabricante del equipo. Telefónica comunicará cada nueva ONT homologada a la CNMC, que la incluirá en la oferta de referencia.*

Sexto.- Se establece como condición operativa tanto para Telefónica como para los operadores que hacen uso del servicio NEBA sobre accesos FTTH la inclusión del IUA de los accesos FTTH en la factura de sus clientes en un plazo máximo de doce meses, desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución.

Séptimo.- Telefónica deberá tratar las solicitudes mayoristas de alta FTTH sobre vacante de igual forma que las minoristas, en particular en lo referente al punto de instalación del PTRO, desde el mes siguiente a la notificación de la Resolución. *Si un operador solicita a Telefónica poder desplegar sus propias acometidas FTTH en las altas sobre vacante, ésta deberá negociar un acuerdo en términos razonables y notificar dicho acuerdo a la CNMC.*



Octavo.- Telefónica deberá identificar una segunda central susceptible de disponer de un PAI de NEBA en las provincias que cuentan actualmente con uno solo, con los criterios indicados en el apartado II.7.2. Dichas centrales deberán documentarse en el fichero de información de NEON "Listado de centrales con cobertura PPAIE-LAG por sector NEBA" en el plazo de un mes desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución, indicando también en dicho fichero las centrales con PAI ya operativos o solicitados. *Cuando un operador solicite un PAI en una de dichas segundas centrales sin PAI operativo, Telefónica dispondrá de tres meses para su instalación.*

Son antecedentes relevantes de dicha resolución los siguientes:

- Con fecha 22 de enero de 2009, el Consejo de la CMT aprobó la Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Resolución de los mercados 4 y 5).

En dicha Resolución, se impuso a Telefónica, entre otras, la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha (con velocidad nominal hasta 30 Mbit/s) a todos los operadores de acuerdo a los términos de su Anexo 3, que incluyen la obligación de proporcionar un nuevo servicio mayorista de banda ancha con una serie de requisitos.

- Con fecha 24 de febrero de 2016 la CNMC adoptó la resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

En dicha Resolución, se impuso a Telefónica, entre otras, la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha, en los términos de su Anexo 5. Esta obligación se implementa mediante el servicio de acceso indirecto NEBA (Nuevo servicio Ethernet de Banda Ancha).

Igualmente, se impuso a Telefónica la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso desagregado virtual al bucle de fibra óptica (FTTH), denominado NEBA local, en los términos de su Anexo 4. Este nuevo servicio mayorista deberá basarse en el servicio mayorista NEBA.

- Con fecha 10 de noviembre de 2011, la CMT aprobó por Resolución la oferta de referencia del nuevo servicio mayorista NEBA. Posteriormente la oferta de referencia fue modificada en algunos detalles por Resolución de fecha 14 de marzo de 2013.

- Con fecha 1 de abril de 2014, la CNMC aprobó la Resolución por la que se declara la disponibilidad efectiva de ese

servicio NEBA. En su Resolución cuarto, se requirió a Telefónica información sobre la planificación de la implantación de una serie de elementos referentes al servicio mayorista.

- Con fecha 7 de noviembre de 2014, mediante escrito de la Dirección de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales (DTSA), se inició de oficio el procedimiento administrativo de modificación de la oferta de referencia del servicio NEBA.

- Con fecha 11 de febrero de 2015, mediante escrito, Telefónica puso en conocimiento de la Comisión la disponibilidad para NEBA de tres equipos ONT (*Optical Network Terminal* , equipo de cliente en los accesos GPON) interoperables con las OLT (*Optical Line Termination* , equipo de central en los accesos GPON) de su red FTTH GPON.

Dicho escrito se incorporó al procedimiento de modificación de la oferta de referencia del servicio NEBA.

- Mediante escrito de fecha 2 de diciembre de 2015, se procedió a dar trámite de audiencia a los interesados, enviándoles también el informe de la DTSA con la propuesta de Resolución.

Presentaron escritos de alegaciones de Astel, Telefónica, Vodafone, BT y Orange.

En los fundamentos jurídicos de la resolución se razona, en síntesis, que el servicio mayorista de acceso indirecto de banda ancha NEBA está diseñado para permitir la configuración flexible de productos minoristas por los operadores alternativos así como su independencia de las ofertas minoristas de Telefónica; que se ofrece sobre accesos de pares de cobre así como FTTH; los puntos de entrega del servicio de acceso indirecto (o PAI) están situados en centrales indicadas en la oferta de referencia y permiten la interconexión entre la red de Telefónica y la red del operador solicitante de acceso; existen 50 PAI, uno por provincia; para cursar solicitudes, remitir avisos de avería o acceder a la información necesaria, los sistemas de los operadores

interaccionan con el sistema NEON de Telefónica a través de "Servicios Web" o Web Services (WS), herramienta muy útil para establecer comunicaciones remotas a través de internet entre máquinas de diferentes empresas u organizaciones; desde que la CNMC declaró por Resolución de 1 de abril de 2014 la disponibilidad efectiva de NEBA, los operadores han ido aumentando gradualmente el uso de ese servicio, de hecho, hay 17 operadores haciendo uso del servicio NEBA, y algunos presentes en los 50 PAI (uno por provincia), por lo que cuentan con cobertura global.

En relación con las cuestiones que, como veremos, van a ser objeto de litigio en este procedimiento, se expone:

1.- Que las ONT no forman parte del servicio NEBA, el mismo termina en el PTRO (Punto de Terminación de Red Óptica); que, de acuerdo a la oferta, mientras no existan ONT interoperables Telefónica proporcionará bajo demanda y como oferta comercial el servicio de suministro, instalación y actividades de mantenimiento; que, como consecuencia de esa falta de interoperabilidad, la ONT de un fabricante solo podía conectarse, inicialmente, a la OLT del mismo fabricante (de los dos con que cuenta Telefónica en su red FTTH); por ello, el Web Service de consulta de cobertura, en caso de que haya cobertura NEBA Fibra, "informa el suministrador de la OLT a la que está asociada el sistema GPON que atiende el domicilio de cliente (Huawei o Alcatel-Lucent), mientras perdure la actual situación técnica de no interoperabilidad de ONTs"; que, en febrero de 2015, Telefónica ha informado de la disponibilidad para NEBA de tres equipos ONT interoperables con las OLT de su red FTTH, y que, en diciembre de 2014, ha comunicado a los operadores este hecho y la finalización de la disponibilidad del servicio de suministro de ONT, informando igualmente sobre las ONT interoperables que pueden adquirir y que resultan compatibles con sus OLT y el servicio NEBA; que, tal y como indica dicho comunicado, el servicio de venta al por mayor de ONT finaliza su comercialización el 31 de enero de 2015, mientras que el servicio de venta e instalación de ONT deja de estar disponible el 11 de mayo de 2015; dado que los tres modelos de ONT son interoperables con cualquiera de los dos fabricantes de OLT, desaparece la limitación existente que restringía el modelo de ONT que se puede conectar a un acceso dado; que el haber homologado varias ONTs interoperables supone un esfuerzo considerable, y como tal es positivamente valorado por la CNMC. Por ello, debe actualizarse la oferta de referencia para que ya no recoja la obligación transitoria de suministro de ONT.

Se añade que, pese a la mejora que supone que Telefónica haya homologado tres ONT que se pueden usar indistintamente en todos sus accesos FTTH independientemente del fabricante de la OLT, se da la situación de que Telefónica puede añadir nuevas ONTs a su catálogo minorista, pero no así un operador alternativo, que debe elegir entre el catálogo que Telefónica decida homologar para el servicio mayorista. Tal limitación a los operadores solo estaría justificada por motivos técnicos, pues el objetivo es que los operadores tengan flexibilidad para poder usar sus propios equipos, tal y como se previó desde el inicio de NEBA.

Valorando las alegaciones de Telefónica y de otros operadores, considera la Comisión que, mientras persista la obligación de dar acceso razonable a su red, Telefónica debe tener en cuenta también las necesidades de los operadores alternativos, para garantizar la no discriminación. Por ello, se considera oportuno que Telefónica acepte las solicitudes razonables de homologación de ONT propuestas por los operadores, sin establecer un mecanismo detallado en la oferta de referencia, puesto que este proceso constituirá en cada caso un proyecto específico en el que deberán resolverse las dificultades que vayan surgiendo. Telefónica deberá colaborar con el operador solicitante en el proceso de homologación, que deberá ser llevado a cabo en un plazo y con unos costes razonables, y ante problemas en dicho proceso se deberá prestar el máximo apoyo e información al operador solicitante para que éste a su vez pueda gestionar la situación con el fabricante del equipo. Telefónica comunicará cada nueva ONT homologada a la CNMC, que la incluirá en el Anexo V de la oferta de referencia para conocimiento de todos los operadores.

En garantía de la integridad de la red de Telefónica al introducir nuevas ONT solicitadas por los operadores, se establece que el operador que solicite una homologación es el responsable del software de la ONT y su evolución, y debe comprometerse a realizar un proceso de pruebas y si es necesario de readaptación de la ONT ante la introducción por Telefónica de nuevas versiones de software en la OLT, para lo que Telefónica deberá también colaborar de manera similar al proceso inicial de homologación.

2.- La oferta de referencia establece, para el caso de altas sobre vacante (solicitudes NEBA sobre un acceso FTTH sin servicio de Telefónica ni mayorista ni minorista), que Telefónica procederá a instalar la acometida de fibra óptica al domicilio del cliente, instalación que finaliza en una roseta óptica que constituye el punto de terminación de red óptica (PTRO). El servicio NEBA se entrega en este punto (pues la ONT no forma parte del servicio), siendo los equipos y cableados del domicilio conectados al PTRO (red interior del domicilio) responsabilidad del operador alternativo. La oferta de referencia contiene también las cuotas no recurrentes para las actuaciones de altas sobre vacante, alta sobre ocupado y baja, utilizando un modelo de costes para fijar los precios.



Por otro lado, la Resolución de 12 de febrero de 2009, estableció el marco que debe regir para los despliegues de acometidas FTTH en los edificios y se introdujo la obligación, para todos los operadores que desplieguen red de fibra óptica, de proporcionar acceso a los elementos de red en el interior o proximidad de los edificios, así como a sus recursos asociados, y ello a costes razonables. De este modo, un operador que haya instalado una acometida de fibra para un cliente minorista debe cederla a otro operador que se lo solicite a un coste razonable; asimismo, un operador que haga uso del servicio NEBA y después quiera migrar dicho acceso a su propia red FTTH podrá adquirir la propiedad de la acometida tendida por Telefónica abonando el importe correspondiente.

Tomando en consideración las alegaciones de Orange y Vodafone sobre los costes en caso de migración, considera la Comisión que debe suprimirse la referencia en la oferta de referencia a la situación del PTRO en un punto próximo a la entrada de la acometida a la vivienda. La instalación del PTRO no podrá depender de si se trata de un servicio minorista propio o de un mayorista, y los instaladores no podrán tener instrucciones relativas a establecer diferencias al respecto; si con carácter general el PTRO para el minorista se sitúa atendiendo a las preferencias del cliente, deberá hacerse lo mismo en una instalación mayorista.

Se rechaza razonadamente el criterio de Vodafone de que tenga que ser el operador alternativo el que realice la instalación de la acometida, entre otras razones, porque no todos los operadores cuentan con servicios de instalación de accesos FTTH. No obstante, se considera adecuado que un operador pueda solicitar esta modalidad a Telefónica, quien estará obligada a negociar unas condiciones razonables que satisfagan a ambas partes y solventen de este modo cualquier dificultad que pudiera aparecer.

SEGUNDO: En el escrito de demanda se concreta la impugnación de la resolución anterior a las obligaciones impuestas en sus apartados quinto y séptimo, es decir, se combaten las obligaciones impuestas a Telefónica de:

Aceptar las solicitudes razonables de homologación de las ONT propuestas por los operadores.

Negociar acuerdos razonables con los operadores que posibiliten el despliegue por su parte de sus propias acometidas FTTH en las altas del servicio NEBA sobre vacante y notificar dichos acuerdos a la CNMC.

En cuanto a la primera de dichas obligaciones, se alega, en esencia, que la Resolución recurrida permite que los operadores puedan solicitar a TESAU la homologación de la totalidad de las ONT existentes actualmente en el mercado o que los fabricantes desarrollen en el futuro, lo que equivale a decir que existen posibilidades de homologación ilimitadas. La propia CNMC valora muy positivamente el trabajo llevado a cabo por TESAU en esta materia, aunque le impone un esfuerzo y carga adicional como es la obligación de homologar aquellas nuevas ONT que propongan los operadores, medida que se considera como desproporcionada y carente de toda justificación. TESAU se encuentra en fase de despliegue controlado (última fase del proceso de homologación) de la ONT monopuerto G-010G-P de Nokia, sobre la que también ha mostrado interés Vodafone, por lo que su incorporación a la Oferta NEBA se va a realizar próximamente. El proceso de homologación presenta una elevada complejidad a nivel técnico y que resulta notablemente costoso en términos económicos, a lo que hay que añadir que se considera un proceso continuo debido a que cualquier modificación que se lleve a cabo en las OLT deberá trasladarse a las ONT ya homologadas.

Añade la actora que la medida aprobada en la Resolución recurrida de aceptar las solicitudes razonables de homologación de las ONT propuestas por los operadores, provoca una serie de problemas, que concreta en los siguientes:

Existen numerosos tipos de ONT en el mercado que han sido diseñados por diversos fabricantes, a lo que hay que añadir que cada cierto tiempo se desarrollan nuevos modelos, que responden a las necesidades de los operadores de telecomunicaciones. De este modo, los modelos de ONT cuya homologación pueden solicitar los operadores son incontables, lo que confirma la desproporcionalidad de esta obligación impuesta a TESAU.

Ante la introducción de nuevas versiones de software de las OLT -con la finalidad de solventar problemas o incluir nuevas funcionalidades- se deben realizar una serie de pruebas con todas las ONT existentes en el servicio NEBA. De este modo, con la finalidad de comprobar la estabilidad de los cambios realizados y evitar problemas en la prestación del servicio, se deben realizar modificaciones a nivel OLT y ONT, lo que conlleva que si se homologan ONT no controladas directamente por TESAU, podría detectarse algún problema de tal envergadura que haga incompatible la pretendida actualización de las OLT con los citados equipos homologados, lo que conllevaría en última instancia la imposibilidad de evolucionar la red de TESAU. De este modo, se considera como una medida que no concluye con la homologación de la ONT propiamente dicha, sino como un verdadero proceso sostenido en el tiempo.

Un importante número de ONT no pueden ser homologadas por incompatibilidades con la red de TESAU. Ello es así puesto que cada fabricante utiliza unos determinados estándares en la configuración de las ONT que lanza



al mercado, por lo que en muchas ocasiones estos equipos no resultan interoperables con la red de TESAU. Los modelos de ONT que finalmente van a poder ser homologados son muy reducidos, aunque la medida implica que la actora deba iniciar el proceso de homologación con cualquier ONT que seleccionen los operadores.

La propia evolución de los servicios requiere la introducción de nuevas versiones en las ONT en planta, resultando una tarea cuya complejidad y laboriosidad aumenta conforme mayor sea el número de ONT homologadas. TESAU no tiene la capacidad ni los recursos necesarios para acometer dicho trabajo en los equipos de los operadores. A ello hay que añadir que, si una ONT es modificada, para completar satisfactoriamente este proceso son necesarias nuevas versiones de software de las OLT, con la consecuente complejidad y los trabajos adicionales que deberán ser soportados exclusivamente por esta parte.

Por último, no se establece ningún tipo de referencia para definir la "razonabilidad" de las peticiones, lo que a efectos prácticos casi implicaría tener que aceptar cualquier petición.

Añade que no existen referencias internacionales comparables que justifiquen la imposición de la obligación de continua referencia, lo cual es admitido por la Resolución recurrida. Que la medida impuesta a TESAU resulta contraria a lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, LRJSP, y va en detrimento de los fines pretendidos por el artículo 3 de la LGTel, como son el desarrollo del sector de las telecomunicaciones y de los nuevos servicios digitales, así como la promoción del despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo. Que resulta un hecho no controvertido que la CNMC tiene la obligación de garantizar que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 12.6 y 13.4 de la LGTel, que imponen que el Regulador debe ceñirse al principio de proporcionalidad en la imposición de obligaciones a los operadores que hayan sido identificados como operadores con poder significativo en los mercados de referencia, como en este caso es TESAU, siendo unas medidas que deberán mantenerse durante el plazo de tiempo estrictamente necesario.

Entiende la actora que una obligación consistente en homologar sine die las ONT que los operadores puedan plantear, con la problemática inherente a dicho proceso, supera el canon de proporcionalidad y supone una extralimitación en la citada potestad de la CNMC de imposición de obligaciones que, en todo caso, deberá ajustarse a las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad - sentencia de 25/4/05 (JUR 2006, 217566), entre otras-. Que la CNMC, como Autoridad Nacional de Regulación, no puede imponer una obligación que a todas luces no es la medida menos restrictiva para los derechos individuales de TESAU.

Concluye afirmando que dicha obligación conculca el artículo 47.1.a) de la LRJSP y por tanto esta medida se debe considerar como nula de pleno derecho por lesionar los derechos y libertades de TESAU susceptibles de amparo constitucional.

Sobre la segunda obligación, expone que las acometidas FTTH suponen la conexión final de la red de planta externa al abonado y, conforme se establece en la Resolución recurrida, requieren realizar una instalación por parte de TESAU, de manera que el cliente operador recibe el servicio mediante fibra óptica (GPON/FTTH) hasta el PTRO de Telefónica. La ONT no forma parte del servicio mayorista."

Por su parte, las solicitudes de altas sobre vacante son aquellas solicitudes del servicio NEBA que requieren una nueva instalación de acometida.

Por tanto, la medida supone que TESAU está obligado a permitir una auto-provisión de un elemento integrante del servicio NEBA por parte de los operadores, cuando el servicio mayorista debe ser prestado "extremo a extremo" por TESAU. Así, la red GPON termina en el PTRO (Punto de Terminación de Red Óptica) y por tanto la acometida es un elemento que forma parte de la red de Telefónica, por lo que permitir que otro operador pueda instalarla se considera como una intrusión en la prestación del servicio NEBA.

Que, conforme con el principio de libertad de pactos, establecido el artículo 12.3 de la LGTel, TESAU ha suscrito recientemente un Acuerdo con Vodafone donde, entre otras muchas cuestiones, se compromete a comunicar a dicho operador la posibilidad o no de la instalación de sus propias acometidas en el servicio NEBA, en el plazo de 1 mes desde la firma del citado Acuerdo, sin que se haya producido ningún avance al respecto.

De este modo, TESAU ejerciendo su derecho a negociar libremente acuerdos con los operadores, ha decidido acordar esta cuestión con Vodafone. Por el contrario, lo que no considera proporcionado es que regulatoriamente esté obligada a alcanzar un acuerdo con cualquier operador que le solicite la instalación de sus acometidas FTTH, por las implicaciones que esta medida conlleva.

Además, la obligación en cuestión exige que TESAU deba adaptar los sistemas para que el operador pueda instalar sus propias acometidas, lo cual requiere un coste adicional que, si bien en un marco regulado debe asumir TESAU, en un acuerdo comercial es susceptible de ser compartido. Es decir, aunque la Resolución recurrida considere dichos acuerdos entre TESAU y los operadores como bilaterales y comerciales o que se

deberán negociar unas condiciones razonables que satisfagan a ambas partes, lo cierto y verdad es que son acuerdos que resultan obligatorios para TESAU.

Añade que esta obligación implica hacer partícipe de la prestación del servicio NEBA al operador solicitante, con la importante problemática en materia de delimitación de las responsabilidades de cada parte que ello provoca, y los consiguientes conflictos que la imposición de esta medida conlleva, pues la instalación de las acometidas FTTH por parte de los operadores tiene como consecuencia directa que se diluyan las responsabilidades de las partes en materias tan críticas como la titularidad e identificación de dichos elementos de red o resolución de averías, los cuales difícilmente podrán ser solventados mediante la negociación y firma de un acuerdo que, por otra parte, no es voluntario para la recurrente.

Se alega también que la Resolución impugnada asimila este proceso con los acuerdos de compartición de verticales suscritos al amparo de la Resolución de 12 de febrero de 2009, relativa a la imposición de obligaciones simétricas de acceso a los operadores de comunicaciones electrónicas en relación con las redes de fibra de su titularidad que desplieguen en el interior de los edificios. Sin embargo, no se trata de casos que puedan ser equiparables.

Por todo ello, concluye la actora que la obligación impuesta de acordar las condiciones que permitan el despliegue de acometidas FTTH por parte de los operadores en las altas sobre vacante resulta una obligación desproporcionada y, en consecuencia, contraria a lo establecido en los artículos 12.6 y 13.4 de la LGTel. Y ello porque dicha medida trae consigo una relevante problemática en materia de responsabilidades de las partes y supone, en definitiva, que el operador realice el despliegue de una parte del servicio NEBA que le debería ser vedado. Además, no es razonable que la CNMC imponga con carácter obligatorio a TESAU la firma de un acuerdo con cualquier operador que le solicite la instalación de sus acometidas FTTH, cuando esta cuestión puede ser solventada con la firma de acuerdos voluntarios entre las partes afectadas.

Considera que el establecimiento de la obligación de llegar a un acuerdo, lo quiera o no TESAU, coarta su voluntad y desvirtúa los términos del acuerdo ya que, en última instancia, en caso de no acceder a las pretensiones de la otra parte, tendría que asumir unas condiciones establecidas por la CNMC.

Afirma que la Resolución es nula de pleno derecho, puesto que infringe el principio de proporcionalidad que debe regir en el sector de las telecomunicaciones.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso, razonando que corresponde a la CNMC el análisis de los mercados en que está justificada la imposición de obligaciones regulatorias, o modificación de las ya existentes, a los operadores con poder significativo de mercado. Que, en el seno del análisis del mercado 3b (acceso de banda ancha al por mayor), se impone a Telefónica una obligación de acceso a su red, junto a una obligación de transparencia y de no discriminación, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. En la última revisión del mercado, por resolución 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, obliga a Telefónica a prestar acceso a su red en dicho mercado, permitiendo a los operadores alternativos suficiente flexibilidad e independencia como para no limitarse a reproducir exactamente otras ofertas minoristas, permitiendo así la innovación en el mercado y con ello una competencia más sostenible.

La Resolución de 10 de marzo de 2016, examinó las solicitudes de los operadores para evaluar si procede estimarlas e incorporarlas a la oferta de referencia de NEBA, dando lugar a la imposición de las obligaciones que se impugnan.

Señala que el operador alternativo que presta un servicio minorista de acceso a internet de banda ancha mediante NEBA sobre FTTH, debe conectar una serie de equipos al punto de terminación de red óptico (PTRO), que es el punto en que Telefónica entrega el servicio mayorista NEBA -una roseta óptica situada en el domicilio del cliente-. Telefónica tiende la acometida de fibra óptica desde la caja de derivación o caja terminal óptica (CTO) hasta el interior del domicilio del cliente, e instala el PTRO. El resto de equipos ya no son responsabilidad de Telefónica sino del operador alternativo, al ser parte de la red interior del cliente. El operador alternativo debe instalar una ONT (Optical Network Termination), al que se conecta el router de usuario. La ONT es un equipo que interacciona con otro equipo situado en la central de Telefónica, llamado OLT.

La resolución recurrida aceptó las alegaciones de Telefónica, en el sentido de que en NEBA no se pueden usar ONTs que no hayan sido homologadas por Telefónica, siendo ésta, como dueña de su red, la encargada de hacer pruebas de interoperabilidad entre sus OLT y algunas ONT, y decide qué ONTs pueden ser usadas en NEBA. Así, Telefónica define una lista de ONT (actualmente cuatro modelos) que pueden usarse en NEBA. Ello supone que los operadores han de disponer de una lista de ONTs cuya ampliación depende exclusivamente



de la voluntad de Telefónica, sin que puedan los operadores introducir ONTs con mejores costes, ni ONTs que se adapten mejor a su servicio minorista y les permitan diferenciarse. Y, dado que Telefónica ha introducido modelos de ONT avanzadas en su minorista, que integran en el mismo equipo las funciones de router, necesitando por tanto de menos equipos (y menos enchufes) en sus clientes, estaría en ventaja competitiva, tanto por coste como por mejora del servicio; sin embargo, los operadores alternativos no habrían podido hacer lo mismo, en caso de que la CNMC hubiera aceptado las tesis de Telefónica. Ello habría supuesto una clara discriminación entre el minorista de Telefónica y los servicios mayoristas, y los operadores no habrían podido diferenciarse ni independizarse de Telefónica. La obligación impuesta a Telefónica de aceptar solicitudes razonables de homologación de ONT supone que serán las pruebas quienes dictaminen si la ONT propuesta resulta adecuada o no, del mismo modo que Telefónica prueba nuevas ONT para sus servicios minoristas. Además, este proceso supondrá unos costes para Telefónica, pero los podrá recuperar del operador solicitante, puesto que la resolución recurrida establece que el proceso de homologación deberá ser llevado a cabo con unos costes razonables.

Resulta incongruente la alegación de Telefónica en el recurso, en la que manifiesta que los operadores le pueden solicitar la homologación de la totalidad de las ONT existentes actualmente en el mercado, se trata de una exageración evidente, que podría incluso considerarse que presupone mala fe a los operadores alternativos, absolutamente carente de toda prueba. No es esperable tal avalancha de solicitudes, habida cuenta de que se trata de un proceso largo y complejo, con unos costes, que solo operadores de gran tamaño y con una alta cuota de mercado podrán asumir. Y, en todo caso, Telefónica siempre podrá señalar la existencia de tal situación excepcional de alto número de solicitudes a la CNMC, que tomaría las medidas oportunas.

En cuanto a la alegación de Telefónica de que se trata de un "proceso sostenido en el tiempo", afirma el Abogado del Estado que, si bien es cierto que una modificación del firmware de las OLT conlleva la necesidad de comprobar que las ONT homologadas siguen funcionando correctamente, esta comprobación debe hacerse, en cualquier caso, también para ONT homologadas por Telefónica para su minorista. No se puede hacer uso de esta necesidad técnica para justificar la evidente discriminación minorista/mayorista que supondría impedir que los operadores alternativos puedan homologar ONTs propias.

En cuanto a la falta de referencias internacionales, que es cierto, como la propia resolución recurrida señala, que no existe tal obligación en ofertas mayoristas comparables de otros países del entorno. Sin embargo, sí existe interoperabilidad de ONT, y de hecho existen estándares que definen las pruebas necesarias para comprobar la interoperabilidad entre OLT y ONT. Y, como la propia Telefónica señala públicamente, dispone de una planta instalada FTTH muy superior a la de otros países del entorno, por lo que otros organismos reguladores europeos no han puesto el foco en este aspecto.

Sobre las acometidas FTTH realizadas por otros operadores y la obligación de Telefónica de negociar acuerdos razonables, en un alta de nueva conexión (cuando no había fibra óptica en el domicilio del cliente con anterioridad), Telefónica tiende la acometida de fibra óptica desde la caja de derivación hasta el interior del domicilio del cliente, e instala el PTRO. Después, el instalador del operador alternativo instala una prolongación del PTRO si es necesaria, además de instalar los equipos necesarios para prestar el servicio (ONT y router). Por tanto, se trata de una medida en beneficio de la competencia y en especial del usuario final, proporcionada y mínimamente intervencionista, que deja margen a las partes para el acuerdo. La obligación impuesta a Telefónica se limita a negociar dicho acuerdo en términos razonables, puesto que en ausencia de tal obligación Telefónica podría negarse a tal negociación o bien imponer condiciones inasumibles, lo que equivaldría a una negativa de acceso. La modificación de los protocolos de comunicación (Web Services) Telefónica/operador para permitir esta posibilidad sería en cualquier caso de un impacto muy reducido, y además sería válida para todos los operadores que quisieran acogerse a esta modalidad.

CUARTO: La codemandada, ASTEL, rechaza también los motivos de impugnación esgrimidos por Telefónica, pues una de las funciones de la CNMC es la de establecer las obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en los mercados de referencia, para lograr que las condiciones mayoristas sean suficientes para garantizar la competencia efectiva en el mercado minorista. Que en el foro de operadores y en la resolución de disponibilidad de NEBA ya se entendió que los operadores podrían homologar nuevas ONT según sus necesidades, y así lo defendió Telefónica. De manera que la obligación que se le impone de aceptar las solicitudes razonables de homologación de equipos de clientes (en adelante, ONT) que les presenten los operadores, asegura el principio de no discriminación, que los operadores tengan flexibilidad para poder usar sus propios equipos para diferenciarse de TESAU y que, al mismo tiempo, se asegure que TESAU no va a impedir la homologación de equipos con funcionalidades análogas a las que ésta ofrece a sus propios clientes minoristas. Por otra parte, omite Telefónica que la homologación de ONTs en su red sólo es realizada previo pago por parte del operador solicitante de unos costes de homologación que superan en varias veces el coste que Telefónica declara que dicha homologación le supone (42.700€).



En cuanto a la segunda obligación impugnada por la actora, considera ASTEL que la obligación de TESAU de negociar acuerdos razonables con los operadores que posibiliten el despliegue por su parte de sus propias acometidas FTTH en las altas de NEBA sobre vacante y notificar dichos acuerdos a la CNMC, está debidamente justificada en la resolución recurrida. Y se trata de una medida proporcionada, objetiva y justificada, cumpliendo con el principio de no discriminación y evita la desventaja para los operadores frente a TESAU.

QUINTO: Desde la implantación del Servicio NEBA, son numerosos los recursos de los que ha tenido que conocer esa Sala, interpuestos por TESAU contra las distintas resoluciones de la Comisión reguladora (CMT y ahora CNMC), en relación con ese servicio, con el denominador común de considerar injustificadas y desproporcionadas las obligaciones que se le venían imponiendo, en su condición de prestador del Servicio

Reconoce la actora que las obligaciones que combate han sido impuestas por la CNMC en ejercicio de sus competencias, si bien, con base en una larga serie de consideraciones sobre los eventuales problemas o consecuencias negativas que pueden derivarse del cumplimiento de dichas obligaciones, denuncia que las mismas vulneran el principio de proporcionalidad.

Y ello pese a que en la resolución impugnada se abordan las cuestiones que ya planteo TESAU en sus alegaciones en el procedimiento.

Una vez más, TESAU se opone y combate las obligaciones que se le imponen por el regulador tachándolas de desproporcionadas, en una valoración de las mismas realizada desde la perspectiva de la defensa de los intereses empresariales de TESAU, obviando los derechos e intereses legítimos de los operadores alternativos, en el marco de un mercado presidido por principios de no discriminación y libre competencia.

Se invocan preceptos legales supuestamente infringidos, pero en forma alguna se justifica tal infracción. Ni se acredita una actuación arbitraria por parte de la CNMC, a quien competen las funciones que le atribuye el artículo 6 de la Ley 3/2013, en los siguientes términos:

«La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

- 1. Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.*
- 2. Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constate que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.*
- 3. Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.*
- 4. Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley.*
- 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.*
- 6. Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.»*

Las referencias a la Ley 32/2003 han de entenderse hechas a la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Ley que 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, las obligaciones combatidas se enmarcan en esa 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 TESAU, operador con poder significativo en el mercado de referencia, presta sus servicios mayorista y minorista.

El servicio mayorista regulado viene definido por un conjunto de obligaciones que impone la Autoridad de Regulación a un operador con poder significativo de mercado como resultado del proceso de análisis del mercado. Proceso que se ha de ir revisando a medida que progresa la tecnología y varían las condiciones del mercado, de manera que no puede permanecer inalterable la situación inicial, sin tener en cuenta que los avances tecnológicos y las condiciones del mercado de las telecomunicaciones no pueden beneficiar exclusivamente al operador con PSM, puesto que se altera el equilibrio entre este y los alternativos en sus condiciones de prestación de los servicios minoristas.

Por su parte, el artículo 7.3 del Reglamento MAN otorga a la CNMC la facultad de introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones de transparencia.

Y la Directiva de Acceso (Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002) en su artículo 9.2 , establece que las autoridades nacionales de reglamentación podrán introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la Directiva.

Frente a los detallados razonamientos de la resolución recurrida, en la que se valoran tanto las alegaciones del Telefónica como del resto de operadores y ASTEL, la recurrente hace fundamenta su recurso sobre hipotéticos perjuicios y costes que no se justifican debidamente. Y ello porque las obligaciones controvertidas van dirigidas a crear un marco de garantía de equilibrio y no discriminación, que no supone que Telefónica vaya a tener que hacer frente a numerosas peticiones de homologación de ONT's de otros operadores ni, desde luego, que ello le fuese a suponer un coste no resarcido por el correspondiente operador alternativo. Y, en cuanto a la obligación de negociar acuerdos razonables para que los alternativos puedan desplegar sus acometidas FTTH en altas de NEBA sobre vacante, no se concreta en la imposición de condiciones concretas de tal negociación, sino que se abre la posibilidad de que no sea Telefónica el único operador que pueda desplegar esas acometidas, siempre previa negociación con Telefónica, que tiene el control sobre el conjunto de elementos físicos que permiten la prestación del servicio y podrá establecer condiciones técnicas y supervisar que el eventual despliegue de acometidas por otros operadores no comprometa la correcta prestación del servicio. Por otra parte, no cabe pensar que los alternativos puedan actuar al respecto movidos por intereses ajenos a prestar a sus clientes un buen servicio, asumiendo la acometida a la casa del cliente con todas las garantías técnicas, en los casos en que no exista la acometida de la fibra a la casa del cliente.

Conforme a lo expuesto, hemos de concluir que la CNMC ha actuado en ejercicio de sus facultades en el marco regulatorio de los mercados, tomando en consideración las alegaciones de TESAU y de los operadores alternativos que han intervenido en el procedimiento, equilibrando las posiciones comerciales del operador relevante y de los demás operadores, desde el prisma de la garantía de la libre competencia y prestación del servicio en igualdad de condiciones. Por lo que no se evidencia que las obligaciones impuestas sean desproporcionada e injustificadas. Por el contrario, en la resolución recurrida se hace una precisa y razonada fundamentación al respecto.

Por otra parte, esas obligaciones han sido impuestas en un procedimiento en el que no cabe apreciar vicio procedimental invalidante, habiéndose observado los derechos de defensa y contradicción de los intervinientes. Dando explicación razonada a las obligaciones que se imponen, a la vista de las alegaciones e intereses defendidos por los operadores que se han personado en el procedimiento.

Sin que quepa apreciar arbitrariedad alguna por parte de la CNMC, sino la finalidad de adecuación de la oferta de referencia a los actuales avances tecnológicos y a la comercialización de nuevos equipos ONT, desde la perspectiva de la garantía del principio de no discriminación.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.



SEXTO: A tenor de lo establecido en el artículo 139.1 LJCA , procede la condena en costas a la entidad recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago** , en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA** , SAU, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 10 de marzo de 2016, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos.

Con condena en costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; 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 CEJPOJ