



Roj: **SAN 6242/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6242**

Id Cendoj: **28079230082024100652**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **23/10/2024**

Nº de Recurso: **2291/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0002291/2021

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

21050/2021

Demandante:

TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador:

D^a. GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado:

AXEN INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES, S.L. Y ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:



D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **2291/2021** promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra resolución de 6 de octubre de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos de mercado de masas, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por el Abogado del Estado; ha comparecido como **codemandada Axen Infraestructuras de Telecomunicaciones, S.L.**, representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Rocío Sampere Meneses**; ha comparecido como **codemandada Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL)**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Alberto Hidalgo Martínez**.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Frente a la resolución indicada, la parte interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a dicha parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto y anule la resolución impugnada en cuanto a las obligaciones que impone en los Resuelve Sexto y Undécimo, por remisión a los Anexos 4, 5 y 6, con imposición de costas a la Administración.

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

La Codemandada Axen presentó escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso. La Codemandada ASTEL presentó escrito en el que manifestó la expresa adhesión a las alegaciones efectuadas por la Abogacía del Estado.

TERCERO.-Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 25 de septiembre de 2024, si bien la deliberación se finalizó en sesión de 16 de octubre.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En la resolución objeto de recurso se adoptan -entre otros- los siguientes acuerdos:

<<Sexto. En relación con el mercado 1_2, imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en los Anexos 2, 3 y 4 de la presente Resolución en relación con el acceso completamente desagregado al bucle de cobre de abonado, el acceso a la infraestructura de obra civil y el acceso al bucle de fibra óptica, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica.

Undécimo. Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en el Anexo 5 de la presente Resolución en relación con el mercado 3b_2 de acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas, así como en el Anexo 6 en materia de replicabilidad económica.

Decimocuarto. La CNMC valorará la conveniencia de revisar las áreas geográficas sobre la base de la dinámica competitiva observada a nivel minorista y mayorista tanto en el ámbito nacional como sub-nacional en un plazo



de tres años contado desde que la presente resolución surta efectos, excepto si hay cambios significativos en el mercado que justifiquen adelantar dicho plazo. Asimismo, la CNMC también valorará en el plazo de tres años si la evolución competitiva del mercado justifica modificar el marco regulatorio actual, basado en la segmentación geográfica, para pasar a un marco en el que se impusiera en exclusiva el acceso regulado a la infraestructura civil de Telefónica y se retirasen las obligaciones sobre los servicios de NEBA local y NEBA fibra en todo el territorio

En el Anexo 4 se dispone: Obligaciones en relación con el servicio mayorista de acceso

virtual al bucle de fibra óptica (NEBA Local). En concreto, entre otras, las siguientes obligaciones: i. Atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos

de sus redes y a su utilización. ii. Ofrecer el servicio NEBA local a precios sujetos a un control de replicabilidad económica.

En el Anexo 5 se dispone: Obligaciones en relación con los servicios de acceso central

al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos del mercado de masas. En concreto, entre otras, en las siguientes obligaciones: i. Atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización. ii. Ofrecer el servicio de acceso mayorista de banda ancha atendiendo a las obligaciones existentes en materia de control de precios que, en el caso de acceso prestado sobre la red de fibra óptica (FTTH), implica la sujeción al test de replicabilidad económica residencial.

En el Anexo 6 se dispone: Obligaciones en materia de Replicabilidad Económica. En concreto: i. La obligación de que los servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra deben garantizar que los operadores alternativos puedan reproducir las ofertas minoristas de los servicios banda ancha ultra-rápida emblemáticos (servicios BAU emblemáticos) de Telefónica a partir de cada uno de ellos considerado por separado. ii. La obligación de Comunicación por Telefónica a la CNMC de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica.

La Resolución establece la obligación de Telefónica de dar acceso a la red de fibra en condiciones reguladas para una parte del territorio (Zona 2), que queda sometida al Test de Replicabilidad (ERT).

Sostiene la parte actora, en definitiva, que la citada Resolución incurre en defectos metodológicos graves, por lo que las obligaciones impuestas al Operador con Poder Significativo de Mercado (Operador PSM) adolecen de falta de justificación y vulneran el principio de proporcionalidad. Se afirma que el análisis realizado por la CNMC es retrospectivo y continuista, ajeno a la realidad económica, contabilizando redes existentes en cada municipio, sin tener en cuenta las redes desplegadas con ayudas públicas, los acuerdos comerciales existentes entre los distintos operadores y la existencia de operadores neutros.

Consta en las actuaciones el informe de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones (SETELECO) y el informe técnico de Frontier, a los que haremos referencia posteriormente. La Demandada aporta informe efectuado por técnicos de la CNMC, intervinientes en la confección y redacción de la Resolución recurrida.

SEGUNDO.-El informe Técnico realizado por Frontier Economics, afirman sus autores que la regulación aprobada para los servicios de fibra es innecesaria y genera distorsiones en las decisiones de inversión y de precios de los operadores, perjudicando a los consumidores. Las conclusiones de dicho informe son las siguientes:

1. En este informe explicamos por qué la regulación de los servicios mayoristas activos de fibra de Telefónica no está justificada. Por el contrario, la Regulación aprobada presenta el riesgo de distorsionar la inversión en redes NGA y la política de precios minorista, en perjuicio de los consumidores de la zona regulada.

2. La prestación de servicios de banda ancha fija sobre redes NGA es competitiva:

- La cuota de mercado de Telefónica, medida tanto en términos de accesos instalados como en clientes es del 37% y 33% respectivamente, bajando más de 5 puntos porcentuales desde la última revisión regulatoria en 2016. Fruto de esta competencia es el aumento en la penetración de los servicios, que prácticamente se ha doblado entre 2016 y 2020.

- España se sitúa a la cabeza de los países europeos en cobertura de redes de fibra, incluyendo cobertura en redes rurales, prácticamente duplicando la media de la UE27+Reino Unido y situándose muy por encima de países como Francia, Italia, Alemania y Portugal (este último no regula el acceso a la red de fibra del incumbente).

- El acceso a la obra civil de Telefónica por medio de la oferta MARCo ha sido pieza fundamental para el despliegue de redes NGA. Entre 2016 y 2020 su uso se ha duplicado.



3. Sin embargo, la Resolución regula porque aplica incorrectamente o no considera adecuadamente una serie de elementos. Más concretamente:

- Aplica incorrectamente el enfoque de segmentación geográfica, pues no considera que las condiciones de prestación del servicio al cliente final son las mismas con independencia del municipio en que resida.
- Anula el carácter supuestamente prospectivo del enfoque aplicado, basado en un umbral de cobertura relativamente bajo, al incluir como criterio de segmentación geográfica la cuota de Telefónica.
- No considera que los acuerdos comerciales son una sustitución efectiva de la regulación, a pesar de que estos acuerdos cubrían el [confidencial excepto para telefónica] [fin confidencial] de los accesos mayoristas de NEBA local y NEBA fibra prestados por Telefónica a diciembre de 2020 y hoy día suponen el [confidencial excepto para telefónica] [fin confidencial] de los mismos.
- No tiene en cuenta la evidencia existente que muestra que Telefónica tiene incentivos para dar acceso a su red.
- No valora adecuadamente la existencia de una oferta mayorista regulada de acceso a la infraestructura civil de Telefónica (MARCo), que reduce significativamente las barreras de entrada en el mercado y que se está utilizando en una parte significativa de los municipios de la zona 2.
- No tiene en cuenta la existencia de obligaciones regulatorias asociadas al despliegue de redes de fibra con ayudas públicas, que hacen la regulación redundante, ni la presencia de competidores mayoristas en los municipios donde la Resolución propone regular.

4. La decisión de no regular el acceso a la red de fibra de Telefónica es consistente con el marco regulatorio europeo. Además, la CNMC cuenta con dos evidencias en España (período entre 2009 y 2016 y zona desregulada en el período 2016-2020) que muestra el buen desempeño del mercado en ausencia de regulación de los servicios mayoristas de fibra.

5. Mantener la regulación de acceso sobre la red de fibra de Telefónica en la zona 2 puede comprometer el cierre de la brecha digital por dos vías: reduciendo los incentivos a invertir en esta zona y a través de la distorsión que genera el ERT sobre los precios en la zona regulada. De hecho, como consecuencia de la Resolución, hay promociones disponibles en la zona desregulada que no son accesibles a los residentes en municipios de la zona regulada. En un contexto en el que la demanda de servicios de fibra en la zona 2 es inferior a la de otras zonas, al haber una mayor proporción de áreas rurales, limitar las promociones disponibles contribuye a ralentizar la adopción de servicios de banda ancha de fibra.

TERCERO.-La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales (SETELECO) evacúa informe en el trámite de la Resolución impugnada destacando, entre otros extremos: la Comunicación de 14 de septiembre de 2016 "sobre la conectividad para un mercado único digital competitivo - hacia una sociedad europea del Gigabit", en que se pide que los estados impulsen la inversión en infraestructuras de conectividad de banda ancha de muy alta capacidad, incluida la 5G, que es la piedra angular de la transformación digital y un pilar esencial de la recuperación; Propuesta de marzo de 2021 para la transformación digital, que se materializa en la iniciativa "España Digital 2025".

Se afirma en el informe: España evoluciona mejor que la media de la UE en términos de cobertura de redes de muy alta capacidad, con una cobertura del 89% de los hogares frente a una media para la UE del 44%. También la penetración de los servicios de banda ancha con una velocidad de bajada de al menos 100 Mbps se sitúa muy por encima de la media de la UE (56% frente a 26% UE).

A modo de conclusión del informe se indica: Es por esto que es vital que la regulación de las redes de alta capacidad promueva la inversión..... Por las razones que desarrollamos a continuación, el proyecto de medida debería basar la regulación de los mercados mayoristas de banda ancha únicamente en la oferta MARCo y eliminar las obligaciones de acceso sobre los servicios mayoristas NEBA fibra y NEBA local, pues de lo contrario se corre el riesgo de desincentivar la inversión privada en redes, no cumplir con los objetivos marcados y crear una brecha digital.

Veamos algunas de las referencias que pueden extraerse del informe.

"El proyecto de medida lo que hace es aumentar el número de municipios en los que

no se impone la obligación de acceso mayorista de fibra, pasando de 66 a 624 (la zona desregulada se denomina ahora "zona 1"). En los restantes 7.507 municipios se imponen obligaciones de acceso a los servicios de fibra local y de acceso indirecto - NEBA local y NEBA fibra- (la zona regulada se denomina "zona 2")."<<En opinión de la SETELECO, el proyecto de medida pone en peligro la consecución de los objetivos de conectividad fijados y, por ello, se requiere un cambio en el modelo regulatorio>>.



Interesa especialmente resaltar que la Secretaría de Estado citada afirma que el marco regulatorio europeo persigue la desregulación de losa mercados, de tal forma que a lo largo del tiempo se han eliminado la mayoría de los mercados regulados, pasando de 18 a 2, en que los mercados regulados son: el mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija (mercado 1); y el mercado de capacidad dedicada al por mayor (mercado 2).

La consecuencia de una excesiva regulación, la plasma SETELECO, afirmando que produciría distorsiones en los incentivos y en las decisiones de los agentes. Y se expresa con rotundidad señalando <<el modelo propuesto en el proyecto de medida no reconoce que la inversión es una variable competitiva en lugar de un instrumento para monopolizar el mercado>>.

De forma muy gráfica, se expone que si trasladamos el criterio de la resolución recurrida a las comunicaciones móviles <<se obligaría a los operadores que hubiesen desplegado primero en una determinada zona a compartir sus redes. Naturalmente, los operadores móviles de red, sabedores de que la regulación no impone obligaciones de acceso de este tipo, han desplegado sus redes en prácticamente todo el territorio, pues de lo contrario no habrían podido prestar servicios a los consumidores ni competido en el mercado. Esto es lo que ha permitido que el sector móvil disfrute de una eficaz competencia en infraestructuras>>.

Afirma SETELECO que la regulación ha de basarse en la igualdad de oportunidades, no en castigar la inversión y la asunción de riesgos. Se trataría de buscar la igualdad de oportunidades a la hora de invertir/competir y no de compartir los beneficios del operador que invierte si la inversión es exitosa. El fin que reclama la Secretaría de Estado se materializa de forma razonable en la oferta MARCO.

Precisamente en el periodo 2009 a 2016, de desregulación, se produjo un gran despliegue de infraestructuras por parte de todos los operadores y en la actualidad existe "un mercado mayorista de servicios de fibra que está funcionando al margen de la regulación".

Tras el razonamiento adecuado, señala el informe que "se ha llegado al punto de despliegue de las redes de fibra en el que queda la parte más complicada por cubrir"

A modo de colofón, señala SAETELECO que "una buena regulación no es aquella que elimina los riesgos de mercado, sino la que se asegura que quien quiera asumir un riesgo lo pueda hacer, sin ser penalizado por la propia regulación. Una regulación basada únicamente en el acceso a la infraestructura civil (MARCO) consigue este objetivo". Se afirma que el funcionamiento del mercado, con acuerdos comerciales de acceso entre todos los operadores, se distorsiona al imponer obligaciones de acceso regulado a las redes de fibra, disminuyendo la posibilidad competitiva del operador PSM en la zona 2.

CUARTO.-La resolución impugnada y el informe de la demandada, conforme señala la Abogacía del Estado, reflejan que la regulación contenida en la resolución es continuista de la referida a 2016, utilizando análogos criterios de segmentación, mismos umbrales y el mismo tipo de información.

4.1. Interesa resaltar, de la resolución recurrida, que se afirma: "las novedades regulatorias introducidas en la Resolución de los mercados de banda ancha de 2016 no afectaron negativamente al desarrollo de la competencia, sino que contribuyeron a facilitar (i) la continuidad a los planes de inversión previstos, (ii) la entrada de nuevos operadores en el mercado y (iii) el desarrollo de nuevos modelos de negocio a nivel mayorista, con la firma de acuerdos comerciales de co-inversión y acceso mayorista de banda ancha en el periodo 2015-2019".

También se contesta expresamente el informe de SETELECO, señalando:

"El marco regulatorio, que la SETELECO considera apropiado para el acceso a las redes NGA en el próximo periodo (es decir, basado en exclusiva en el acceso a la infraestructura civil de Telefónica) es el marco que la presente medida prevé para el 70% de la población española y el 76% del total de accesos FTTH instalados por Telefónica. Para estos porcentajes tan amplios de la población española y de la red FTTH desplegada por Telefónica la única obligación regulatoria de carácter ex-ante será la oferta MARCO.

La Comisión Europea, que adoptó en diciembre de 2020 la Recomendación de mercados y eliminó el mercado 3b/2014 de la lista de mercados susceptibles de ser regulados de manera ex-ante²³³, tampoco ha formulado observaciones en relación con las obligaciones regulatorias en los mercados 1_2 y 3b_2 del proyecto de medida.

Por todo ello, esta Comisión considera que la dinámica observada en el periodo 2015-2020 no parece sustentar la propuesta de la SETELECO de modificación del marco regulatorio; máxime cuando (i) la presente medida introduce una importante desregulación acorde con la dinámica competitiva observada y prevista y (ii) la Comisión Europea comparte el enfoque regulatorio propuesto por la CNMC.



En todo caso, tal como se señala en la sección III.4.3.1 de la medida la CNMC valorará la necesidad de adoptar una nueva revisión del mercado en un plazo de tres años. En dicha revisión, en función de la evolución de la situación competitiva del mercado tras la aprobación de la presente medida, podría plantearse la conveniencia de pasar a un marco en el que se impusiera en exclusiva el acceso regulado a la infraestructura civil de Telefónica y se retirasen las obligaciones sobre los servicios de NEBA local y NEBA fibra en todo el territorio".

La CNMC valora de forma expresa la alegada necesidad de un cambio de enfoque regulatorio, pero resalta la virtualidad positiva de la Resolución de mercados de banda ancha de 2016, siguiendo sus principios regulatorios, la "misma metodología de segmentación geográfica y el mismo diseño y definición de remedies" en la nueva Resolución.

También se resalta que en el periodo analizado los operadores han "profundizado y ampliado sus despliegues" de redes NGA, sin que las obligaciones impuestas (NEBA Local y NEBA fibra) sin limitación de velocidad, "no ha impedido que la competencia en infraestructura, basada en la oferta MARCo, se haya desarrollado no sólo en 66 municipios, sino en un número muy importante de nuevos municipios". De hecho, la zona 1 pasa a afectar a 696 municipios, a diferencia de la anterior zona BAU que sólo se refería a 66 municipios. En estos 696 municipios no se imponen obligaciones adicionales las derivadas de la oferta MARCo.

Conviene precisar que el examen realizado por la CNMC no aprecia que se hayan generado distorsiones o desincentivado la inversión por las condiciones regulatorias de la resolución de 2016, ni que pueda realizarse una traslación mimética de las características del mercado de originación móvil a los mercados que ahora se regulan.

Por último, también se hace la precisión de la no justificada disyuntiva entre el modelo de competencia basado en infraestructuras y el modelo basado en el acceso, optando la CNMC en la Resolución impugnada por un "modelo equilibrado" entre ambos modelos regulatorios.

Junto a lo anterior, podemos señalar que la Dirección General de Política Económica, no ha cuestionado el modelo del municipio como unidad geográfica relevante, siendo esta unidad geográfica también reconocida como adecuada, conforme se deriva de la Nota Explicativa a la Recomendación de mercados de la Comisión Europea, para su uso por las ANR. No obstante, se esboza la posibilidad de revisar a futuro la unidad geográfica y la conveniencia de su modificación.

4.2. Se ha aportado a las actuaciones informe de abril de 2023, realizado por técnicos de la propia CNMC, cuyas conclusiones son:

<<La Resolución de los mercados de banda ancha de octubre de 2021 está alineada con los ejes principales de la regulación europea.

El análisis realizado por la CNMC tiene en cuenta: (I) la dinámica competitiva observada en el mercado de banda ancha fija a nivel minorista y mayorista, así como en los ámbitos nacional y subnacional; (II) trae consigo una importante desregulación; (III) respeta de los principales elementos de la regulación de los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas a nivel europeo; y (IV) está basado en un modelo de segmentación geográfica que sigue las directrices europeas al respecto. Los criterios utilizados por la CNMC para segmentar (cuota de mercado, número de operadores. Cobertura redes de nueva generación) son los mismos que han utilizado el resto de los reguladores europeos.

De hecho la Resolución impugnada cuenta con el respaldo de la Comisión Europea, encargada por velar que las propuestas de los reguladores nacionales cumplen con el marco europeo y que es la única institución con posibilidad de veto sobre las mismas.

El informe de Frontier aboga por el modelo establecido por regulador de Portugal, obviando en su informe que la propuesta de Anacom sí fue objeto de un procedimiento de fase II por parte de la Comisión Europea. Además, la OCDE publicó un informe en 2021 sobre Portugal en el que alertaba que los altos precios de los servicios de telecomunicaciones podían poner en peligro la transición digital en el país luso. Por el contrario, en el informe sobre España, la OVDE resaltó el buen comportamiento del sector de las telecomunicaciones y su regulación.

Además, cabe destacar que (i) los acuerdos comerciales no sustituyen la regulación ex-ante sino que se han desarrollado al amparo de la misma, (ii) la oferta MARCo es un servicio mayorista imprescindible y esencial para comprender el buen desempeño del mercado en España, pero no es suficiente para garantizar el desarrollo de la competencia efectiva en los municipios de la zona 2, que aglutinan el 30% de la población española; (iii) no hay evidencia de mercado que acredite que obligaciones regulatorias vayan a reducir los incentivos a la inversión en la zona 2 y (iv) el impacto sobre la oferta comercial de Telefónica se explica por las propias decisiones del operador>>.



Previamente, se ha realizado una extensa defensa, razonada, acerca que la medida adoptada está en línea con los ejes principales de la regulación de acceso a nivel europeo, así como que tiene el respaldo de la Comisión Europea.

Se examina de forma detallada y argumentada el informe de SETELECO y el informe de Frontier, rebatiéndose el contenido de ambos informes y obteniendo las conclusiones que ya hemos reflejado.

QUINTO.-A la vista de los diferentes informes obrantes en las actuaciones y del contenido de la propia Resolución recurrida, entendemos que el recurso debe desestimarse.

Inicialmente, debemos precisar que es baladí la crítica que se realiza al informe aportado por la demandada (punto 4.2 anterior), en cuanto al valor que debe otorgarse al mismo, pues su valoración, como ocurre con el resto del material probatorio, queda sujeto a las reglas de la sana crítica y no podemos obviar que el referido informe abunda y explicita lo que es el contenido de la propia Resolución impugnada, sin apartarse de ella.

Se sostiene por la actora: 1.- Que la Resolución es continuista y retrospectiva, arrastrando la regulación de 2016, sin atender la competencia existente en 2021. Para ello, se argumenta: que el análisis es incorrectamente continuista y retrospectivo, ya que la CNMC se limita a arrastrar el esquema de regulación de 2016, sin tener en cuenta debidamente las condiciones de competencia de 2021; el análisis hecho por la Resolución olvida la finalidad de la regulación, no valora adecuadamente las condiciones de competencia y perpetúa ad infinitum la imposición de obligaciones; el enfoque continuista de la CNMC es erróneo, según la propia SETELECO; la Resolución impugnada ha provocado que surjan diferencias en las ofertas a consumidores de la Zona 1 y la Zona 2; 2.- También se sostiene que es erróneo optar por un planteamiento continuista que perpetúe la regulación existente; 3.- que el análisis es incorrecto y no adecuado para conseguir la finalidad que la CNMC persigue; y 4.- La obligación de acceso a la red de fibra de Telefónica es inútil y desproporcionada y genera efectos indeseables para la competencia y los consumidores.

Ninguna de las referidas alegaciones puede tener virtualidad anulatoria. Ya hemos hecho mención del contenido de la resolución y del informe aportado, elaborado por técnicos de la propia CNMC.

La división del territorio en las dos zonas geográficas (1 y 2) se materializa en la imposición de la oferta MARCO en las dos zonas y la imposición de obligaciones de acceso sobre los servicios mayoristas NEBA fibra y NEBA Local en la zona 2. La necesidad de configurar las dos zonas tiene un sólido respaldo en la argumentación de la Resolución del Regulador, cuyo criterio aparece justificado y razonado de forma suficiente.

La Segregación en áreas geográficas distintas -conforme resalta la Abogacía del Estado- sigue las pautas que señalan las Directivas y Recomendaciones de la Comisión Europea, en que expresamente se alude a la necesaria definición de mercados geográficos distintos al nacional, en función de la evolución de la implantación de redes y condiciones competitivas. Criterio que, además, hemos confirmado en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2018 que también cita la Abogacía del Estado. Además, la diferenciación de las áreas 1 y 2 atiende a distintos niveles de competencia, entendiéndose el regulador que en el área 2 deben establecerse obligaciones más amplias que la oferta MARCO, mediante la oferta a los restantes operadores mayoristas de servicios sobre la red de fibra NEBA Local y NEBA fibra. También podemos añadir que la metodología seguida por la CNMC es correcta, pues considera los tres parámetros que ya hemos reflejado anteriormente (número de redes, umbral mínimo de cobertura del 20% y que el operador PSM no supere el 50% del mercado minorista de banda ancha). Se está tomando en consideración las alternativas que tiene el usuario final, criterio que sirve -entre otros- para definir el nivel de competencia en el ámbito geográfico. En todo caso, el análisis de mercado se efectúa con datos de los que se dispone al momento de adoptar la Resolución, lo que no podemos considerar desacertado.

Los criterios que sigue la Resolución, se atienen a una situación que está reflejada en la misma, no se sustenta en estimaciones a futuro y continúa una línea de definición que ha arrojado resultados positivos en el año 2016. Se podrá disentir del criterio seguido o parámetros a tener en cuenta, pero esta Sala no considera oportuno cambiar el criterio del Regulador por el nuestro propio, o por el que considere acertado cualquiera de los operadores del mercado.

Desde otro punto de vista, la Comisión Europea ha avalado el criterio que sustenta la Resolución, afirmando que "La Comisión observa que el acceso a las infraestructuras físicas es la solución clave en el mercado 1 que, efectivamente, contribuye al desarrollo de la competencia basada en infraestructuras", si bien anticipa -a futuro- la posible definición de un mercado de infraestructuras físicas, como mercado separado, para su regulación "ex ante". Nos permitimos resaltar en este punto, la previsión de la CNMC de revisar el mercado "en un plazo de tres años", afirmando <<en dicha revisión, en función de la evolución de la situación competitiva del mercado tras la aprobación de la presente medida, podría plantearse la conveniencia de pasar a un marco en el que se impusiera en exclusiva el acceso regulado a la infraestructura civil de telefónica y se retirasen



las obligaciones sobre los servicios de NEBA Local y NEBA fibra en todo el territorio>>, con lo que estaría superando el ámbito geográfico municipal.

En este punto, también nos permitimos resaltar que la situación actual del mercado ha variado, hasta el punto de que Masorange supera el 40% de la cuota de mercado en líneas de banda ancha fija (agosto de 2024) frente al 33,53%v de Movistar y las líneas móviles se sitúan en el entorno del 43% (junio de 2024) frente al 27 % de Movistar, lo que permite atisbar una situación distinta, a efectos de competencia, en relación al año 2021.

La premisa base de la Resolución, centrada en el ámbito geográfico aludido y los tres criterios en cada ámbito, no resulta suficientemente contradicha por las pruebas practicadas y en base a ellas y las alegaciones de las partes, entendemos que -a la fecha de la Resolución- se justifica considerar los tres parámetros ya descritos, dentro del ámbito geográfico de que se trate.

SEXTO.-En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer las costas de la administración demandada a la parte recurrente. Sin imposición de costas respecto de los codemandados. Haciendo uso de la facultad que otorga al tribunal el artículo 139.4 LJCA, se cifra en un máximo de 3.000 euros por todos los conceptos, el importe de las costas.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra resolución de 6 de octubre de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que aprueba la definición y análisis de los mercados de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y acceso central al por mayor facilitado en una ubicación fija para productos de mercado de masas, por ser ajustada a Derecho.

SEGUNDO.-Im poner las costas a la parte recurrente, en los términos expuestos.

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

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.