



Roj: **SAN 3126/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3126**

Id Cendoj: **28079230082020100406**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **23/10/2020**

Nº de Recurso: **667/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000667 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03699/2018

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA SAU

Procurador: SRA. LLORENS PARDO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Madrid, a veintitres de octubre de dos mil veinte.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. **667/18** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Llorens Pardo** en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU** frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución de la Sala de Supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 25 de abril de 2018, expediente SNC/DTSA/067/17 en materia de imposición de sanción, con una cuantía de 8.500.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente indicada interpuso recurso ante esta Sala de lo contencioso-administrativo contra la Resolución de referencia.



Por decreto del Letrado de la Administración de Justicia de esta Sección se acordó admitir a trámite el recurso y reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora formalizó la demanda mediante escrito de 22 de marzo de 2019 en el cual, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor terminó solicitando se dicte sentencia por la que:

"Primero. Declare la nulidad de la Resolución Impugnada y que subsidiariamente a lo anterior, en caso de que no se declare nula, la cuantía de la sanción se minore, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad apelado en el presente escrito.

Segundo. Condene a la CNMC a publicar la sentencia anulatoria de la Resolución Impugnada por medios equivalentes a los medios empleados en la publicación de esta resolución, y en concreto en el apartado de la web de la propia CNMC dedicado al expediente SNC/DTS/0617/17, así como en nota de prensa.

Tercero. Condene en costas a la CNMC."

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmándose íntegramente la resolución impugnada.

CUARTO.- La Sala dictó auto el 18 de julio de 2019 acordando recibir a prueba el recurso y la práctica de la prueba documental y pericial a instancias de la parte actora, y pericial a instancias del Abogado del Estado, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 30 de septiembre de 2020. La deliberación del recurso continuó el día 14 de septiembre de 2020. En esta fecha se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por la Sala de Supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, la CNMC), de fecha 25 de abril de 2018, expediente SNC/DTSA/067/17.

La resolución tiene la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO.- Declarar responsable directo a la entidad Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, de la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de 22 de enero de 2009 relativa a la definición y 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, y de 11 de abril de 2013, relativa a la definición y análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

SEGUNDO.- Imponer a Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal, una multa por importe de ocho millones quinientos mil euros (8.500.000 €) por la anterior conducta."

SEGUNDO.- Son antecedentes relevantes para la resolución del recurso los siguientes:

1-. EUSKALTEL S.A. presentó el día 25 de noviembre de 2015 una denuncia ante la CNMC contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. por la presentación de una oferta supuestamente irreplicable en el marco de un concurso público -expediente OFMIN/DTSA/004/16-.

-. El día 4 de diciembre de 2015 incoa un procedimiento. Se comunicó a las partes interesadas " el inicio del procedimiento administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC)."

Este precepto regula la iniciación de oficio del procedimiento administrativo:

" 1. Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia."

- Con fecha 11 de mayo de 2017 la CMC en este procedimiento OFMIN/DTSA/004/15/replicabilidad oferta Gobierno Vasco, dictó resolución con la siguiente conclusión:

"En relación con el concurso convocado por Eusko Jaurlaritza /Gobierno Vasco en el mes de agosto de 2015, con código de expediente KM/2016/001, Telefónica de España, S.A.U. ha incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba el 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 y la Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013 por la que se aprueba el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor."

En esta resolución se señala que " El presente procedimiento tiene por objeto dilucidar la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica, consistente en la presentación de una oferta económicamente irreplicable y, por tanto, contraria a las obligaciones regulatorias que dicho operador tiene contraídas en el seno de los mercados regulados ex ante (Mercados 4, 5 y 6/20071).

La oferta analizada es la presentada por este operador en la licitación del Lote 1 del concurso convocado durante el mes de agosto de 2015 por EJ/GV con el objeto de la prestación de "Servicios de telecomunicaciones para diversos edificios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi", con código de expediente KM/2016/001."

En consecuencia, con la misma fecha incoa el procedimiento sancionador SNC/DTSA/067/17 que concluye con la resolución impugnada en este recurso. Y ello porque la CNMC considera que Telefónica ha incumplido las obligaciones regulatorias que tiene establecidas en los mercados mayoristas de banda ancha y de líneas alquiladas terminales.

Se trata, a su vez, de:

- Resolución de 22 de enero de 2009, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Resolución de 22 de enero de 2009, relativa a 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, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. (BOE de 18 de febrero de 2009). En el BOE se dice que "Los apartados antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y los anexos, no son objeto de publicación. El texto íntegro de la Resolución puede ser consultado en la página web www.cmt.es."

- La Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013, por la cual se aprueba la definición y el análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (MTZ 2012/2017).

El tipo infractor sería el previsto en el artículo 76.12 de la LGTel que tipifica como infracción administrativa muy grave el " incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que se lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes".

TERCERO- En el escrito de demanda, tras exponer hechos anteriores al inicio del expediente origen de la resolución impugnada, se sintetizan los motivos de recurso como sigue:

1. ausencia de antijuridicidad en la conducta de Telefónica. El test de replicabilidad arroja un resultado arbitrario porque la actora considera que se produjeron los siguientes errores en la actuación administrativa:

1.1 Error en el estándar de eficiencia empleado en el análisis realizado por la CNMC.

1.2 La exclusión del servicio de VoIP del análisis de replicabilidad

1.3 La consideración de los servicios mayoristas ORLA frente a NEBA fibra.

2. ausencia de tipicidad en la conducta de Telefónica. Se han infringido según la actora los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito administrativo sancionador. Y ello a causa de dos motivos fundamentales:

2.2 Indefinición de las obligaciones de Telefónica.

2.3 Telefónica no podía anticipar si su oferta constituía una infracción.

3. Ausencia de culpabilidad por parte de Telefónica, vulneración de los principios de seguridad jurídica y de legalidad.

4. la sanción es desproporcionada y no está motivada. La sanción es inadecuada a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y no se ha motivado porque no se ha calculado el beneficio obtenido por Telefónica. Por último, no se ha aplicado la atenuante de la inexistente repercusión social.

CUARTO-. El Abogado del Estado, en el escrito de contestación a la demanda, alega que la conducta sancionada por la CNMC es plenamente antijurídica.

La recurrente considera que informe pericial que aporta con su demanda acredita que la oferta presentada al Lote 1 era replicable y, por lo tanto, su conducta no es antijurídica, lo que implica que la resolución recurrida incurre en causa de nulidad de pleno derecho. La aplicación correcta o incorrecta del test de replicabilidad no es una cuestión que afecte estrictamente a la antijuridicidad de la conducta, sino más bien a la propia tipicidad.

Como punto de partida, señala " *en efecto, si el test es incorrecto y la oferta es replicable, no existe el elemento objetivo del tipo infractor (sobre el que nos pronunciaremos con detalle en el siguiente Fundamento de este escrito), puesto que no se estarían incumpliendo las obligaciones impuestas por las resoluciones de definición de mercados que se consideran infringidas.*"

El estándar de eficiencia empleado por la CNMC para aplicar el test de replicabilidad económica no es el del "hipotético operador especializado en empresas", a cuya crítica dedica la recurrente una parte de su Fundamento de Derecho Primero sino el de un "hipotético operador generalista" como Euskaltel y (ii), lo que resulta aún más relevante, dicho estándar fue expresamente solicitado por TESAU por resultarle más favorable. El operador especializado tiene más costes mientras el generalista tiene más elementos de red y no tiene que pagar costes mayoristas.

El Abogado del Estado recuerda que la CNMC el día 26 de julio de 2018 dictó resolución aprobando la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento empresarial, y en esa metodología, el estándar elegido para analizar la replicabilidad de las ofertas dirigidas por TESAU al segmento empresarial, incluidas las Administraciones Públicas, es el relativo al "hipotético operador especializado en empresas" que excluye expresamente a los operadores generalistas que también prestan servicios a empresas.

Dicha resolución ha sido recurrida por TESAU en el marco del recurso contencioso-administrativo 08/922/2018, manifestando la recurrente nuevamente su disconformidad con el estándar de eficiencia del "hipotético operador de empresas". Este estándar de eficiencia no ha sido el empleado por la CNMC en la resolución recurrida en este recurso contencioso-administrativo.

La Nota Explicativa de la Recomendación de mercados relevantes de la Comisión Europea de octubre de 2014 reconoce expresamente la existencia de necesidades de conectividad específicas por parte de los clientes empresariales, que pueden no verse cubiertas por las ofertas de banda ancha estandarizadas que los operadores de comunicaciones electrónicas dirigen al mercado residencial. Concluye que si se llevase a cabo el test como propugna Telefónica, los resultados serían más perjudiciales para ella, al utilizarse los servicios mayoristas de acceso indirecto del nuevo servicio NEBA (ethernet de banda ancha) y la ORLA (oferta de referencia de líneas alquiladas) que son los servicios mayoristas que generalmente utiliza un operador especializado en empresas.

En definitiva, habiéndose realizado el análisis de replicabilidad atendiendo al escenario más favorable para la recurrente, el VAN resultante del análisis de replicabilidad llevado a cabo en la Resolución de 11 de mayo de 2017 (expediente OFMIN/DTSA/004/15) es de -8.539.429 euros.

En relación con la exclusión del servicio de VoIP (Voz sobre IP) del análisis de replicabilidad, considera que siendo la resolución de 11 de mayo 2017 firme, no cabe discutirla.

En todo caso, continúa alegando, el hecho de que, conforme a los pliegos administrativo y técnicos, la oferta económica de TESAU contuviera precios unitarios por cada tipo de concepto y edificio permitió a la CNMC identificar los ingresos y costes de prestación de los dos tipos de servicios objeto del contrato. El apartado 5.6.1 del pliego técnico establece expresamente en relación con la prestación del servicio de VoIP que " *la valoración del licitador considerará ítems unitarios y derivará en precio mensual de aplicación durante los 4 ejercicios del contrato, de tal manera que permita realizar el proyecto de ampliación especificado.*"

Así pudo la CNMC ceñir el análisis de replicabilidad únicamente al servicio de transmisión de datos, que es el servicio relevante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones regulatorias de los mercados sujetos a regulación ex ante, y evitar así distorsionar el resultado del análisis con elementos que están fuera de la regulación ex ante como es la prestación de los servicios de VoIP, y así se explica en el Informe técnico sobre



el análisis de replicabilidad económica efectuado por la CNMC sobre la oferta presentada por TESAU a las comunicaciones del Gobierno Vasco de 17 de junio de 2019 que se aporta con la contestación a la demanda.

La interpretación literal del apartado tercero de la carátula de los pliegos de cláusulas administrativas apuntaba a la posibilidad de que el Gobierno Vasco no estuviera obligado a ejecutar la oferta en su totalidad, por lo que no estaba asegurado, igual que ocurre a día de hoy, que TESAU fuera a prestar en su totalidad el servicio de ampliación de VoIP y que, en consecuencia, pudiera cobrar la totalidad del precio ofrecido por este concepto. En todo caso la CNMC calculó el VAN resultante del test de replicabilidad incluyendo el servicio de ampliación VoIP, concluyendo que en dicho caso el resultado continuaría siendo negativo (Página 20 y de la resolución recurrida: " *el VAN resultante del test de replicabilidad incluyendo el servicio de ampliación VoIP continuaría siendo negativo -de - 3.525.952 euros-. El Anexo II de la presente resolución incorpora este cálculo teórico de replicabilidad que incluye la provisión del servicio de ampliación VoIP.*").

Sobre la consideración de los servicios mayoristas ORLA frente a NEBA fibra: el servicio mayorista NEBA fibra no se ha podido utilizar porque los niveles de calidad que TESAU está obligada a garantizar de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas son altamente superiores a los niveles de calidad que ofrece a los operadores alternativos en su oferta mayorista NEBA fibra. Si atendemos la comparación entre los niveles de calidad de requeridos en el pliego de prescripciones técnicas con los establecidos en el servicio mayorista NEBA Fibra podemos observar como el nivel máximo de latencia establecido en el servicio mayorista NEBA fibra Oro sólo permite asegurar el nivel de calidad 5 (QoS5-Best Effort) exigido en el pliego técnico, por lo que Euskaltel hubiera debido contratar el nivel de calidad "Real Time", el cual sólo se puede contratar para un máximo de 2Mbps, lo que resulta insuficiente para la prestación de las conexiones de banda ancha empresarial de fibra puntomultipunto FTTH/GPON.

Continúa señalando el Abogado del Estado que la utilización, como elemento de replicabilidad, del servicio mayorista de líneas alquiladas terminales (ORLA) se ha hecho aplicando una serie de criterios favorables a la recurrente como son (i) que se ha dado preferencia al circuito de menor coste que garantice el caudal requerido, (ii) que no se ha estimado la existencia de altos costes asociados a la provisión de los circuitos mayoristas y (iii) que el cálculo del coste de los circuitos está basado siempre en una distancia de -0- km para el servicio de enlace al cliente.

Por lo que respecta a la exclusión de los periodos de prórroga, como se señala en la resolución de 11 de mayo de 2017, en el momento en el que la CNMC realizó el test de replicabilidad no tenía suficientes elementos de juicio evidentes para decidir sobre la conveniencia de incluir el periodo de prórroga en el análisis y, en su caso, de qué manera incorporarlo.

En cualquier caso, la inclusión del periodo de prórroga en el test de replicabilidad aplicado a la oferta económica presentada por la recurrente no modificaría el resultado negativo del VAN sino que, además, el VAN resultante sería aún más negativo porque a mayor duración del contrato, mayor sería la pérdida en la que incurriría un operador alternativo. Esto es debido a que el margen es negativo, es decir, cada mes los costes son mayores a los ingresos por lo que las pérdidas se van acumulando. En concreto, de haber incluido el periodo de prórroga como solicita TESAU, el VAN resultante hubiera ascendido a un valor negativo de -11.178.478,70, esto es un aumento de las pérdidas de 2.639.049,69 euros. Por ello, dado que no afectaba al resultado (en ambos casos la oferta era irreplicable) y además ese escenario era más favorable a la denunciada, se optó por no incluirla.

Respecto a la consideración de los ingresos adicionales, debe existir certidumbre en los ingresos indirectos que el operador va a obtener para que el operador alternativo, en el momento de presentar una oferta, sepa que podrá cubrir los costes en los que se incurre.

Sobre la consideración de los routers y equipos necesarios para la prestación del servicio de transmisión de datos como coste recurrente, habida cuenta que TESAU mantiene la propiedad de los routers y equipos ubicados en el domicilio del cliente necesarios para la prestación del servicio de transmisión de datos, la imputación de este concepto debería tener en cuenta también los costes añadidos que la recurrente debería soportar por el mantenimiento de los equipos. Esto incluye la reconfiguración, reparación o sustitución de los mismos, incluyendo la pertinente mano de obra, pues a lo largo de los cuatro años algunos equipos sufrirán averías. Por lo tanto, estos equipos soportarían dos fuentes de costes: por un lado, la adquisición de los mismos y, por el otro lado, su mantenimiento. La CNMC solo tuvo en cuenta los primeros, lo que beneficia a TELEFÓNICA.

En cuanto a la falta de tipicidad: en principio existe una obligación general resultante de la propia naturaleza de los mercados en los que existen operadores con Poder Significativo de Mercado, de abstenerse de actuaciones que impidan o incidan en el funcionamiento en competencia del mercado. Además de esta obligación general, en el caso de los mercados regulados 4, 5 y 6, las propias resoluciones de definición de los mismos establecen como obligación específica que los precios fijados para los servicios mayoristas regulados han de permitir



a los operadores alternativos replicar las ofertas minoristas de TESAU o de cualquier empresa de su grupo y prohíben con meridiana nitidez una serie de prácticas que, incumpléndola, inciden en la competencia en dichos mercados.

TESAU tiene la obligación (impuesta por resolución) de garantizar que sus ofertas minoristas son replicables económicamente a partir de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha y segmentos de terminación de líneas arrendadas y de abstenerse de realizar prácticas que la incumplan (y que, por lo tanto, infrinjan las resoluciones que la imponen).

Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de marzo de 201836, no se puede considerar infringido el principio de tipicidad, como 'lex praevia' y 'lex certa' respecto de la que el operador pudo extraer en modo razonable la certeza de que su conducta podría integrar la infracción que luego se sanciona, *"máxime, cuando Telefónica se encuentra ligada a la CNMC 'en el seno de una relación de sujeción especial en la que se supone un conocimiento cabal de sus obligaciones y de lo que puede comportar su incumplimiento"*.

El hecho objetivo de que la oferta de TESAU es irreplicable se encuentra en la aplicación de un instrumento de análisis objetivo, el test de replicabilidad.

En cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, concurren en este caso los requisitos intelectual y volitivo de la culpabilidad, pues se considera que TESAU era consciente de que presentando una oferta económica tan baja y conociendo los parámetros utilizados por la CNMC para analizar la replicabilidad económica de sus ofertas, ésta no sería replicable por su competidor directo, asumiendo el riesgo de que ello supondría un incumplimiento de las resoluciones de esta Comisión.

TESAU, como operador con PSM y con un conjunto de obligaciones regulatorias impuestas en virtud de la relación de especial vinculación a la regulación sectorial anteriormente analizada, era plenamente conocedora de la importancia que tiene dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por la CNMC en el ejercicio de su función de regulación ex ante. El hecho de que la conducta de TESAU se llevara a cabo en el marco de un procedimiento de licitación no desvirtúa estas conclusiones.

Por último, la sanción impuesta es proporcionada. De acuerdo con los criterios contenidos en el artículo 80 LGTel, la sanción se ha calculado con arreglo a una serie de circunstancias que justifican su proporcionalidad, como son:

- (i) la gravedad y al carácter doloso de la conducta infractora,
- (ii) su realización en un segmento empresarial donde la cuota de TESAU es especialmente elevada y la competencia de terceros operadores es muy compleja,
- (iii) al importe del Valor Actual Neto (VAN),
- (iv) la situación económica de TESAU, que ha obtenido, sólo en el segmento empresarial, unos ingresos de 875.561.339,69 euros en el ejercicio 2015, y de 881.265.725,402 euros en el ejercicio 2016 y
- (v) el necesario efecto disuasorio que deben tener las sanciones siempre que estas sean proporcionadas.

QUINTO- Es relevante a juicio de este Tribunal recordar un antecedente que recoge la resolución impugnada: al concurso público convocado por el Gobierno Vasco para la adjudicación del Lote 1 se presentaron dos operadores: el operador prestador de los servicios de telecomunicaciones al Gobierno Vasco en el momento de la licitación pública - Euskaltel- y Telefónica.

En octubre de 2015, Euskaltel fue excluido del concurso público por *" no cumplir su oferta técnica con los requisitos técnicos mínimos y no garantizar suficientemente el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas"*.

EUSKALTEL presentó recurso el día 16 de noviembre de 2015 ante el Órgano administrativo de Recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi contra su exclusión.

El poder adjudicador alegó que *" fue excluido porque en las fichas no se indicaba ninguna planificación para ningún tipo de capacidad, de tal modo que no había ningún compromiso del recurrente de llegar, en algún momento de la ejecución del contrato, con algún tipo de capacidad a los citados edificios, omisión que no puede ser subsanada. La función de la tabla y las fichas no es solo la de valorar a la red de acceso, sino también constituir la base de lo contractualmente exigible, de modo que su incumplimiento acarrearía penalidades. A una consulta de otro licitador ya se aceptó la posibilidad de que se ampliase la información de los modelos establecidos en los pliegos, consulta que EUSKALTEL no formalizó. "*

La resolución del referido Órgano Administrativo señala que la pretensión del recurso es la nulidad de los pliegos de la licitación como pretensión principal, y solo subsidiariamente del acto de exclusión. Y el órgano

recuerda que los pliegos que son susceptibles de una impugnación autónoma pasan a ser inatacables una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso. Aún así se examinan las alegaciones y se indica expresamente que el incumplimiento apreciado por la Administración " *está ampliamente acreditado*" y la exclusión " *es correcta*"

El día 25 de noviembre de 2015 EUSKALTEL presenta denuncia ante la CNMC.

Posteriormente, el 29 de enero de 2016, el concurso se adjudicó definitivamente a Telefónica, aunque el contrato no se firmó hasta el 15 de abril de 2016, momento en el que se inició la migración de los servicios de telecomunicaciones. El 15 de febrero de 2016 Euskaltel impugnó los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del procedimiento de licitación pública del Lote 1 ante el órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Dicho recurso fue desestimado el 4 de abril del mismo año, momento en el que se levantó la suspensión automática del procedimiento.

El texto de la denuncia, que figura en el expediente administrativo, es, en la parte que guarda relación directa con este litigio, el siguiente:

- La oferta de TELEFONICA supone un incumplimiento de las obligaciones impuestas a la misma en el seno de los mercados de regulación ex ante (Mercados 4, 5 y 6) al tratarse de una oferta económicamente irreplicable, y por tanto contraria a las obligaciones regulatorias a las que Telefónica está sujeta.

- A continuación, la denunciante expone las "obligaciones regulatorias impuestas a Telefónica de España SAU en los distintos mercados" y resume el contenido del lote 1. Distingue el objeto de contratación del lote 1, ámbito de aplicación, relación de servicios demandados, estimación de servicios, precios unitarios, servicios demandados por ubicación.

Se incluye un "análisis de precios de la oferta de Telefónica" en los siguientes términos:

"- El valor de los servicios estimados de telecomunicaciones es de 14.218.033,49 euros IVA no incluido para los 48 meses de duración del contrato.

- El valor del servicio ampliación VoIP es de 14.897.658,20 euros IVA no incluido para los 48 meses de duración del contrato".

La denunciante adjunta un análisis de replicabilidad, y concluye que la oferta es irreplicable.

Igualmente solicita que dado que en ese momento no se ha adjudicado el contrato, va a solicitar la suspensión del procedimiento de licitación, para evitar los perjuicios que pudieran ser causados " *en caso de que se adjudicara desde este momento el concurso y posteriormente se consideraras no ajustada a derecho la oferta de telefónica al lote 1 del expediente*".

En el expediente Telefónica presentó un primer escrito el que alegó que " *entendemos que la CNMC no debería de dar cauce a la denuncia planteada por Euskaltel en la medida en que lo que denuncia -una presunta irreplicabilidad económica de la oferta presentada por Telefónica- no ha tenido ninguna incidencia en sus posibilidades para ser adjudicataria del concurso dado que su oferta fue excluida del mismo por motivos estrictamente técnicos, y antes de proceder a ningún análisis de tipo económico.*

En Conclusión, esta representación entiende que no debiera de admitirse la presente denuncia en la medida que (i) ninguna afectación al mercado puede deducirse de la actuación de Telefónica, y dado que el concurso se adjudicó a la única oferta que superó los criterios y requisitos técnicos establecidos en los pliegos y porque (ii) en la actuación de Telefónica en el Concurso no se puede observar ningún daño directo ni indirecto a la libre competencia, quedando por ello huérfano el presente procedimiento de interés general, careciendo de justificación la intervención de la CNMC, no restando más actuación por su parte que proceder al archivo del mismo."

El Gobierno Vasco presentó escrito el día 11 de enero de 2016 señalando que " *todas las actuaciones han ido encaminadas a la obtención de la oferta económicamente más ventajosa, que no ha habido indicios que pudieran hacer pensar que la proposición económica presentada por TELEFÓNICA fuera contraria a las obligaciones regulatorias que tiene contraídas, y finalmente, que la propuesta de adjudicación a favor de la proposición presentada por TELEFÓNICA resulta conforme a derecho y que, en ningún caso, puede verse afectada por la denuncia interpuesta por EUSKALTEL ante la CNMC.*"

SEXTO- Este Tribunal debe tomar en consideración lo que constituye el punto de partida, para la CNMC: la resolución según la cual la oferta económica presentada por Telefónica en el concurso convocado por el Gobierno Vasco en agosto de 2015 para la licitación del Lote 1 denominado "Red multiservicio EJ/GV" del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones para diversos edificios de la citada administración autonómica no es emulable por un hipotético operador eficiente de empresas, ya que los resultados del test de



replicabilidad económica realizado en el expediente OFMIN/DTSA/004/16 indican que un hipotético operador de empresas obtendría una rentabilidad negativa al prestar los servicios incluidos en la oferta económica de Telefónica mediante el uso de las ofertas mayoristas disponibles en el mercado.

En dicha resolución, en el apartado tercero se dice literalmente:

" **TERCERO.-** Alcance de la intervención de la CNMC en la resolución del presente expediente El presente procedimiento tiene por objeto dilucidar la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica consistente en la realización de una oferta minorista económicamente no replicable por un operador especialista en empresas eficiente, en el marco de un concurso público convocado por el EJ/GV en el mes de agosto de 2015. Como se ha puesto de manifiesto de manera detallada en el Fundamento Jurídico Material Segundo, la CNMC ha llegado a la conclusión de que Telefónica ha llevado a cabo una práctica de irreplicabilidad económica contraria a los objetivos y obligaciones regulatorias que dicho operador tiene contraídas en el seno de los mercados regulados 4, 5 y 6/2007 citados en la habilitación competencial. En el caso que nos ocupa, procede señalar que nos encontramos ante un supuesto de competencias concurrentes entre distintas administraciones públicas, donde sobre el mismo hecho o una misma relación jurídica se proyecta la actuación de diversos órganos administrativos con competencias propias, atribuidas por el ordenamiento jurídico a cada uno de ellos en garantía de los intereses públicos que están obligados a salvaguardar. En este escenario, corresponde exclusivamente a la CNMC asegurar la debida aplicación del marco regulatorio vigente, incluyendo aquellas resoluciones en virtud de las cuales se ha procedido a regular de manera preventiva, mediante la imposición de las correspondientes obligaciones regulatorias, aquellos mercados que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva. Así pues, las medidas correctoras a adoptar por parte de la CNMC tienen como único destinatario a Telefónica como operador declarado con PSM en los mercados afectados por el presente expediente: mercados de banda ancha al por mayor y mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

Dada la fragilidad de la estructura competitiva de los mencionados mercados, resulta necesaria una intervención por parte de la CNMC que garantice el cumplimiento de las condiciones competitivas en que han de desarrollarse los mercados de comunicaciones electrónicas. Es por ello que procede instar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador contra Telefónica por el incumplimiento de las obligaciones regulatorias que tiene establecidas en los mercados mayoristas de banda ancha y de líneas alquiladas terminales. Por otro lado, se analizará si es necesaria la revisión de las ofertas mayoristas para asegurar que los operadores alternativos pueden prestar servicios minoristas equivalentes a los prestados por Telefónica, incluyendo las calidades asociadas.

Por el contrario, esta CNMC no cree procedente intimar a Telefónica a cesar en la prestación de los servicios que viene suministrando al EJ/GV. Esta consideración se basa en el elevado perjuicio que le supondría a este cliente minorista, en especial teniendo en cuenta el volumen de recursos que debería dedicar (i) tanto para llevar a cabo una nueva licitación pública, más si cabe de esta envergadura, (ii) como también a la potencial consecuente migración de redes hacia un tercer operador, más teniendo en cuenta que ha tenido que realizar este proceso recientemente. 8

En la Resolución aquí recurrida se considera como Hecho Probado Único que la oferta económica presentada por Telefónica en el citado concurso público del Gobierno Vasco no es replicable económicamente por un operador generalista como Euskaltel y tampoco lo es, por tanto, por un operador eficiente de empresas.

Se entiende como operadores generalistas los que invierten en infraestructura propia, redes de nueva generación, al igual que Telefónica y que rentabilizan esa inversión de la forma más eficiente posible, aprovechando su infraestructura para prestar servicios tanto a clientes residenciales como empresariales.

La instrucción del procedimiento sancionador (SNC/DTS/0617/17) tuvo por objeto comprobar, a partir del análisis de replicabilidad económica llevado a cabo en el expediente OFMIN/DTSA/004/15, si la oferta de Telefónica en el procedimiento de licitación pública convocado por el Gobierno Vasco para el Lote 1 "Red multiservicio EJ/GV" implica un incumplimiento de las Resoluciones de los mercados 4 y 5, y 6.

La actora sostiene que su conducta no es antijurídica porque ha habido un error en el estándar de eficiencia empleado en el análisis realizado por la CNMC.

El resumen de su alegato, recogido en la página 26 del escrito de demanda es el siguiente: el test de replicabilidad que ha utilizado la CNMC no es apropiado, y en consecuencia, resulta arbitrario, dando como resultado artificialmente una replicabilidad negativa, no siendo la oferta irreplorable.

Los criterios utilizados por la CNMC al aplicar el test de replicabilidad son el resultado de su puro arbitrio, de una mera apreciación subjetiva y discrecional en el momento del calcular el VAN en el caso particular, derivada



de la carencia en la Resolución impugnada de criterios objetivos y detallados que determinen con carácter reglado cómo debe de realizarse el cálculo.

Las principales conclusiones son las siguientes:

La CNMC excluye de forma injustificada el servicio de VoIP del test de replicabilidad.

La consideración de los servicios mayoristas ORLA en lugar de NEBA fibra carece de sentido técnico o económico.

La no consideración de la prórroga del contrato, así como de los ingresos adicionales no resulta razonable y es contraria al criterio manifestado por la CNMC en la metodología para analizar la replicabilidad de las ofertas de Telefónica en el segmento empresarial de 26 de julio de 2018.

El enfoque seguido por la CNMC en el test de replicabilidad, consistente en tomar como referencia los costes de un operador generalista como Euskaltel, no es conservador, ya que Euskaltel emplea mayoritariamente su red propia para prestar servicio a sus clientes finales, y apenas demanda servicios mayoristas de acceso a la red de Telefónica.

La corrección de las deficiencias identificadas cambia los resultados del test, lo que implica que la oferta de Telefónica debe de considerarse replicable.

Estos argumentos se desarrollan señalando en primer lugar que la CNMC tanto en el expediente OFMIN/D TSA/004/15 como en el expediente sancionador SNC/D TSA/067/17 indica que el criterio válido para realizar el test de replicabilidad consiste en considerar si un hipotético operador especializado en empresas obtendría un retorno positivo al presentar la misma oferta con la que Telefónica ganó el concurso público convocado por el EJ/GV, usando para ello los servicios mayoristas disponibles.

No considerar que el criterio válido de estándar de eficiencia sean los operadores generalistas, que son los verdaderos competidores en el segmento empresarial es ignorar que en España se dan las condiciones competitivas necesarias para hacer un análisis de replicabilidad basado en un Operador Igualmente Eficiente, lo que va en contra de lo establecido por la jurisprudencia en Derecho de la Competencia y de la propia Comisión Europea. En este sentido, los datos demuestran que cuando se convocó la licitación del Gobierno Vasco en 2015, Euskaltel era el segundo operador de telefonía fija del País Vasco, con una cuota muy próxima a la del líder Telefónica (37% frente a 41%), y era el operador con mayor cuota en servicios de acceso a Internet con un 39% y el de Telefónica de un 33%.

En segundo lugar, el análisis de replicabilidad de la CNMC se centra solo en una parte de los servicios incluidos dentro del Lote 1 de la licitación del Gobierno Vasco, los servicios de telecomunicaciones, y excluye los servicios de VoIP.

Los argumentos utilizados por la CNMC para justificar la exclusión del servicio de VoIP en el test de replicabilidad:

" Al estar el precio fijado por unidades de ejecución o de tiempo, e importe total indeterminado (véase el punto correspondiente de esta carátula), el gasto efectivo está condicionado por las necesidades reales de la Administración que, por tanto, no queda obligada a demandar una determinada cuantía de unidades, ni a gastar la totalidad del presupuesto."

La recurrente considera que esta interpretación de la CNMC carece de sentido: en los términos en que se ha llevado a cabo el análisis, se podría haber eliminado la parte de conectividad y haber hecho el análisis sólo de la VoIP, pero no habría funcionado el servicio.

En relación con el carácter no regulado del servicio de VoIP. Este segundo argumento utilizado por la CNMC también carece de sentido por los motivos expuestos anteriormente relativos a la interdependencia de los servicios del Lote1.

Por último, se argumenta por la actora en relación con la descompensación entre el peso que la licitación otorga a este servicio y su importancia en la oferta económica presentada por Telefónica. Al margen de lo reiterado de la interrelación económica y técnica de los servicios del Lote 1, es el propio diseño de la licitación convocada por el Gobierno Vasco el que otorga un peso muy superior a la oferta económica de los servicios de telecomunicaciones, lo que motiva la descompensación a la que se refiere la CNMC.

En cuanto a la consideración de los servicios mayoristas ORLA frente a NEBA fibra. La CNMC, en aquellas zonas donde Euskaltel no dispone de red propia y Telefónica sí, descarta el uso del servicio mayorista NEBA fibra, que sería el equivalente a las conexiones de banda ancha empresarial, al entender que dichos servicios no garantizan los requerimientos técnicos estipulados en los pliegos.



La CNMC sobreestima notablemente los costes mayoristas que tendría que soportar el operador alternativo, haciendo que puedan parecer como "no replicables" precios de Telefónica que en realidad sí lo son.

En relación con otros supuestos del test de replicabilidad de la CNMC, la Administración realiza el análisis de replicabilidad proyectando los ingresos y los costes que estima que supondría el contrato para un operador alternativo a lo largo de los 4 años de duración inicial del contrato y no considera por tanto la prórroga de 2 años adicionales que contemplan los pliegos. Asimismo, sólo considera los ingresos en el momento de la licitación y no en la demanda prevista durante el horizonte temporal del contrato.

La actora continúa señalando el impacto sobre los resultados del test de replicabilidad de la CNMC. En el Informe Pericial, aportado con la demanda, el análisis realizado por la CNMC es inadecuado dando como resultado artificialmente un VAN de - 8.539.429 euros.

En definitiva, incluso bajo un escenario conservador y teniendo en cuenta todos los criterios expuestos y una demanda de servicios adicionales moderada del 5%, el VAN es positivo, en concreto de 606.519 euros.

SÉPTIMO- El Abogado del Estado alega que dada la firmeza de la resolución sobre replicabilidad de 11 de mayo 2017, no cabe discutirla. La Sala considera que, siendo así que lo que esta resolución recoge es lo que se declara probado que constituye el elemento objetivo del tipo infractor por el que se impone una sanción, en el exclusivo marco del control jurisdiccional de la potestad sancionadora ejercitada por la CNMC, y dado que la recurrente impugna la concurrencia de los elementos tanto objetivo como subjetivo de la infracción, es necesario examinar estas alegaciones.

Las conclusiones que se alcancen en esta sentencia sobre la concurrencia o no concurrencia del elemento objetivo de la infracción por la que se impone una sanción de ocho millones quinientos mil euros, lo son a los efectos a los que se circunscribe este recurso contencioso-administrativo, es decir, a la conformidad o disconformidad a derecho de la resolución impugnada, que es una resolución sancionadora.

Como ha establecido la jurisprudencia al examinar el valor de las actas de la inspección tributaria en relación con el procedimiento administrativo sancionador (por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 22 de octubre de 2001) lo que exige el respeto a los derechos que declara el art. 24 de la Constitución no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria. En vía judicial, las actas de la Inspección administrativa incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas (Tribunal Constitucional, nº 76/1990, de 26/04/1990, Rec. Recurso de inconstitucionalidad y cuestiones de in, Tribunal Constitucional, nº 23/1995, de 30/01/1995, Rec. Recurso de amparo 3.149/1992 y Tribunal Constitucional, nº 169/1998, de 21/07/1998, Rec. Recurso de amparo 3.760/1996)".

Esto es relevante no solo a la vista de las alegaciones del Abogado del Estado señaladas, sino visto el tenor literal del propio acto administrativo impugnado: se reproduce la conclusión alcanzada en el expediente relativo a la replicabilidad de la oferta según la cual " *En relación con el concurso convocado por Eusko Jaurlaritza / Gobierno Vasco en el mes de agosto de 2015, con código de expediente KM/2016/001, Telefónica de España, S.A.U. ha incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica contraria a las obligaciones que tiene contraídas en virtud de la Resolución de la CMT de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba el 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 y la Resolución de la CMT de 11 de abril de 2013 por la que se aprueba el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.*"

Y tras exponer tal conclusión, la CNMC añade: " *el alcance de la intervención de la CNMC en el citado expediente se limitaba a dilucidar la posible existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica. Tras llegar a la conclusión de que Telefónica había efectivamente llevado a cabo una práctica de irreplicabilidad económica contraria a los objetivos y obligaciones regulatorias que tiene contraídos en el seno de los mercados regulados 4, 5 y 6, la resolución mencionada señalaba que procedía instar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador contra Telefónica.*"

Según este razonamiento se habría demostrado así la comisión de unos hechos que a su vez son constitutivos de una infracción, el incumplimiento de las resoluciones administrativas en relación con los mercados 4, 5 y 6. Como reconoce el propio Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda (pag. 25) " *Cuestión distinta, pero ese no es un problema de defectuosa definición del tipo como pretende plantear la recurrente, sino de encaje de la conducta en el tipo infractor, es que se discutan los elementos tenidos en cuenta para subsumir su actuación en el mismo, y, en particular, el carácter irreplicable de la oferta y los criterios tenidos en cuenta a la hora de aplicar el test de replicabilidad.*"



La Sala considera que, en efecto, tales elementos y criterios, pueden discutirse a los efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción.

Los hechos probados del acto recurrido, reproducen, (pags. 6 a 17 de la resolución impugnada) las actuaciones realizadas en el anterior (y previo) expediente, y solo es a partir del apartado " *III. Alegaciones de Telefónica relativas al test de replicabilidad*" que la CNMC aborda el análisis de las alegaciones de la ahora actora en relación al test de replicabilidad aplicado.

Al igual que ante esta Sala, Telefonica cuestiona ante la CNMC, una serie de elementos que considera deben tomarse en consideración para realizar el test de replicabilidad, que son desestimados. En primer lugar, que el test de replicabilidad no era predecible por Telefónica en el momento de hacer la oferta, dado que contiene elementos novedosos respecto de las anteriores resoluciones que lo hacen impredecible. De tomarse en consideración la VoIP, replicar con NEBA fibra, incluir ingresos adicionales y la prórroga del contrato, el resultado del test sería diferente, en concreto, resultaría que la oferta era replicable.

OCTAVO- El punto de partida, una vez establecido que en el marco de la revisión de una sanción y a fin de determinar si concurre o no el elemento objetivo de la infracción, es que este Tribunal puede examinar los " *hechos probados*" a la luz de las pruebas practicadas en autos, y específicamente, vistas las alegaciones de las partes y los informes periciales practicados ante esta Sala, para determinar la concurrencia del tipo infractor, es examinar la replicabilidad o irreplicabilidad de la oferta litigiosa.

Como hemos recordado en numerosas ocasiones, en relación con los informes periciales evacuados en autos, el Tribunal Supremo ha establecido que el resultado de la prueba pericial no vincula a los Tribunales jurisdiccionales, pues actúan con plenitud de jurisdicción, aceptándola o rechazándola según las razones que expongan, toda vez que la valoración de la prueba ha de hacerse considerando en su conjunto todos los resultados producidos por los diferentes medios probatorios, sin olvidar que cualquiera que sea el valor preferente que a alguna de las practicadas deba atribuirse, este criterio no puede nunca llegar al extremo de que baste su individual contemplación como provistas de fuerza vinculante para el órgano decisorio, por estar éste dotado de facultades de apreciación.

Lo esencial en los dictámenes periciales no son las conclusiones, sino la línea argumental que a ellas conduce, dado que la fundamentación es la que proporciona fuerza convincente al informe.

La pericial de la parte actora comienza recordando que la CNMC realiza una proyección a lo largo de la vida del contrato licitado por el Gobierno Vasco de los ingresos que obtendría el operador, según la oferta presentada por Telefónica, y de los costes en que tendría que incurrir para prestar los servicios en cuestión, y calcula el Valor Actual Neto (o VAN) de los flujos de caja resultantes para cada momento del tiempo.

El VAN es una medida estándar para evaluar la rentabilidad de proyectos de inversión. Un VAN igual o superior a cero implica que la oferta de Telefónica permite obtener una rentabilidad razonable (igual o mayor al WACC) y por tanto que es replicable, mientras que un VAN inferior a cero supone que la oferta no es replicable.

Las diferencias entre las partes se centran en cuatro aspectos:

- 1- La exclusión de los servicios VoIP;
- 2- La razonabilidad de considerar los costes del servicio mayorista ORLA, en lugar del NEBA fibra, en aquellas zonas donde Euskaltel no dispone de red propia y Telefónica sí;
- 3- La toma en consideración de ingresos adicionales y de la prórroga del contrato.
- 4- La configuración técnica de la actividad del operador EUSKALTEL dado que la oferta es o no es irreplicable no en abstracto, sino en relación con la única empresa que se presentó a la licitación, y que denunció la irreplicabilidad de la oferta.

La primera divergencia entre las partes, y entre sus respectivos peritos reside en el hecho de que en su cálculo del VAN, en relación con el lote 1, la CNMC excluye los servicios VoIP, y solo toma en consideración los servicios de telecomunicaciones.

Esta cuestión fue litigiosa desde el inicio del expediente de replicabilidad. En las alegaciones que presentó Telefónica el día 5 de enero de 2016, cuando se le dio traslado de la denuncia de Euskaltel, ya señalaba:

"En relación con la consideración del lote 1 "como un todo". Euskaltel considera que no debieran incluirse en el análisis de replicabilidad el bloque de servicios y equipamiento asociado a la extensión servicio de VoIP a los usuarios del Gobierno Vasco, y esto lo considera sobre la base de que este servicio no resulta esencial para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que son requeridos en el Lote 1. Llama la atención la subjetividad de la consideración de Euskaltel y de lo que es esencial y lo que no lo es para el Gobierno Vasco,



cuando el criterio de la mesa de contratación ha sido incluir esos servicios de VoIP dentro del Lote 1, como algo esencial para él.

El criterio de Euskaltel, de aplicarse, nos podría llevar al absurdo de trocear los lotes a conveniencia para tratar de buscar artificialmente una replicabilidad negativa, dejando fuera por ejemplo la parte de equipamiento del otro bloque de servicios de transmisión, o cualquier otra parte del servicio que Euskaltel pudiera considerar y que no formara parte de la pura conectividad, como parece pretender, lo cual es absurdo.

Sugiere Euskaltel que deberían analizarse exclusivamente los elementos que están sujetos a regulación, y dejar el resto de elementos fuera del análisis, obviando que lo que pide el Gobierno Vasco es un servicio en su conjunto, que la parte de TI en las ofertas de Empresas que forma parte esencial de los servicios de empresas, y que por cierto cada vez cobran mayor importancia para el cliente, en detrimento de la pura conectividad, por eso los clientes demandan servicios e incluyen ambos servicios conjuntamente conectividad y TI. Lógicamente, como finalmente hace Euskaltel en su test, debe considerarse el Lote 1 como un todo, no sujeto a la subjetividad que apunta, sino a lo que es objetivo, y es que el Gobierno Vasco lo ha considerado también como un todo."

La justificación que la Administración ofrece para continuar en esta línea al adoptar la decisión administrativa es que:

I-. la VoIP es un servicio que se encuentra fuera del ámbito regulado de Telefónica. En el informe pericial aportado por el Abogado del Estado se señala en concreto, lo siguiente: " Cabe aclarar que los servicios de VoIP en el ámbito del contrato del Gobierno Vasco se refiere a conceptos que están fuera de la regulación ex ante de los mercados, al tratarse de licencias de software, servicios de instalación y equipamientos (como terminales de telefonía IP). "

II-. la VoIP sería un servicio opcional ya que, según los pliegos del concurso, el Gobierno Vasco no tiene la obligación de contratar la totalidad del importe licitado; y

III-. el análisis del conjunto de los servicios distorsionaría el test de replicabilidad, teniendo en cuenta que el servicio de VoIP tiene un peso superior al 50% sobre la oferta económica presentada por Telefónica.

En el Pliego de Prescripciones Técnicas el Lote 1 "Red multiservicio EJ/GV se describe:

- Objeto
- Afección del plan de convergencia
- Ámbito de aplicación
- Clasificación de edificios
- Relación de servicios que incluye alquiler de circuitos digitales de alta velocidad, frame relay, ADSL VPN IP, fibra óptica, servicios ópticos, y MPLS.
- AMPLIACION VoIP, con un subapartado "extensión de telefonía IP"
- Estimación de servicios
- Acuerdos de nivel de servicio
- Plan de migración de operador
- Recursos humanos asociados
- Informes periódicos
- Ciclo del contrato

Es decir del propio pliego resulta que, el propio contratante, el Gobierno Vasco, requirió que se ofertaran ambas cosas, conectividad y VoIP lo que genera una relación de complementariedad que afecta a las determinaciones de precios ofertados.

En la pericial practicada a instancias del Abogado del Estado se advierte que " Para evitar contaminar el análisis con elementos fuera del entorno regulado, se deben analizar el grupo de servicios más reducido que contemple estos servicios regulados. Cabe aclarar que los servicios de VoIP en el ámbito del contrato del Gobierno Vasco se refiere a conceptos que están fuera de la regulación ex ante de los mercados, al tratarse de licencias de software, servicios de instalación y equipamientos (como terminales de telefonía IP. En este caso queda mas patente esta necesidad, dada la subvención cruzada que podría darse debido al diseño del concurso, como se verá más adelante. En segundo lugar, como ya quedó acreditado, en este caso es posible analizar un subconjunto del Lote, dado que ingresos y costes están claramente identificados para cada uno de los servicios. En efecto, a diferencia de otros casos analizados, el hecho de que, conforme a los pliegos administrativo y técnico, la oferta

económica de Telefónica contuviera precios unitarios por cada tipo de concepto y edificio permitió a la CNMC identificar los ingresos y costes de prestación de los dos tipos de servicios objeto del contrato. "

En contra de estas consideraciones, la parte actora sostiene, con fundamento en su informe pericial, y la Sala comparte esta apreciación, que dado que lo que se está analizando es la replicabilidad de la concreta oferta en este concreto contrato, el operador que hubiera presentado una oferta, debería presentarla por todos los servicios, y a la vista de los pliegos correspondientes, no existía la posibilidad de pujar únicamente por los servicios de telecomunicaciones o por los servicios de VoIP.

Igualmente resulta que, aunque los licitadores debían diferenciar el precio de los servicios de telecomunicaciones, por un lado, y de los servicios de VoIP, por otro, dentro de sus ofertas económicas, el contrato era adjudicado al operador que obtenía una puntuación más alta considerando las ofertas presentadas por ambos servicios.

Como recoge el informe pericial de la actora:

" Así, en primer lugar, los servicios de telecomunicaciones y VoIP pueden considerarse bienes complementarios desde un punto de vista económico en el contexto de esta licitación, en la que como se ha visto se adjudica el conjunto del lote incluyendo todos los servicios a un solo operador y considerando las ofertas económicas presentadas por los distintos servicios. Esto provoca que la demanda de cada servicio dependa no solo del precio que se fija para el servicio en cuestión sino también del precio que se fija para el otro servicio. Así, cuanto menor es el precio que se oferta por un servicio, mayor es la probabilidad de ganar la licitación y por tanto mayor es la demanda esperada no solo de dicho servicio sino también del otro servicio licitado. Esta relación de complementariedad entre los servicios provoca que los precios que se ofertan por cada uno de ellos sean interdependientes, lo que impide desligar o considerar separadamente uno del otro, como hace la CNMC, ya que la oferta que habría presentado el operador en caso de que la licitación comprendiera únicamente uno de los servicios sería con toda probabilidad distinta."

Frente a estas consideraciones el perito de la Administración insiste en que " el objetivo del test de replicabilidad es garantizar que Telefónica cumpla con las obligaciones que tiene impuestas fruto de su posición de PSM en los mercados de banda ancha en toda España" e insiste en "Para evitar contaminar el análisis con elementos fuera del entorno regulado, se deben analizar el grupo de servicios más reducido que contemple estos servicios regulados. Cabe aclarar que los servicios de VoIP en el ámbito del contrato del Gobierno Vasco se refiere a conceptos que están fuera de la regulación ex ante de los mercados,".

En el ámbito de lo que se debate en este litigio, la Sala considera que no puede olvidarse que el punto de partida de la actividad administrativa fue comprobar si TELEFÓNICA presentó una oferta económicamente replicable porque, de lo contrario, sería según la CNMC " contraria a las obligaciones regulatorias".

Como resulta de los ejemplos mostrados en el informe pericial de la actora (folios 17 y 18 del informe), a los efectos de determinar el VAN de esta concreta oferta, carece de sentido económico considerar de forma separada el precio de los servicios de telecomunicaciones en el test de replicabilidad, partiendo de la base de que los licitadores (los reales en este caso, dos, y los hipotéticos, como considera la CNMC que debe tenerse en consideración) no compiten separadamente por cada servicio sino por el conjunto del lote, incluyendo ambos servicios.

La CNMC señala que en todo caso el resultado del test de replicabilidad no varía si se considera también el servicio de VoIP. Del informe pericial de la actora resulta por el contrario que los resultados serían diferentes: la Tabla 16 muestra los ingresos y costes mensuales adicionales asociados a la prestación de los servicios de VoIP, con una mejora del margen mensual obtenido con el contrato de 122.50 euros.

En relación con la debatida predictibilidad para Telefónica del test de replicabilidad en el momento de hacer la oferta, la actora sostiene que el mismo contiene elementos novedosos respecto de las anteriores resoluciones que lo hacen impredecible. Así en su escrito de conclusiones, la actora pone de manifiesto como el perito que informó a su instancia señaló, y esto es un hecho notorio, que la Resolución por la cual se aprueba la metodología para el análisis de las ofertas presentadas por Telefónica a concursos públicos es del año 2018, es decir, es posterior a la Resolución impugnada.

En las resoluciones precedentes sobre replicabilidad, que han sido tres, en 2012 a un concurso de la Agencia Informática de la Comunidad de Madrid, en 2015 a un concurso del Ayuntamiento de Villena y en 2016 a un concurso de la Universidad de Valladolid, se aplicaron metodologías diferentes. En el primer caso la Administración considera un operador teóricamente eficiente, en el segundo caso considera un operador especializado en empresas y en el tercero caso considera un operador especializado en empresas, pero adopta diferentes hipótesis para los cálculos de los costes de red. De ahí concluye la actora que en contra de lo afirmado de contrario, el test de replicabilidad no era predecible por Telefónica y el que se encuentra en el origen



de la sanción impugnada contiene elementos novedosos que lo hacen impredecible a la hora de anticipar ex ante si la oferta será considerada replicable o no.

Frente a esto el Abogado del Estado sostiene que el análisis es el que se emplea siempre y de modo generalizado para realizar los test de replicabilidad y que por el contrario, la CNMC siempre ha realizado un análisis completo del conjunto mínimo de servicios que incluyen los servicios regulados, aislando al máximo posible éstos de terceros servicios que podrían desvirtuar el test. Y que en los casos del Ayuntamiento Villena y la Universidad Valladolid, la oferta económica no venía desglosada por unidades -como en este caso-, sino que era un importe global. Por eso el conjunto mínimo de servicios era la oferta completa. La justificación para la Administración de por que en este contrato solo se analizan los servicios de telecomunicaciones es porque el servicio VoIP (teléfonos que utilizan esas conexiones y sus licencias de uso) no está relacionado con ningún servicio mayorista de la recurrente que permita la replicabilidad.

El perito de la Administración reconoció ante la Sala que en este caso se partió de la consideración de operador generalista, a sugerencia del denunciante Euskaltel, y que en otros supuestos se había partido del operador operador de empresa, pero que este estándar es más favorable a efectos del test de replicabilidad, y que pese a tal circunstancia del diferente punto de partida Telefónica perfectamente podía prever cual iba a ser el parámetro para el test de replicabilidad.

Esta decisión en cuanto a la consideración de una parte o la totalidad de los servicios objeto de licitación, y posterior adjudicación, no es irrelevante en relación con el resultado del VAN. Según la propia CNMC el resultado sería no de menos 8 millones trescientos mil euros (aproximadamente) sino de menos 3 millones quinientos mil euros, es decir, casi cinco millones de euros sobre un total de 8,3 millones.

A juicio de esta Sala, a la vista de las pruebas practicadas y de las alegaciones de las partes, la razón que ha ofrecido la CNMC para ceñir el análisis de replicabilidad únicamente al servicio de transmisión de datos, es decir, la justificación de que se hace así porque es el servicio relevante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones regulatorias de los mercados sujetos a regulación ex ante, no es suficiente ni proporcionada ni está justificada en el ámbito de un expediente sancionador.

NOVENO- El siguiente extremo por el que las partes exponen conclusiones opuestas es el relativo a la consideración de los servicios no mayoristas ORLA en lugar de NEBA fibra, que a juicio de la recurrente carece de sentido técnico o económico, y resulta injustificada.

En aquellas zonas donde Euskaltel no dispone de red propia y Telefónica sí, la CNMC, en su test, descarta en última instancia el uso de servicios mayoristas NEBA fibra, que sería el equivalente a las conexiones de banda ancha empresarial, al entender que dichos servicios no garantizan los requerimientos técnicos estipulados en los pliegos. En su lugar, la CNMC considera el uso de servicios mayoristas de circuitos dedicados ORLA.

La Administración sostiene que el servicio mayorista NEBA fibra no se puede utilizar en el análisis de replicabilidad porque los niveles de calidad (QoS) que Telefónica se ha comprometido a garantizar con el Gobierno Vasco, para dar cumplimiento al Pliego de Prescripciones Técnicas son altamente superiores a los QoS que Telefónica garantiza a los operadores alternativos en su oferta mayorista NEBA fibra.

La CNMC compara los requisitos de los pliegos con la calidad mínima garantizada que se define en el acuerdo de nivel de servicio (Service Level Agreement o SLA) que Telefónica suscribe con los operadores que contratan el servicio NEBA fibra.

El Abogado del Estado por su parte considera que el perito que presentó el informe apoyando las conclusiones de la CNMC justificó que la aplicación del servicio ORLA se había basado fundamentalmente en que con los tiempos de NEBA fibra previstos en su oferta mayorista era imposible garantizar los requerimientos de latencia exigidos por el gobierno vasco -siendo este uno de los criterios de mayor relevancia a tener en consideración- y que, por lo tanto, dicho servicio mayorista no era aplicable como criterio válido para realizar el test.

Considera que TELEFÓNICA no ha acreditado su alegación sobre los tiempos «reales» de NEBA fibra eran mejores que los exigidos por el gobierno vasco puesto que los tiempos de latencia a los que TELEFÓNICA se obliga en la prestación del servicio mayorista a un tercer operador -en este caso el operador generalista que carece de red y tiene que acudir a los servicios mayoristas del operador con poder significativo para presentarse al concurso del gobierno vasco- son los incluidos en su oferta mayorista -que es aprobada por la CNMC.

Por su parte Telefonica considera que las mediciones de los parámetros técnicos del servicio NEBA fibra muestran que dicho servicio cumple los requisitos de calidad estipulados en los pliegos de la licitación. En concreto, señala que las mediciones de los parámetros técnicos del servicio NEBA fibra muestran que dicho servicio cumple con los requisitos de calidad estipulados en los pliegos de la licitación.

Así, el servicio NEBA fibra en su modalidad Oro, que es el nivel de calidad inmediatamente inferior al real time, no se ve afectado por la limitación de velocidad hasta 2 Mbps a la que hace referencia la CNMC en su Resolución, y cumple en realidad con los requisitos de calidad de servicio máximos (QoS 1) que se definen en los pliegos de la licitación del Gobierno Vasco.

En los informes periciales de las partes, y en la declaración de los peritos ante esta Sala se centra el debate en los requisitos de latencia.

La actora pone el acento en que la sustitución de NEBA por ORLA carece de lógica desde el punto de vista técnico y está injustificada desde el punto de vista económico. Especialmente porque los servicios de líneas alquiladas tienen un coste mucho más elevado. Se aporta una tabla tabla 13, pagina 28 del informe de Telefónica) elaborada sobre la base de los datos utilizados por la propia CNMC en el procedimiento que concluyó con la resolución de 11 de mayo de 2017 sobre replicabilidad. Los propios pliegos del contrato establecieron que el servicio se podía prestar tanto con NEBA empresarial como el servicio de líneas alquiladas. Pero se trata de dos servicios que por su calidad en los resultados no son equiparables. La calidad del servicio ORLA es mucho más alta pero el precio es igualmente mucho más alto. Para la propia CNMC el servicio de líneas alquiladas se sitúa en un mercado diferente al del servicio de NEBA fibra. El importe de la diferencia es de 3 millones y medio de euros, lo que conlleva que sumada esta diferencia a la que resulta de la no exclusión del análisis de la VoIP el VAN resultante sería cero.

El perito de la CNMC por su parte señala que " *Si atendemos a la comparación entre los niveles de calidad requeridos en el PPT con los establecidos en el servicio mayorista NEBA fibra, podemos observar como el nivel máximo de latencia establecido en el servicio mayorista NEBA fibra Oro sólo permite asegurar el nivel de calidad 5 (QoS5-Best Effort) exigido en el pliego técnico, por lo que Euskaltel hubiera debido contratar el nivel de calidad "Real Time", el cual sólo se puede contratar para un máximo de 2 Mbps, lo que resulta insuficiente para la prestación de las conexiones de banda ancha empresarial de fibra punto- multipunto FTTH/GPON.*"

Es decir: a juicio de la CNMC, y esto sustenta la decisión adoptada en su momento, con las consecuencias que se examinan en este litigio, dado que había determinadas ubicaciones en las que EUSKALTEL no tenía red propia, para hacer el test de replicabilidad había que acudir a los servicios mayoristas necesarios para suplir dicha deficiencia, que son NEBA fibra y ORLA y, dentro de estos, " *determinar cual se ajusta a lo que está demandando el gobierno vasco*"

El punto de conflicto reside pues en si con NEBA se podía o no garantizar la latencia que resultaba exigible según los pliegos del concurso; a la vista de las distintas conclusiones de cada uno de los informes periciales, a la vista de los argumentos que en cada caso se aportan, la Sala considera más justificada la conclusión recogida en el informe de la actora, específicamente los razonamientos recogidos en las paginas 25, 26 27 del informe, sobre que el servicio NEBA cumple en términos generales con los requisitos de calidad, específicamente de latencia, previstos en los pliegos del contrato que se encuentra en el origen de este recurso.

DÉCIMO- La siguiente cuestión debatida hace referencia a la circunstancia de que la CNMC no ha tomado en consideración la prórroga del contrato, ni los ingresos adicionales. Telefónica considera que esta decisión no es razonable y es contraria al criterio manifestado por la CNMC en la metodología para analizar la replicabilidad de las ofertas de Telefónica en el segmento empresarial de 26 de julio de 2018.

En relación con la prórroga, en las alegaciones formuladas en el expediente de replicabilidad, ya TELEFONICA alegó que, en relación con la vigencia del Concurso, en su denuncia Euskaltel realizaba sus cálculos partiendo de la base del periodo inicial de vigencia de 4 años del pliego de condiciones administrativas, y no había tenido en cuenta que el pliego permite prorrogar el contrato hasta dos años adicionales.

Igualmente ponía de relieve que en anteriores expedientes, la CNMC había seguido el criterio de considerar las prórrogas en los cálculos.

La Sala considera que a fin de lograr un cálculo de la replicabilidad que se ajuste al máximo a la realidad hay que tener en cuenta el periodo temporal del contrato, materializándose las prórrogas en la gran mayoría de contratos de este tipo. El propio perito de la CNMC a preguntas de la parte actora sobre la toma en consideración por defecto en la metodología de replicabilidad de los periodos de prórroga en los contratos de licitaciones públicas que se recojan expresamente en los concursos, reconoció que es habitual.

Por tanto debían haberse considerado seis años, incluyendo los dos años de prórroga, como el periodo temporal para el cálculo de la replicabilidad.

En el marco de los razonamientos expuestos, carece de valor el argumento expuesto por la Administración de que la inclusión del periodo de prórroga en el test de replicabilidad, aplicado a la oferta económica presentada por la recurrente, no modificaría el sentido negativo del VAN porque, a mayor duración del contrato, mayor

sería la pérdida en la que incurriría un operador alternativo. El punto de partida de esta apreciación ha quedado indemostrado.

La CNMC cuando realiza el análisis de replicabilidad no tiene en cuenta los ingresos adicionales que se podía generar en el contrato litigioso. En el informe pericial de la actora, se señala que la facturación del servicio de ampliación VoIP está por encima del presupuesto de la licitación. El contrato comenzó en mayo de 2016, pero una parte de los servicios (Osakidetza) no comenzó a facturarse hasta enero de 2017, el porcentaje del presupuesto total que teóricamente debía haberse facturado en diciembre de 2018 ascendía aproximadamente al 62%. Este porcentaje está por debajo de la parte del presupuesto para la ampliación del servicio VoIP que se ha facturado hasta la fecha del informe, que asciende al 77%. Igualmente señala que en el caso de los servicios de telecomunicaciones el porcentaje de presupuesto facturado se encuentra por encima del porcentaje que teóricamente debería haberse facturado, que para estos servicios asciende al 67%. En concreto, el porcentaje de facturación real asciende al 71%. Esto indica que los servicios finalmente demandados por el Gobierno Vasco en este apartado han excedido la demanda que se contemplaba en los pliegos.

La Administración, en el informe pericial aportado, señala que para ser tenidos en cuenta estos posibles ingresos adicionales, " *debe existir certidumbre en los ingresos indirectos que el operador alternativo va a obtener, para que, en el momento de presentar una oferta, sepa que podrá cubrir los costes en los que se compromete a incurrir*".

La actora por su parte señala que la certidumbre existía desde el momento en que se incluían en los pliegos del concurso. En el apartado 18.1 sobre modificación del contrato, se incluye una previsión de "incremento de los consumos estimados de las necesidades reales de la Administración, introducción de nuevos edificios". Esta consideración conlleva que el VAN resulte positivo para cualquier escenario de demanda de servicios adicionales superior al 0,29%

Puede concluirse que cabe considerar estos ingresos adicionales sobre la base de un nivel de certidumbre no total pero si elevado, a la vista de las características de este concreto contrato, y de la específica previsión en el pliego.

En relación con el último elemento en el que las partes divergen, la toma en consideración de las características del operador EUSKALTEL, en el informe pericial aportado por el Abogado del Estado se señala que " *Las disquisiciones que realiza RBB sobre el papel de Euskaltel en la competencia en el País Vasco son cuestionables y en todo caso no exonerarían a Telefónica del cumplimiento de sus obligaciones, en particular la de no presentar ofertas que supongan una ausencia de replicabilidad económica, como mostró la CNMC que sucedía con la oferta presentada al Gobierno Vasco.*"

En la resolución sobre replicabilidad se señala que " *Como se ha visto, el test de replicabilidad consiste en analizar si un hipotético operador especializado en empresas obtendría un retorno positivo al presentar la misma oferta que Telefónica presentó en el concurso público convocado por el EJ/GV, usando para ello los servicios mayoristas disponibles.*"

En el marco de un expediente sancionador, esta Sala considera que no es irrelevante, a efectos de determinar la replicabilidad de la oferta litigiosa, la toma en consideración de las características del concreto operador que debía replicarla, en este caso el que denunció tal condición de la oferta de TELEFÓNICA. En efecto, en este caso, solo dos empresas presentaron ofertas, TELEFÓNICA y EUSKALTEL.

Desde sus primeras alegaciones ante la Administración (escrito de 5 de enero de 2016 en el expediente OFMIN/DTSA/004/15) TELEFÓNICA puso de relieve la trascendencia en este caso concreto, de las características del operador que competía en la licitación y que por tanto debía "replicar" o "poder replicar" la oferta. Se alegó ya entonces por la ahora recurrente que la CNMC llevó a cabo el análisis de replicabilidad de la oferta partiendo de las indicaciones recogidas en la denuncia de EUSKALTEL y las consecuencias que tal decisión en la sistemática del análisis tendrían: " *la replicabilidad, tal como la plantea Euskaltel, implica no aceptar en el ejercicio de replicabilidad que se compite con infraestructura propia y su mejor aproximación a través del uso de MARCo. Esto nos llevaría a una situación verdaderamente paradójica, y es que por pretender sostener una hipotética competencia sobre el papel de múltiples operadores, forzando abarcar también a los no inversores y sin red en el País Vasco, se estaría eliminando la única competencia posible a partir de una infraestructura propia alternativa a la de Euskaltel, como en este caso sería la de Telefónica. Insistimos, por ello, en la no conformidad del test de replicabilidad de Euskaltel.*"

Como ha alegado la recurrente en su escrito de conclusiones, no se ha justificado por la Administración la realización del test sin tomar en consideración que a la licitación únicamente concurrió un candidato alternativo, y sin tomar en consideración las características de este concreto operador. Dado que se está



analizando la concurrencia del tipo infractor, el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el regulador, y a la vista de las distintas consecuencias que tienen para concluir en la replicabilidad o irreplicabilidad de la oferta, en esta concreta situación, no está justificado ignorar que solo hubo otro licitador, y que las características de este operador concreto.

UNDÉCIMO- Por el conjunto de consideraciones expuestas este Tribunal concluye en la estimación del recurso, por la falta de antijuridicidad de la conducta de la recurrente.

La actora solicita se condene a la CNMC a publicar la sentencia anulatoria, en caso de estimarse el recurso por medios equivalentes a los utilizados para publicar la resolución sancionadora impugnada, y en concreto en el apartado de la web de la CNMC del expediente SNC/DTS/0617/17 así como en nota de prensa.

Esta Sala considera que es procedente la solicitada publicación de la parte dispositiva de esta sentencia en la página web de la CNMC en el expediente de que el acto administrativo impugnado trae origen-

En cuanto a la inclusión de una nota de prensa, la actora no ha aportado información sobre la publicación de una nota de prensa en su momento sobre la resolución que ahora se declara nula, por lo que no se considera procedente, como igualmente se solicita por la actora, la imposición de esta obligación a la Administración demandada.

DUODÉCIMO- La estimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas a la parte demandada al amparo de lo previsto en el art. 139 de la ley jurisdiccional.

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

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR** y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 25 de abril de 2018 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual anulamos, por no ser conforme a derecho. Con condena a la Administración demandada a que publique la parte dispositiva de esta sentencia en su página web en el expediente SNC/DTS/0617/17.

Con condena a la Administración demandada al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

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 presenten.