



Roj: **SAN 2251/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2251**

Id Cendoj: **28079230082021100279**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **13/05/2021**

Nº de Recurso: **292/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000292 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01080/2018

**Demandante:** ORANGE ESPAGNE, S.A.U

**Procurador:** SR. ALONSO VERDÚ

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. Y VODAFONE ONO, S.A.U

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a trece de mayo de dos mil veintiuno.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **292/2018**, interpuesto por **ORANGE ESPAGNE, S.A.U** representado por el Procurador **Sr. Alonso Verdú** y defendido por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado. Han sido parte **codemandadas TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. Robledo Machuca** y defendida por Letrado; y **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. y VODAFONE ONO, S.A.U.** representadas por la Procuradora **Sra. López Orcera** y defendidas por Letrado.

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



## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** In terpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

Telefónica de España contestó a la demanda solicitando la desestimación del recurso.

**TERCERO.-** Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 12 de mayo del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el recurso contra la resolución de 21 de diciembre de 2017 de la Comisión de los Mercados y la Competencia (CNMC), de adopción de medidas provisionales en el marco del procedimiento relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de telefónica comercializados en el segmento residencial, dictada en el expediente OFMIN/DTSA/004/16.

La resolución resuelve:

"PRIMERO.- De conformidad con los mecanismos de verificación de la replicabilidad económica de las ofertas comerciales de Telefónica que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene actualmente establecidos, los precios máximos del servicio de acceso NEBA local serán los indicados en el Anexo I.

SEGUNDO.- Los precios del servicio de acceso NEBA local se mantendrán vigentes hasta el momento en que se apruebe la Resolución por la que se ponga fin al presente procedimiento, relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial(...)". En el Anexo I se fija como cuota periódica del servicio NEBA local 19,93 euros.

Se recoge como antecedente que con fecha 24 de febrero de 2016, el Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adoptó la Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (Resolución de los mercados 3 y 4). En dicha Resolución se impuso a Telefónica de España S.A.U. (Telefónica) la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso desagregado virtual al bucle de fibra óptica (FTTH), denominado NEBA local, en los términos de su Anexo 4, e igualmente la obligación de prestar un servicio mayorista de acceso indirecto sobre la red de fibra (NEBA fibra). Se estableció que los precios de mayorista de acceso a NEBA local y NEBA fibra están sujetos a un test de replicabilidad. Los aspectos definitorios del test de replicabilidad aplicable a los servicios NEBA fibra y NEBA local se concretarían en la metodología que se apruebe a tal efecto. A tal fin, "la CNMC incoará un expediente específico con el objeto de analizar y determinar los detalles de esta metodología".

Con fecha 11 de mayo de 2016, mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) se inició el procedimiento administrativo de aprobación de la metodología para la aplicación del test de replicabilidad económica de las ofertas comerciales de Telefónica.

Mediante Resolución de 10 de enero de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC adoptó la Resolución por la cual se aprueba la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local. Esta Resolución está vigente desde el día siguiente a su publicación en el BOE, es decir, desde el 19 de enero de 2017. El plazo dado en dicha Resolución para el desarrollo de NEBA local es de 12 meses, por lo que el servicio mayorista deberá estar operativo el 19 de enero de 2018.

La resolución tiene por objeto delimitar, de forma provisional, la referencia de precios máximos que resultaría de aplicación al servicio mayorista NEBA local, a partir de la fecha en que dicho servicio estaría disponible y hasta se finalizara el procedimiento. Señala que la medida provisional no se extiende al otro servicio mayorista regulado soportado sobre la red de fibra de Telefónica (servicio NEBA fibra), para el cual ya existe una referencia



de precios (resolución de 30 de enero de 2014 por la que se revisan los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GigADSL, ADSL-IP y NEBA, así como Resolución OFE/DTSA/003/16/PRECIO CAPACIDAD NEBA de 10 de enero de 2017 sobre la revisión del precio de la capacidad en PAI del servicio de banda ancha mayorista NEBA), manteniéndose los precios disponibles para el servicio NEBA fibra hasta el momento en que la CNMC adopte una medida definitiva relativa a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica.

Tras la enumeración de la normativa de habilitación competencial, se razona que concurren los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar, como son: existencia de apariencia de buen derecho o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida; previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer; proporcionalidad e idoneidad de la medida.

Se justifica la apariencia de buen derecho, en la necesidad de garantizar la protección de los servicios de telecomunicaciones en libre competencia, y en el hecho de que el servicio NEBA local deberá estar operativo desde el 19 de enero de 2018. La CNMC se encuentra elaborando la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica, en el seno del presente expediente, y vistos los plazos tasados para la aprobación el procedimiento no finalizaría antes del 19 de enero de 2018, siendo indispensable establecer una referencia de precios para el citado servicio mayorista, en caso contrario, la inexistencia de una referencia de precios verificada por la CNMC podría desincentivar o retrasar la contratación de un servicio fundamental para el pleno desarrollo de los mercados de banda ancha.

La urgencia y necesidad se razona en la implantación desde el 19 de enero de 2018 del servicio NEBA local, y la falta de concreción de los precios mayoristas afectaría al principio de seguridad jurídica, por cuanto la determinación por Telefónica del precio de acceso al servicio NEBA local de manera unilateral podría dar lugar a la fijación de un precio excesivamente alto, que no guardara relación alguna con el precio en función del cual Telefónica comercializa sus ofertas minoristas de banda ancha, lo que provocaría distorsiones contrarias a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de competencia efectiva.

Considera proporcional la medida al ceñirse a lo estrictamente necesario para asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones que la CNMC fijó en la Resolución de los mercados 3 y 4, en particular en lo que se refiere a la puesta a disposición de los operadores alternativos del servicio mayorista NEBA local, dado el carácter transitorio, y garantiza a Telefónica el abono de una contraprestación económica razonable por el acceso a un servicio mayorista regulado, como es el servicio mayorista NEBA local, a partir del momento en que el mismo esté disponible. Y se ciñe a la determinación del precio de un insumo (el servicio NEBA local) que en la actualidad no se encuentra aún disponible y sobre el que no existen referencias en materia de precios. La medida así planteada no se extiende por consiguiente al otro servicio mayorista sujeto a un test de replicabilidad económica (el servicio NEBA fibra), al existir para este servicio una referencia de precios que permitirá su contratación mientras se procede a la adopción de la medida definitiva relativa al procedimiento OFMIN/DTSA/004/16.

**SEGUNDO.-** La demanda señala como antecedente de la resolución impugnada la de 24 de febrero de 2016, por la que se aprobó la tercera revisión de revisión del mercado de acceso local al por mayor en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (expediente ANME/DTSA/2154/14), que traspuso la Recomendación CE de 11 de septiembre de 2013, estableciendo el cambio de modelo de precios regulados ex ante, para los servicios mayoristas sobre redes de nueva generación, al modelo basado en el test de replicabilidad. Entiende que la CNMC estaba obligada a trazar una hoja de ruta para guiar el cambio metodológico que salvaguardara la competencia en todo momento. Entiende que la Resolución de 24 de febrero de 2016, apenas regula la forma en que se iba a proceder a la transición entre el modelo de precios regulados ex ante y el nuevo modelo basado en el test de replicabilidad, careciendo de hoja de ruta, lo que no fue inocuo para operadores alternativos, y sin prever medida compensatoria alguna. El proceso de implantación del nuevo modelo de regulación en los mercados mayoristas no fue regulado adecuadamente e incurrió en retrasos imputables a la CNMC, a pesar de ello, la Administración no ha adoptado medida alguna tendente a compensar los daños que esta actuación ha provocado.

La medida provisional adoptada fija precios provisionales solo para NEBA local, con una cuota de acceso de 19,93 euros, que era la vigente para NEBA fibra, cuando desde abril de 2017, trámite para información pública, fijaba un precio máximo de replicabilidad de 17,52 euros, y el 21 de diciembre de 2017 remitía proyecto de medida que consideraba precio máximo de 16,38 euros, lo que ha determinado un enriquecimiento injusto de Telefónica.

Sostiene que la CNMC se ha apartado de sus propios precedentes al dictar la Resolución de 21 de diciembre de 2017. En la segunda revisión de los mercados mayoristas de banda ancha, Resolución de 22 de enero de 2009, la CMT adoptó medidas cautelares ante el retraso con el que se estaba implantando, no solo para el



nuevo servicio NEBA, por resolución de 19 de julio de 2012, sino también en relación con los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP por resolución de 3 de mayo de 2012. Cuando en 2008 se aprobaron los nuevos precios de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA), se acordó que su aplicación se retrotrajese al momento en que se aprobaron medidas cautelares en el expediente, para evitar daños a los operadores alternativos.

La Resolución de 21 de diciembre de 2017 ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 14.1.e) de la LGTel; el artículo 11 del Reglamento de Mercados; el artículo 13 de la Directiva de Acceso; y la Recomendación CE, al permitir el mantenimiento de un precio para los servicios NEBA fibra y NEBA local, que la propia CNMC reconocía que no permitían la replicabilidad de las ofertas.

La Resolución de 21 de diciembre de 2017 ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LPAC, el artículo 5.6 del Reglamento de Mercados y el artículo 7.6 de la Directiva Marco, al no adoptar las medidas cautelares solicitadas por Orange aun cuando concurrían todos los elementos requeridos por la Ley y la jurisprudencia al respecto. Solicitó que se adoptase un precio cautelar de 17,52 euros para la cuota de los servicios NEBA fibra y NEBA local, de acuerdo con el precio que la CNMC estableció en el Documento para Información Pública como precio máximo que permitía la replicabilidad de las ofertas; y que, en caso contrario, se adoptase una aplicación retroactiva de los nuevos precios que se fijasen, a la fecha en que se aprobase la medida cautelar o, subsidiariamente, a 19 de enero de 2018, fecha en que debía estar disponible el servicio NEBA local.

La Resolución impugnada supone un incumplimiento de las funciones de la CNMC atribuidas por la LGTel y la Ley 3/2013. Al mantener a sabiendas unos precios sobredimensionados durante toda la tramitación del expediente, la CNMC no ha dado cumplimiento a sus funciones, al no haber adoptado las medidas necesarias para mantener el correcto funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones al permitir durante meses una situación en la que los operadores alternativos estaban abonando a Telefónica cuantías mucho más elevadas de lo que sería legalmente exigible.

Falta de motivación adecuada de la medida cautelar. Es una contradicción declarar en el trámite de información pública, que una cuota superior a 17,52 euros no garantiza la replicabilidad de las ofertas y, al mismo tiempo, imponer una cuota de 19,93 euros para el servicio NEBA local. Existe un deber especial de motivación al haberse apartado del precedente.

El retraso en la aprobación del procedimiento ha permitido la aplicación de unos precios que no permiten la replicabilidad. Ha permitido un precio sobreestimado. No acordó ninguna medida cautelar en relación con el servicio NEBA fibra, y la única medida que adoptó en relación con el servicio NEBA local fue la fijación de un precio sobreestimado; y no acordó posteriormente ninguna medida que compensase el daño que la vigencia de esos precios sobreestimados causó.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado se opone manifestando que la plena efectividad de las obligaciones contempladas en la Resolución de los mercados 3 y 4 estaba supeditada a la implementación de determinadas medidas de ejecución (diseño de la oferta NEBA local, aprobación de la metodología de análisis de las ofertas comerciales de Telefónica), dicha Resolución previó expresamente los precios que resultarían de aplicación a los servicios mayoristas ya existentes (en particular, el servicio NEBA fibra) hasta la adopción de las citadas medidas de ejecución, en particular en el Anexo 5. Dado que el servicio NEBA fibra ya disponía de un precio a nivel mayorista, las medidas provisionales se centraron en la determinación del precio del otro servicio mayorista regulado (el servicio NEBA local), para el cual no existía una referencia y que, sin embargo, iba a estar disponible de manera inminente. Para dicho servicio NEBA local, se optó por fijar cautelarmente un precio que resultara equiparable al precio que ya estaba en vigor para el servicio NEBA fibra (dada la estrecha vinculación entre los dos servicios).

La CNMC ya estaba aplicando un test de replicabilidad a las ofertas de banda ancha de Telefónica con anterioridad a la aprobación de la Resolución de 6 de marzo de 2018. La Resolución de 3 de julio de 2014 detalla de manera específica los criterios para analizar las ofertas de banda ancha que se basan en el servicio mayorista NEBA fibra. La cuota mensual de 19,93 euros para el servicio NEBA fibra, a la que Orange alude, cumplía por tanto con el requisito de replicabilidad conforme a la metodología que estaba aún vigente en el momento de adopción de las medidas provisionales. La cuota mensual de 19,93 euros para el servicio NEBA local que se estableció en sede provisional -es decir, el mismo precio que en el caso de NEBA fibra- fue también contrastada conforme al test de replicabilidad que se aplicaba en ese momento. La supuesta sobreestimación del precio de NEBA fibra a la que se refiere Orange en su recurso se basa en las estimaciones preliminares realizadas durante la fase de instrucción del expediente relativo al nuevo test de replicabilidad. Se pretende dar un carácter concluyente y definitivo a estimaciones preliminares.

Sobre los precedentes invocados se manifiesta ser distintas las situaciones entre los distintos expedientes.





Rechaza el resto de motivos del recurso sobre la base de que se parte de la premisa errónea de entender que hubo un sobredimensionamiento de precios aplicables.

Telefónica de España se opone a la demanda negando la existencia de enriquecimiento injusto. Entiende que la medida adoptada es ajustada al Ordenamiento jurídico, y que se encuentra debidamente motivada.

**CUARTO.-** Hemos de comenzar señalando, como ponen de manifiesto todas las partes, que el origen de la Resolución de medidas provisionales impugnada, y de la posterior Resolución de 6 de marzo de 2018, expediente OFMIN/DTSA/004/16, por la que se aprueba con carácter definitivo la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial, se encuentra en la Resolución de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (mercados 3 y 4). Dicha resolución entró en vigor el 4 de marzo de 2016, tiene a su vez su origen en la Recomendación CE de 11 de septiembre de 2013 relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha, a fin de tomar en consideración los mayores riesgos inversores asumidos por un agente a la hora de llevar a cabo el despliegue de una nueva red de fibra óptica en un entorno de mercado liberalizado.

En la citada Resolución 24 de febrero de 2016, entre otras medidas, se configura un nuevo servicio mayorista de acceso, el servicio mayorista de acceso desagregado virtual al bucle de fibra óptica (FTTH), denominado NEBA local, y se produce un profundo cambio en relación con los precios de los servicios mayoristas de Telefónica soportados sobre su nueva red de fibra óptica. En particular, en contraposición con la regulación anterior, la determinación de los precios de los servicios de fibra deja de regirse por el principio de orientación a costes, para pasar a que Telefónica, como operador con poder significativo de mercado sea la que fije los precios, con el límite de que los precios que Telefónica pueda fijar han de pasar el test de replicabilidad económica por parte de la CNMC, conforme a una metodología pública y previamente definida por dicho organismo.

La implementación de la Resolución de 24 de febrero de 2016, no pudo llevarse a cabo de forma inmediata. Siendo necesario aprobar la Resolución de 10 de enero de 2017, por la cual se aprueba la oferta de referencia del servicio mayorista NEBA local. E igualmente era necesario el desarrollo de una metodología para la determinación del test de replicabilidad económica, que se adoptó por resolución de 6 de marzo de 2018, en este último procedimiento, y ante la previsión de que no concluiría antes de que el servicio NEBA local estuviese operativo, el 19 de enero de 2018, se adoptó la medida cautelar que se recurre.

Es objeto del presente recurso la resolución la resolución de 21 de diciembre de 2017 CNMC, de adopción de medidas provisionales en el marco del procedimiento relativo a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica, por lo que las deficiencias denunciadas en la demanda relativas a los defectos, en que a juicio de la demandante incurría la resolución de 24 de febrero de 2016, por falta de regulación adecuada de la transición en el modelo de precios, no pueden ser objeto de análisis en el presente recurso.

**QUINTO.-** La demandante sostiene que la resolución adopta medidas cautelares exclusivamente para el servicio de NEBA local, sin adoptar medida alguna respecto del servicio de NEBA fibra. Y que mantiene la cuota de 19,93 euros, que se encontraba desfasada, habiéndose reconocido por la propia CNMC un precio de 17,52 euros, en el trámite de información pública de 28 de abril de 2017. Dicho importe de 19,93 euros es el que se fija para el servicio de NEBA local. Sostiene se fija una cuota sobre dimensionada que ha supuesto un enriquecimiento injusto para Telefónica toda vez que la cuota para los servicios NEBA fibra y NEBA local, quedó fijada en 17,57 euros por resolución de 25 de abril de 2018, sin que se adoptaran medidas que permitieran corregir con posterioridad el daño causado retro trayendo la cuota aprobada al momento en que se dictó la medida cautelar. La resolución adolece de motivación.

La motivación es necesaria para el debido conocimiento de los interesados y para la posible defensa de sus derechos, y la misma debe darse con la amplitud necesaria para tal fin, esto es, no se exige que dicha motivación sea extensa, siendo bastante una motivación sucinta.

Hay que tener en cuenta que la motivación es un medio de control de la causa de los actos, de tal modo que su ausencia origina una situación de indefensión para los afectados que la Constitución prohíbe en el artículo 24. La motivación es la base para controlar los elementos reglados del acto, obviamente sometidos al ejercicio de las facultades revisoras de la instancia Jurisdiccional. Cumple diferentes funciones. Desde el punto de vista interno, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, y desde un punto de vista externo, da a conocer al interesado las razones de la decisión para que pueda ejercitar con plenas garantías el derecho de defensa.



El deber de motivación de las resoluciones no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todas las alegaciones de las partes, siendo suficiente un razonamiento jurídico que permita conocer los criterios en virtud de los cuales se adopta la decisión.

La resolución impugnada justifica la competencia de la CNMC, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), "garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios", y el artículo 70.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), otorga las funciones de definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas; identificar al operador u operadores que posean un poder significativo cuando en el análisis se constate que el mercado no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva; así como, en su caso, establecer obligaciones regulatorias a los mismos. Pudiendo dictar medidas provisionales de acuerdo con el artículo 72 de la Ley 30/1992, y artículo 5.6 del Reglamento de mercados.

Se razona que concurren los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar, como son: existencia de apariencia de buen derecho o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida; previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer; proporcionalidad e idoneidad de la medida. Razonamientos suficientes y adecuados para la adopción de la medida adoptada y que han sido resumidos en el Fundamento de Derecho Primero, al que nos remitimos.

Por lo que se refiere a la exclusión de la medida provisional al servicio de MEBA fibra, la resolución sí que motiva las razones por las que no se extiende al referido servicio. Así señala: "La presente medida provisional no se extiende al otro servicio mayorista regulado soportado sobre la red de fibra de Telefónica (servicio NEBA fibra), para el cual ya existe una referencia de precios. A este respecto, y de conformidad con lo previsto en la Resolución de los mercados 3 y 4, los precios disponibles para el servicio NEBA fibra se mantendrán vigentes hasta el momento en que la CNMC adopte una medida definitiva relativa a la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica".

Dicho fundamento es consecuente con lo previamente establecido en la Resolución de 24 de febrero de 2016, en cuya Anexo 5 dispone: "Hasta que la CNMC proceda a la adopción de una metodología de análisis de las ofertas comerciales de Telefónica soportadas sobre su red de fibra óptica, y se produce la implantación del servicio NEBA local, resultarán de aplicación los precios en vigor del servicio NEBA, sin perjuicio de la facultad de la CNMC para modificar los precios relativos a elementos comunes a los accesos de cobre, como los servicios soporte." En aplicación de dicha resolución los precios aplicables al servicio NEBA fibra que se encontraba disponible se mantenían hasta estuviera aprobada la nueva metodología. Resulta, por tanto, correcta la decisión de limitar la fijación de medidas provisionales al nuevo servicio de NEBA local, encontrándose suficientemente motivado.

El razonamiento expuesto, suponen motivación suficiente respecto de los motivos por los que no se ha seguido el criterio precedente alegado en la demanda de la segunda revisión de mercados, en la que se adoptó medidas cautelares respecto de todos los servicios mayoristas.

**SEXTO.-** Por lo que se refiere a la alegación de mantenimiento de la cuota de 19,93 euros, que la demandante considera desfasada y desproporcionada, la resolución justifica dicha decisión señalando "A tal fin, se ha llevado a cabo un análisis basado en los principios y criterios contenidos en la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica actualmente vigente, tomándose asimismo en cuenta los parámetros aprobados en la última actualización semestral llevada a cabo por esta Comisión (Resolución de 25 de julio de 2017, sobre la revisión semestral de parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U) .... Por otro lado, desde un punto de vista técnico, los conceptos de las ofertas NEBA local y NEBA fibra que se corresponden con las cuotas de acceso son asimilables entre sí.... Por ello, el que la cuota de acceso de NEBA local que se plantea en la presente medida provisional se encuentre referenciada a la del servicio NEBA fibra resulta coherente con los principios que se exponen en dicha consulta pública". En el Anexo al dar respuesta a las alegaciones de los operadores señala que "las previsiones contempladas en la nueva metodología -y las nuevas condiciones económicas que de su aplicación se deriven- no resultarán de aplicación hasta que la misma haya sido formalmente aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria. La propuesta de la DTSA sometida a audiencia en fecha 30 de noviembre de 2017 ponía igualmente de manifiesto las razones por las que el análisis de replicabilidad llevado a cabo en el momento actual debe efectuarse sobre la base de los principios y criterios contenidos en la metodología aún vigente (incluyendo los parámetros aprobados en la última actualización semestral llevada a cabo por la CNMC). Cabe en particular recordar que el informe remitido a los interesados en fecha 28 de abril de 2017 contiene una propuesta de la DTSA, que está aún pendiente de aprobación por parte del órgano decisorio de la CNMC en materia de telecomunicaciones, esto es la Sala de Supervisión Regulatoria".



Se justifica, por tanto, la fijación de la cuota en la aplicación "de los principios y criterios contenidos en la metodología aún vigente", y que rigen para NEBA fibra al ser asimilables ambas ofertas desde un punto de vista técnico. Además, el precio de 17,52 euros, fijado en el trámite de información pública de 28 de abril de 2017, es de carácter provisional y no se encuentra aprobado por el órgano decisorio.

Por último, en relación a la replicabilidad del precio provisional fijado se señala en la resolución "En lo que respecta a las alegaciones concernientes a la replicabilidad, el hecho de que el precio de 19,93 euros que se establece en sede provisional sea superior a los 17,52 euros que figuran en la consulta pública de 28 de abril de 2017 no implica que el primero de estos precios no permita a un operador alternativo replicar los productos de banda ancha de Telefónica. Como se indicó en el informe de audiencia, los parámetros utilizados en la consulta pública de 28 de abril de 2017 están alineados con los utilizados en la metodología vigente. Sin embargo, debe distinguirse entre los parámetros que utilizan ambas metodologías -que se encuentran alienados- y los criterios de interpretación que aplican cada una de ellas. La metodología vigente y la propuesta en la consulta pública de 28 de abril de 2017 presentan diferentes naturalezas, y ello supone la aplicación de unos criterios de análisis distintos".

Debe entender, en consecuencia, correcta la fijación del precio provisional de NEBA local, en 19,93 euros, toda vez que se han seguido criterios de metodología vigente, y se hace coincidir con el precio de MEBA fibra, expresamente mantenido en el Anexo 5 de la Resolución de 24 de febrero de 2016, ante la correspondencia desde un punto de vista técnico de los conceptos de las ofertas NEBA local y NEBA fibra.

**SÉPTIMO.-** Por lo que se refiere a la separación del precedente de aplicación retroactiva de precios al momento de aprobación de las medidas cautelares acordada en anterior resolución de 27 de marzo de 2008, por la que se aprobaba la revisión de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA) de Telefónica, hemos de señalar que la resolución impugnada si contiene motivación de las razones por las que no se acuerda la retroacción pretendida.

En el Anexo se señala: "Dado que la presente medida provisional se limita por consiguiente al servicio NEBA local, la regularización de los precios de dicho servicio mayorista una vez se proceda a la adopción de la resolución definitiva daría lugar a posibles divergencias a nivel regulatorio entre dos productos mayoristas (el NEBA local y el NEBA fibra) que se encuentra íntimamente relacionados. La regularización de los precios del NEBA local una vez se adopte la medida definitiva no es por otra parte una medida que se estime proporcionada o que resulte necesaria, habida cuenta del carácter incipiente de este servicio (respecto del cual no se empezarán a producir contrataciones hasta enero del 2018). Debe por último señalarse que la decisión acerca de la conveniencia de proceder o no a la regularización de los precios de los servicios mayoristas regulados ha de evaluarse caso a caso y compete en última instancia al regulador sectorial. A este respecto, la adopción de una medida de esta índole no está justificada en el presente procedimiento, habida cuenta de que -en contraposición con el precedente invocado por Vodafone- no se ha detectado la existencia de incumplimientos por parte de Telefónica de los que este agente pueda beneficiarse (por ejemplo en lo que se refiere al sometimiento estricto a las obligaciones de control de precios), ni los actos procedimentales que quedarán pendientes a partir de la adopción de las presentes medidas dependen de la actuación del operador declarado con poder significativo de mercado en los mercados de referencia, sino de la propia Administración."

Existe una motivación expresa de las razones de no acordar la regularización de precios definitivos que se fijaran definitivamente, indicándose los aspectos que difieren del caso de autos respecto de la apreciado en el año 2007, y que justifican la decisión.

Además, debemos destacar que la resolución impugnada se limita a fijar con carácter provisional los precios, esto es, se dictan "para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer" ( art. 72.1 Ley 30/92), así como para "preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios" ( art. 5.6 Reglamento sobre mercados, Real Decreto 2296/04), sin que en el momento de su dictado se hubiera aprobado la metodología para la aplicación del test de replicabilidad económica, en cuyo procedimiento se dicta la medida cautelar, ni se había fijado el precio definitivo, lo que no se haría hasta la resolución de 25 de abril de 2018, no siendo posible acordar en un resolución cautelar el carácter retroactivo de resoluciones posteriores que pongan fin a los procedimientos en que se dicta dichas medidas cautelares, debiendo ser, en su caso, dichas resoluciones finales las que determinen si procede dotarlas de efectos retroactivos. El precedente señalado, no fijaba dicho efecto retroactivo en la medida cautelar adoptada sino en la resolución que ponía fin al procedimiento.

**OCTAVO.-** Se mantiene que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 14.1.e) de la LGTel; el artículo 11 del Reglamento de Mercados; el artículo 13 de la Directiva de Acceso; y la Recomendación CE sobre la consideración de que se ha mantenido un precio para los servicios NEBA fibra y NEBA local que no permitían la replicabilidad de las ofertas.



La resolución adopta una medida cautelar por la necesidad de garantizar la protección de los servicios de telecomunicaciones en libre competencia, al tener que estar operativo el servicio NEBA local el 19 de enero de 2018 y no estaría elaborada la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica, considerando necesario establecer una referencia de precios para el citado servicio mayorista, pues en caso contrario, la inexistencia de una referencia de precios verificada por la CNMC podría desincentivar o retrasar la contratación de un servicio fundamental para el pleno desarrollo de los mercados de banda ancha.

Estando disponible el precio de NEBA fibra, cuyo precio fue mantenido por la Resolución de 24 de febrero de 2016 ante la correspondencia desde un punto de vista técnico de los conceptos de las ofertas NEBA local y NEBA fibra 2016, fue correcta la decisión de mantener el mismo, como se ha puesto de manifiesto en fundamentos anteriores, precio que no se ha acreditado que impidiera la replicabilidad. Dicho precio se aplica en un pequeño lapso temporal hasta la aprobación de la metodología para la determinación del test de replicabilidad.

El resto de motivos alegados por la demandante, se basan en la premisa de que el precio fijado provisionalmente se encuentra sobredimensionado, sobre la base de estimaciones preliminares en la tramitación del expediente y deben ser rechazados, por cuanto como hemos señalado en los fundamentos anteriores la forma de proceder de la CNMC, fue correcta, al partir de los precios fijados para NEBA fibra vigentes aprobados según la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica vigente en el momento del dictado de la resolución.

**NOVENO.-** De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

## FALLAMOS

**Que debemos DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **ORANGE ESPAGNE, S.A.U** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **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.