



Roj: **SAN 934/2022 - ECLI:ES:AN:2022:934**

Id Cendoj: **28079230082022100109**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/02/2022**

Nº de Recurso: **258/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000258 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03177/2020

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA,

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil veintidós.

Visto el recurso contencioso administrativo nº **258/20**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora D^a. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de la entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 23 de enero de 2020, relativa a la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de TELEFÓNICA comercializados en el segmento residencial.

La Administración demandada ha estado dirigida y representada por el ABOGADO DEL ESTADO.

Se ha personado como parte codemandada la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL), representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. **Ana Isabel Gómez García**, Magistrada de la Sección.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo, se interpuso por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de enero de 2020, relativa a la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de Derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que:

(i) *Anule la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de enero de 2020 relativa a la segunda revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de TELEFÓNICA comercializados en el segmento residencial, así como la Hoja Excel de fecha 12 de febrero de 2020 notificada mi representada el 14 de febrero de 2020.*

(ii) *Determine que la CNMC debe facilitar a Telefónica el desarrollo completo del cálculo de los VAN cada vez que se aplique el ERT, con independencia de que el resultado sea positivo (la oferta de Telefónica supera el Test) o negativo (no lo supera).*

(iii) *Imponga las costas a la Administración demandada.*

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dicte sentencia por la que desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto; con expresa imposición de costas.

CUARTO: La asociación codemandada, ASTEL, contestó la demanda, oponiéndose a ella y, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho, suplicó se dicte sentencia en cuya virtud se desestime el citado recurso de TESAU, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO: No habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 23 de febrero del año en curso, en que se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de enero de 2020, dictada en el procedimiento relativo a segunda revisión de parámetros del ERT.

En dicha resolución se **RESUELVE:**

«**PRIMERO.-** Aprobar la actualización de los valores actuales netos de los productos BAU emblemáticos de Telefónica que se incluyen en el Anexo I de la presente Resolución, calculados conforme a los principios establecidos en la Resolución de 6 de marzo de 2018 por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica de España, S.A.U. comercializados en el segmento residencial.

SEGUNDO.- Declarar que los precios de los servicios NEBA local y NEBA fibra actualmente vigentes cumplen con la condición de replicabilidad, por lo que estarán en vigor hasta la aprobación de la siguiente revisión de parámetros, sin perjuicio del plazo de 15 días naturales con que cuenta Telefónica para, en su caso, notificar a la CNMC y a los operadores alternativos modificaciones en los precios de estos servicios.

TERCERO.- Aprobar la actualización de los valores actuales netos de los productos emblemáticos de cobre de Telefónica, que se incluyen en el Anexo II de la presente Resolución, calculados conforme a los principios establecidos en la Resolución de 6 de marzo de 2018 por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica de España, S.A.U. comercializados en el segmento residencial.

CUARTO.- Establecer una duración máxima de dos tercios de la temporada correspondiente para las ofertas promocionales que recaigan sobre empaquetamientos que incluyan canales Premium con contenidos deportivos, según lo previsto en el apartado III.5.1 de la presente Resolución.

QUINTO.- Modificar el contenido y los plazos de entrega periódica de información del Anexo IV de la Resolución de 6 de marzo de 2018 según los términos establecidos en el apartado III.5.2 de la presente Resolución.



SEXTO.- Instar a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual a dar traslado a Telefónica de la hoja de cálculo donde se detalla la información empleada por esta Comisión a la hora de efectuar el análisis de replicabilidad económica de los productos BAU emblemáticos. La hoja de cálculo deberá contener los datos correspondientes a los parámetros señalados como confidenciales en el Anexo V de la presente Resolución, y utilizará como referencia los precios mayoristas de NEBA local y NEBA fibra que, transcurrido el plazo de 15 días naturales establecido en la presente Resolución, resulten aplicables hasta la siguiente revisión de parámetros.»

En los "Antecedentes" de la resolución se expone, en síntesis, que:

- Con fecha 6 de marzo de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC adoptó la Resolución por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas. Dicha resolución prevé la revisión semestral de los parámetros utilizados en dicho test de replicabilidad. Para acometer tal revisión, impone a Telefónica la obligación de entregar con carácter periódico información actualizada de diversa índole, según las especificaciones recogidas en el Anexo IV de la Resolución. La primera revisión de los parámetros tras la aprobación del ERT se aprobó el 3 de abril de 2019.

- El día 15 de marzo de 2019 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Telefónica a través del cual se ponían en disposición de la Comisión los datos correspondientes al requerimiento de información semestral al que se refiere el Anexo IV de la Resolución del ERT correspondientes al segundo semestre de 2018. Con fecha 30 de agosto de 2019 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Telefónica con la información del requerimiento semestral correspondiente al primer semestre de 2019. Mediante escritos de fechas 15 de abril, 20 de mayo y 20 de junio de 2019, Telefónica aportó la información adicional requerida por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual sobre diversos aspectos relacionados con los datos suministrados el día 15 de marzo de 2019.

- Iniciado el expediente de revisión de los parámetros, el 7 de octubre de 2019 se dio traslado del informe de audiencia de la DTSA a los distintos interesados, con el fin de que presentaran las alegaciones.

En los "Fundamentos Jurídicos", se razona sobre la competencia de la CNMC, indicando que el análisis de replicabilidad que lleva a cabo la Comisión se concreta en el cálculo del VAN de los productos BAU calificados como emblemáticos; en lo que respecta a las ofertas prestadas sobre la red de cobre, la Resolución del ERT modifica y renueva la metodología hasta entonces existente, extendiendo a las ofertas de cobre la aplicación de determinados criterios empleados para analizar las ofertas de fibra. Que la Resolución del ERT prevé la revisión periódica de los parámetros utilizados en el test, la actualización del listado de productos BAU emblemáticos (y de productos emblemáticos de cobre) y el recálculo de sus respectivos VAN. La primera revisión de los parámetros tras la aprobación del ERT se aprobó el 3 de abril de 2019. Por consiguiente, la Comisión resulta competente para proceder a la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial.

Se expone que las cifras aportadas por Telefónica constatan la alta demanda por parte de los operadores alternativos de servicios mayoristas de banda ancha fija de fibra óptica, y que se puede apreciar la creciente importancia del servicio NEBA local, en su forma comercial o regulada, como solución mayorista preferida por los operadores que solicitan acceso a la red de Telefónica.

Que la Resolución del ERT establece que *"la variable correspondiente al precio mayorista de los servicios NEBA local y NEBA fibra que se utilizará en el ERT se determinará a partir del ingreso medio por línea y mes obtenido por Telefónica en el último semestre de referencia"*; para calcular este ingreso medio, los conceptos que se toman en consideración son la cuota mensual, de alta y de baja generados por todos los operadores demandantes de acceso; y que, en esta revisión, se mantienen los ingresos mayoristas de 17,57 euros mensuales correspondientes a la cuota de acceso y los 0,95 euros mensuales por otros conceptos (cuotas de alta y baja). Que, en relación con NEBA fibra, la Resolución del ERT establece que *"a igualdad de precio de acceso mensual para ambos servicios, el ERT considerará que la replicabilidad de un producto BAU emblemático mediante NEBA local también asegura su replicabilidad a partir de NEBA. En opinión de esta Sala, la consistencia entre los costes de red adicionales en los que un operador alternativo debe incurrir para prestar su servicio a partir de NEBA local y el precio por capacidad asociado al servicio NEBA permite adoptar este criterio, que dota al ERT de mayor simplicidad práctica y certidumbre para los operadores"*; que, dado que actualmente los precios de acceso de ambos servicios son coincidentes, la única referencia mayorista a considerar en esta revisión de parámetros es la del NEBA local, pues la replicabilidad del servicio NEBA local asegura la replicabilidad del servicio NEBA fibra.

En cuanto a los servicios minoristas de referencia, se señala que en la citada Resolución del ERT se establece que el listado de productos BAU emblemáticos conforme a los criterios 1 y 3 debe ser actualizado en el



seno de los procedimientos de revisión de parámetros, así como la actualización del listado de productos emblemáticos de cobre; se incluye una tabla de productos BAU de Telefónica más contratados, hasta alcanzar el umbral del 80% de la planta de clientes de fibra de este operador, así como la media de clientes durante el primer semestre de 2019, y una tabla de productos emblemáticos de cobre.

Se explica la actualización del resto de parámetros considerados en el test de replicabilidad; así como el tratamiento de ofertas promocionales.

Se analizan las alegaciones de los operadores, a las que la Comisión da respuesta; se afirma que tanto los productos BAU emblemáticos como los productos emblemáticos de cobre superan el test de replicabilidad, por tanto, los precios de los servicios NEBA local y/o NEBA fibra resultan suficientes como para que un operador alternativo eficiente pueda replicar los productos BAU emblemáticos de Telefónica: que no cabe proceder al ajuste de los precios mayoristas de estos servicios; que si Telefónica estima conveniente modificar los precios mayoristas de NEBA local y/o NEBA fibra, dispone de 15 días naturales, a contar desde la fecha de notificación de la Resolución, para notificar la medida a la CNMC y a los operadores alternativos; en este caso, Telefónica deberá ajustarse a las condiciones contenidas en la Resolución del ERT a propósito de las modificaciones de precios de NEBA local y NEBA fibra.

SEGUNDO: En el escrito de demanda de este recurso impugna la entidad actora la anterior resolución, invocando los siguientes motivos:

1.- La resolución impugnada vulnera los principios de objetividad, transparencia, entorno regulatorio previsible y seguridad jurídica.

Se alega que para Telefónica se hace imprescindible conocer en detalle cómo se realiza el análisis de replicabilidad antes de lanzar cualquier nuevo producto o promoción; que el conocimiento limitado sobre la categorización de un nuevo producto dentro de una familia u otra de productos, sobre la consideración de dicha familia como emblemática o no, así como de los estándares de coste que se aplican para determinar si el test aplicado a dicha familia es positivo o negativo, puede determinar resultados inesperados y de un impacto muy relevante en las cuentas de la compañía. Que las distintas resoluciones emitidas por CNMC en lo concerniente al test de replicabilidad económica (ERT) no permiten a Telefónica calcular por sí misma el resultado de la aplicación del mismo, lo que impide prever las implicaciones de sus actuaciones en el mercado minorista sobre el precio de sus servicios mayoristas, así como comprobar la exactitud de los cálculos realizados por la CNMC; con ello, Telefónica queda obligada a enfrentarse al mercado en una clara situación de inseguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contrario al artículo 9.3 de la Constitución Española.

Que los principios que deben guiar la regulación en materia de telecomunicaciones quedan fijados en la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco) en el artículo 8.5, así como en la Ley General de Telecomunicaciones en su artículo 68.3, en la Recomendación de 2013 de la Comisión Europea, que establece las bases que deben seguir las autoridades nacionales de reglamentación al fijar el ERT. El principio de transparencia exige que los interesados dispongan de la información necesaria para conocer el alcance y previsible aplicación de la obligación impuesta al operador con PSM; la información que la CNMC tiene que facilitar a Telefónica no puede ser la misma que la disponible para los operadores alternativos, porque el cálculo del VAN exige disponer de una gran cantidad de datos internos de Telefónica que tienen una gran sensibilidad comercial; pero el operador con PSM tiene que disponer de la información necesaria respecto del contenido de su obligación, en este caso, para hacer el cálculo por sí mismo y poder conocer si el cálculo ha sido correcto. La falta de transparencia de la Resolución impugnada provoca falta de flexibilidad en la oferta minorista de Telefónica que genera un claro perjuicio para los consumidores, a los que se les impide acceder a productos con condiciones más ventajosas.

Denuncia la incertidumbre generada por la delimitación de productos emblemáticos, con referencia a la Resolución del ERT.

2.- La inseguridad jurídica se agrava por la realización de modificaciones sobre la metodología sin seguir el debido procedimiento.

Alega la recurrente que la incertidumbre provocada por la indefinición de la resolución que recogía la metodología (Resolución del ERT), se agravó con la primera revisión de parámetros y, especialmente, con esta segunda revisión que aquí se impugna. Que no son admisibles modificaciones que alteran sustancialmente el resultado del test de replicabilidad en curso y que, por tanto, conducen a Telefónica a una total incertidumbre y, en todo caso, esas modificaciones que son admisibles deberían seguir el procedimiento establecido a tal efecto; el procedimiento debe ser específico y análogo al que correspondió a la aprobación de la metodología inicial, en la Resolución del ERT de 6 de marzo de 2018, por cuanto subyacerían los mismos motivos que justificaron la incoación de aquél. Que en la resolución por la que se aprueba la segunda revisión de parámetros



se han producido modificaciones sobre conceptos del test de replicabilidad tan básicos como producto y promoción, así como sobre sus correspondientes valoraciones.

Que en la Resolución del ERT se opta por una definición amplia de producto susceptible de ser sometido al test de replicabilidad, mientras que en la resolución impugnada se mantienen diferenciados los productos Selección y Base, que presentan unas comunicaciones electrónicas idénticas en el momento de referencia para el test (1 de septiembre de 2019), presentando como Anexo III de la Resolución un listado de las promociones que Telefónica ha realizado sobre los productos Fusión Base 100Mb y Fusión+1 100Mb; que la aparición de dicho Anexo en la versión accesible para todos los interesados, así como para cualquier ciudadano a través de la web de CNMC, es contraria al principio de confidencialidad que rige el procedimiento, pues, aunque se trate de promociones que se han informado en períodos pasados, algunas están vigentes; que este nuevo concepto de producto, en el que, además de la referencia de las comunicaciones electrónicas, se incorporan nuevos criterios para la pertenencia a una familia u otra de los productos individuales, no se puede entender comprendido en la Resolución del ERT. Que el desdoblamiento de las familias Fusión Base y Fusión+1 supone una modificación conceptual que conlleva que se deba garantizar la replicabilidad de seis familias (Fusión Base Máxima Velocidad, Fusión Base 100Mb, Fusión Base 600Mb, Fusión+1 Máxima Velocidad, Fusión+1 100Mb y Fusión+1 600Mb), donde sólo procedería monitorizar tres; los posibles márgenes negativos que pudiese presentar cualquiera de ellas no podrían compensarse con los márgenes positivos de las otras, y se podría incurrir en irreplicabilidad en un producto que no debería existir conforme a la metodología presentada en la Resolución del ERT; subyace la impresión de que las familias pueden modificarse en cualquier momento para analizar conductas de mercado ya sucedidas sin apoyarse en criterios objetivos y vulnerando los principios que habían quedado asentados.

Que la Resolución incurre en extralimitación en la fijación de restricciones a la política promocional de Telefónica; así, se introduce *ex novo* una regla por la que cualquier promoción sobre productos con contenidos premium deportivos que exceda una duración de 2/3 de la temporada deportiva se considerará como condiciones definitivas de producto; la introducción de nuevas condiciones cambia los costes asociados al producto, en este caso, los audiovisuales; supone una prohibición de facto a Telefónica para que realice promociones sobre productos con fútbol con una duración superior a seis meses, reduciendo a la mitad el plazo que operaba previamente; sitúa a Telefónica en una clara situación de desventaja comparativa dadas las dinámicas del mercado. También es novedoso que, para el coste promocional de las promociones consistentes en la visualización gratuita de eventos deportivos concretos, aunque el acceso efectivo al canal se produzca sólo durante un día o incluso unas horas, se debe tener en cuenta el número de días efectivos de la competición principal como referencia mínima para el coste de promociones; que si, como afirma la Comisión, se trataba de una mera aclaración del criterio que se debía aplicar, cabría esperar que se hubiese producido antes y que la expectativa de Telefónica de que no se produjese una valoración distinta de la que la misma operadora había proporcionado era legítima.

Que la Resolución Impugnada resuelve modificando el contenido y los plazos de entrega periódica de información del Anexo IV de la Resolución de 6 de marzo de 2018, que se adelanta en un mes, e incorpora nueva información al requerimiento de información semestral.

Concluye afirmando que la realización de todas las modificaciones indicadas sobre la metodología ERT sin el procedimiento adecuado y extendiendo sus efectos de forma retroactiva provocan que la Resolución impugnada se declare nula.

TERCERO: El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, alega que en el presente caso la actuación de la CNMC presenta una naturaleza eminentemente técnica, por lo que constituye una manifestación de la llamada discrecionalidad técnica; que la doctrina del Tribunal Constitucional reconoce una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación; esta presunción *iuris tantum* se puede someter al control jurídico de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando el recurrente acredite desviación de poder, carencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente por parte de los órganos técnicos administrativos. Que la recurrente se limita a cuestionar el criterio técnico de la Administración con arreglo a su propio criterio, que no puede prevalecer frente a la discrecionalidad técnica del regulador y que no presentan fundamentación jurídica sólida.

Que no existe vulneración de los principios de objetividad, transparencia, entorno regulatorio previsible y seguridad jurídica; que este argumento ya lo esgrimió Telefónica en los recursos interpuestos frente a la Metodología aprobada por la CNMC mediante Resolución del test de replicabilidad económica, de fecha 6 de marzo de 2018 (P.O. 8/390/2018), al Acuerdo de Transparencia de 21 de junio de 2018 "*por el que se establecen las condiciones de transparencia de los resultados del test de replicabilidad económica residencial a partir de los precios de los servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra*" (P.O. 8/851/2018), y a la Resolución de la



CNMC de 3 de abril de 2019 relativa a la primera revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial (P.O. 8/1052/2019); esta alegación no revela ningún vicio de legalidad concreto. Que Telefónica no puede mantener que se le ha generado una situación de incertidumbre en relación con los productos calificados como emblemáticos, pues el test de replicabilidad sólo se aplica a los productos calificados como "emblemáticos", conforme a los criterios de la resolución de 6 de marzo de 2018.

En respuesta a las alegaciones de la recurrente de que la resolución recurrida incumple la resolución del ERT, se razona que esta última resolución introdujo un cambio relevante en la referencia minorista del test de replicabilidad con respecto al criterio que establecía la metodología anterior, que es la introducción de una definición de producto amplia; la resolución del ERT considera de manera agrupada todas las posibles combinaciones vinculadas a un producto determinado, calculando un VAN conjunto; Telefónica va introduciendo constantemente productos nuevos que sustituyen progresivamente a productos anteriores y para este fenómeno la resolución del ERT establece unas reglas sencillas y claras para abordar posibles cambios en la estructura del catálogo comercial de Telefónica, reglas que no ofrecen margen a la interpretación y llevan aplicándose desde 2007; ello se justifica porque el test de replicabilidad adopta un enfoque prospectivo, se considera que un consumidor racional se irá moviendo poco a poco a los productos con mayores prestaciones o menores precios, por otra parte, no tiene sentido realizar el test de replicabilidad a productos que progresivamente están siendo abandonados y la aplicación de estas reglas simplifica el cálculo del VAN, pues el catálogo de Telefónica pasaría de unos 3.000 productos a unos 300. Que si ya la resolución del ERT establecía el carácter de emblemático del Dúo 20Mb (en el apartado VII.5) no cabe aducir que mantener dicha calificación en la resolución de revisión de parámetros es contraria a la resolución del ERT; la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 2013 (Recomendación de no discriminación), contempla expresamente la posibilidad de calificar como emblemático un producto a partir de factores diferentes a su número de líneas; la CNMC no puede calificar un producto como emblemático de manera arbitraria, sino que está sujeta a lo establecido en la Recomendación de no discriminación y a la propia resolución del ERT; no existe la "incertidumbre regulatoria" ni la "fragrante vulneración de los principios de objetividad y transparencia" a los que alude Telefónica en su escrito de demanda.

Sobre la alegada incertidumbre generada por el estándar de costes aplicado en el test, manifiesta el Abogado del Estado que en el test de replicabilidad de la CNMC los costes comerciales vienen expresados como un porcentaje sobre los ingresos generados por cada producto; en la resolución del ERT se rompe con el modelo de la metodología anterior, vinculando el cálculo de los costes comerciales a la contabilidad regulatoria que Telefónica debe remitir a la CNMC anualmente, y que es sometido una auditoría que supervisa el regulador; se establecen unos principios generales para adecuar el cálculo de este parámetro al resto de características del test de replicabilidad de la CNMC, y para realizar los ajustes previstos es imprescindible que la Comisión cuente con información adicional, puesto que la contabilidad regulatoria no separa la información en función de los segmentos de clientes; por ello se impone a Telefónica la obligación de complementar la entrega anual de la contabilidad regulatoria con la información necesaria para poder calcular los costes comerciales conforme a los principios anteriores.

Se niega que existan modificaciones sustanciales en la metodología y, por tanto, la obligación de haber seguido el procedimiento del artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; la revisión deriva de la mera puesta a disposición de la CNMC de datos actualizados y contrastados, que justifican la introducción de cambios puntuales en aras de fomentar el desarrollo de la competencia en los mercados de referencia. Calcular un VAN diferente para Fusión+1 y Fusión Base es coherente con lo establecido en la resolución del ERT, que contempla la posibilidad de establecer agrupaciones independientes en productos con un mismo componente de comunicaciones electrónicas *"en función de sus respectivas dinámicas comerciales, sus estructuras de precios o posibilidad de contratar módulos de televisión de pago"*. Que en la resolución impugnada no se introducen nuevas condiciones, sino que se aclara la valoración y tratamiento que, en el marco de la resolución del ERT, se hace de la duración de ciertas ofertas promocionales sobre empaquetamientos que incluyen canales Premium con contenidos deportivos.

Se justifica la modificación de los plazos de entrega de los requerimientos semestrales de parámetros, señalando la acumulación de obligaciones regulatorias que tienen lugar durante el mes de julio; si se mantuviese un plazo simétrico al del segundo semestre, la remisión debería hacerse el 31 julio, por ello se acuerda establecer el día 31 de agosto como fecha máxima de entrega para el requerimiento de información correspondiente al primer semestre de cada año, esto es, se reduce en un mes el plazo anteriormente fijado, mientras que la fecha máxima de entrega del requerimiento de información del segundo semestre de cada año se mantiene fijada para el día 31 de enero.



CUARTO: La codemandada, ASTEL, se opone a la demanda, alega que la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica es un elemento regulatorio imprescindible para garantizar el cumplimiento de la obligación de replicabilidad económica que recae sobre Telefónica derivada del análisis de los mercados mayoristas 3 y 4, cuya propia resolución previó la actualización semestral de parámetros debido a la rápida evolución de los mercados de comunicaciones electrónicas y de la acción comercial de Telefónica. Que la Resolución del ERT establece las condiciones para que un producto se califique como emblemático, estando por tanto debidamente motivado; además, Telefónica proporciona la información a la CNMC por lo que tiene plena capacidad para calcular la replicabilidad de los productos, tal y como lo ha venido haciendo desde 2007, por lo que no es que Telefónica desconozca el cálculo, sino que no está de acuerdo con el criterio de la CNMC.

Que el análisis por separado de los productos Fusión Base y Fusión+1 está justificado por la CNMC en la resolución impugnada, en la que se dice que *"a pesar de que el componente de comunicaciones electrónicas es coincidente, ni las características de ambos productos ni sus respectivas dinámicas competitivas justifican un análisis agrupado"*.

Que el criterio de valoración de costes comerciales está debidamente motivado.

Que la resolución de la revisión de parámetros del ERT supone la actualización de datos, aclaraciones, precisiones de obligaciones ya existentes y cambios habituales para adaptarlas a la situación real del mercado con el fin de fomentar la competencia en el mercado, mediante el procedimiento administrativo adecuado, habiendo sido debidamente justificada y motivada.

QUINTO: El primer motivo de impugnación se fundamenta en que la resolución impugnada vulnera los principios de objetividad, transparencia, entorno regulatorio previsible y seguridad jurídica.

Pues bien, de los argumentos esgrimidos en apoyo de este motivo, resulta evidente que los reproches se dirigen de fundamentalmente a la resolución ERT, de 6 de marzo de 2018, y no propiamente a la resolución objeto de este procedimiento.

Es aquella resolución la que aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica, tanto los comercializados sobre la base de su red de fibra óptica como los comercializados sobre la base de su red de cobre; se imponía a Telefónica las obligaciones de información contenidas en el Anexo IV; se establecía que para los productos de banda ancha de Telefónica comercializados sobre la base de su red de cobre, resultará de aplicación lo dispuesto en esa Resolución respecto a los citados productos y, con carácter subsidiario, los principios contenidos en la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se adopta la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica, así como sus sucesivas actualizaciones, seguirán resultando de aplicación en tanto en cuanto no se opongan a lo establecido en esta Resolución; se imponía a Telefónica la obligación de comunicar a la CNMC y a los operadores alternativos, en el plazo de 15 días naturales a contar desde que la Resolución surtiera efectos, los precios que registrarán el acceso a los servicios NEBA local y NEBA fibra, entre otras disposiciones.

Esta resolución (Resolución ERT) fue sometida a juicio de legalidad ante esta Sala, en el PO 390/2018, en el que Telefónica postulaba, en primer lugar, la anulación de la resolución impugnada, entendiéndose que dicha resolución no le permite calcular por sí misma el resultado de la aplicación del Test antes de fijar sus precios, ni permite comprobar si los resultados del Test que lleva a cabo la CNMC son ajustados a la metodología; que la metodología de cálculo no se basa en criterios objetivos y reglados, sino en elementos que requieren valoración subjetiva por la CNMC en el momento de aplicación del Test -en algunos casos, después incluso de que Telefónica haya lanzado su producto minorista-; que Telefónica no puede saber en el momento de diseñar su oferta minorista si sus precios superarán el Test, ni puede controlar a posteriori que la CNMC lo haya aplicado correctamente. Denunciando vulneración de los principios de objetividad, transparencia y previsibilidad recogidos en el artículo 8.5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y en el 68.3 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, además del artículo 9.3 CE, entre otros argumentos.

Se señalaba en la sentencia recaída en el mencionado procedimiento, de fecha 25/01/22, que la resolución ERT es ejecución de lo previsto en la resolución de la CNMC 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 3ª, 3b y 4) la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas; resolución que fue recurrida y confirmada por esta Sala en sentencia firme.

Se rechaza en la sentencia mencionada que la metodología establecida para la determinación del test de replicabilidad económica vulnere los principios de objetividad, transparencia y entorno regulatorio previsible. Se recuerda lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Directiva marco, en el artículo 129 de la Ley 39/2015 en relación



con los principios de buena regulación, y en la Recomendación de la Comisión Europea 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. Concluyendo, en cuanto a la determinación de los productos emblemáticos, en contra de lo que alegaba Telefónica, que sí es posible conocer con antelación que productos son considerados emblemáticos en atención al criterio 3 *"Productos que, por su especial trascendencia y carácter disruptivo, sean calificados como productos emblemáticos en el marco de un procedimiento específico"*; que en el apartado III.2.2.3 de la resolución ERT se establecen las condiciones mínimas de calificación, y que esta calificación de un producto como emblemático se encuentre debidamente motivada; que no hay riesgo de que un producto sea calificado como emblemático y además sea irreplicable; que la CNMC establece unas reglas que rigen los posibles cambios en la estructura del catálogo comercial de la actora que únicamente la recurrente puede implementar, y que, en el caso de que el regulador considerase que hay un cambio en la composición de la "familia" de productos, tal cambio se llevará a cabo con audiencia de la recurrente, como operador interesado. Que Telefónica conoce perfectamente el test de replicabilidad, sus criterios de valoración y los parámetros utilizados. Se rechazan las alegaciones en que fundamentaba Telefónica la denuncia de infracción de los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad.

Pues bien, la resolución impugnada en el presente recurso se dicta también en observancia de la previsión contenida en la resolución ERT sobre la revisión semestral de los parámetros utilizados en el test de replicabilidad, siendo ésta la segunda revisión; y se hace dicha revisión tras la tramitación del oportuno procedimiento, en el que Telefónica -al igual que los demás operadores- tuvo la oportunidad, y así lo hizo de presentar alegaciones al informe de audiencia de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA).

En atención a lo expuesto, se impone la desestimación del primer motivo de impugnación, por cuanto las cuestiones en las que se fundamenta, como hemos dicho, con referencia a la resolución ERT, han sido resueltas por la mencionada sentencia de este tribunal de fecha 25 de enero de 2022, a cuyos fundamentos hemos de remitirnos.

SEXTO: Co mo segundo motivo de impugnación, alega la recurrente que la inseguridad jurídica -que atribuye a la resolución ERT- se agrava por la realización de modificaciones sobre la metodología sin seguir el debido procedimiento; haciendo especial referencia a cuestiones como los conceptos producto y promoción, así como sus valoraciones; a la vulneración de la confidencialidad de sus promociones; extralimitación en la fijación de restricciones a la política promocional de Telefónica, con incidencia en los costes asociados al producto; la modificación del contenido y los plazos de entrega periódica de información del Anexo IV de la Resolución de 6 de marzo de 2018.

No obstante, no fundamenta la recurrente la pretensión anulatoria de la resolución de segunda revisión en la vulneración de precepto normativo alguno, sino en el hecho de que, a su juicio, no se ha seguido el procedimiento adecuado, que considera debió ser el seguido para dictar la resolución de 6 de marzo de 2018, y en que extiende sus efectos de forma retroactiva.

Pues bien, la resolución ERT define "producto" (III.2.1) como *"cualquier forma de presentación comercial del servicio de acceso a Internet de banda ancha que se presente en el mercado con vocación de estabilidad en lo que se refiere a las prestaciones ofrecidas y a sus condiciones económicas"*, y considera "promociones" a *"las ofertas consistentes en descuentos temporales en la cuota mensual, en la mejora de prestaciones durante un periodo determinado, o en regalos de cualquier índole"*. Y añade que los empaquetamientos que incluyan el servicio de acceso a Internet de banda ancha también se consideran "productos" a efectos de la presente metodología y, consecuentemente, sujetos al test de replicabilidad económica; y que:

"la definición de producto que se plantea no significa que el componente de comunicaciones electrónicas sea el único elemento de valoración que se considera. Atendiendo a las condiciones competitivas que se observen y/ o al nicho de la demanda al que se dirijan los productos de Telefónica, dos servicios con mismo componente de comunicaciones electrónicas pueden ser considerados como productos separados."

En el apartado IV.5.1 se indica que la distinción entre "producto" y "promoción" no presenta especial complejidad, especialmente teniendo en cuenta la experiencia acumulada desde la aprobación de la metodología de 2007; que, sin embargo, conviene aclarar el tratamiento en el ERT de algunos casos poco habituales que podrían dar lugar a interpretaciones divergentes, y recoge los siguientes supuestos:

a) *Se considerará que una oferta consistente en un descuento en la cuota mensual de un producto tiene vocación de estabilidad si su duración es igual o superior a 12 meses.*



b) También se considerará que cuenta con esta vocación de estabilidad la incorporación de canales de televisión a un empaquetamiento (o a un módulo adicional de televisión de pago), salvo en el caso de ofertas de tipo try & buy que tengan carácter puntual.

Añadiendo la siguiente previsión: «En todo caso, la evaluación de la "vocación de estabilidad" de una determinada oferta por parte de la CNMC se llevará a cabo caso a caso, en el momento que la oferta sea notificada por Telefónica.»

Ello revela que no se trata de conceptos cerrados e inalterables.

En el apartado VI.5.1 "Contenido de las revisiones de parámetros", se establece que la CNMC adoptará con carácter periódico una Resolución, donde procederá a revisar los parámetros esenciales del test de replicabilidad económica; que, en la citada Resolución, y sobre la base de la información que Telefónica tiene la obligación de aportar a la CNMC (y que aparece recogida en el Anexo IV del presente documento) se revisará asimismo el conjunto de productos emblemáticos comercializados por Telefónica hasta ese momento; que estas revisiones se realizarán en principio con carácter semestral, si bien, la CNMC podrá acordar en la correspondiente Resolución de revisión de los parámetros de la metodología que las sucesivas revisiones se efectúen con una periodicidad mayor.

En el Anexo IV de la Resolución ERT se contiene una exhaustiva relación de datos que debía contener la información previa a suministrar por Telefónica, en relación con ofertas de carácter indefinido de todos los productos de banda ancha de Telefónica, tengan o no la calificación de emblemáticos, de ofertas de carácter no indefinido; información a suministrar con carácter mensual; información a suministrar con carácter semestral.

En la resolución recurrida en este procedimiento se revisan los parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial, en cumplimiento de la previsión de revisión semestral de dichos parámetros establecida en la Resolución ERT. En esta resolución de revisión se da cumplida justificación de los criterios aplicados para llevar a efecto la revisión, en el marco establecido para ello en la resolución ERT. Pues, como ya hemos dicho, en el apartado III.2.1 se establecía que la definición de producto que allí se contenía no significa que el componente de comunicaciones electrónicas sea el único elemento de valoración que se considera, y que, atendiendo a las condiciones competitivas que se observen y/o al nicho de la demanda al que se dirijan los productos de Telefónica, dos servicios con mismo componente de comunicaciones electrónicas pueden ser considerados como productos separados.

Denuncia la recurrente vulneración de la confidencialidad de sus promociones, sin justificar tal alegación y reconociendo que se trata de promociones ya publicitadas.

Asimismo, en referencia a las promociones, se establecía en la Resolución ERT la posibilidad de que la Comisión evalúe caso a caso, la "vocación de estabilidad" de una determinada oferta, en el momento que la oferta sea notificada por Telefónica. Y es en aplicación de tal previsión que la CNMC consideró y justificó que, en el caso de empaquetamientos que incluyan los canales Premium con contenidos deportivos, se considerará que tienen vocación de estabilidad los precios descontados -o promociones equivalentes- y las ofertas promocionales con unos descuentos que se extiendan durante más de dos tercios de la temporada deportiva, de manera individual o concatenada. Sin que se justifique por la actora que tal modificación sea contraria al Ordenamiento Jurídico.

En relación con la obligación de Telefónica en materia de Información, se razona que, dada la frecuencia con que Telefónica introduce modificaciones en los precios y prestaciones de sus productos, o incluso reestructura su catálogo comercial, resulta fundamental que la CNMC disponga de la información más reciente posible y que los procedimientos de actualización de parámetros se lleven a cabo de manera ágil; por lo que se considera necesario modificar las fechas de entrega de los requerimientos semestrales de parámetros a los que se refiere el Anexo IV de la Resolución del ERT, adelantando en un mes la fecha de suministro de información. Añadiendo al contenido de la información semestral los importes totales incurridos en los dos últimos semestres de referencia correspondientes a la adquisición o reacondicionamiento de equipamiento en domicilio del cliente necesario para la prestación del servicio de banda ancha. Y ello para facilitar un cálculo actualizado del coste del equipamiento en domicilio del cliente, teniendo en cuenta aspectos como la incidencia de la renovación de este tipo de equipos a clientes existentes.

SÉPTIMO: De lo expuesto, podemos concluir que la resolución recurrida no introduce una sustancial modificación de los conceptos producto y promoción, con infracción de lo establecido en la Resolución ERT, y se da cumplida justificación a la revisión en este aspecto.

Que no se extralimita al revisar la vocación de estabilidad de las ofertas de empaquetamientos que incluyan los canales Premium con contenidos deportivos, ni supone en forma alguna una prohibición de facto a Telefónica para que realice promociones sobre productos con fútbol con una duración superior a seis meses.



Las modificaciones introducidas al respecto están amparadas por las previsiones de la resolución ERT, en los términos que ya se ha expuesto.

Que la modificación del contenido y los plazos de entrega periódica de información tampoco supone vulneración de lo establecido en el Anexo IV de la Resolución de 6 de marzo de 2018; sin que se justifique por Telefónica que el adelanto en un mes de suministro de información le genere perjuicio alguno o constituya una medida arbitraria. Como tampoco cabe predicar arbitrariedad de la solicitud de nueva información al requerimiento de información semestral.

Resulta, en consecuencia, carente de fundamento el argumento esgrimido por la recurrente de que para la revisión que nos ocupa se debió seguir el mismo procedimiento seguido para establecer la metodología de análisis de los productos BAU emblemáticos de Telefónica comercializados en el segmento residencia. Obviando que es precisamente esa resolución ERT la que prevé las revisiones semestrales de los parámetros utilizados en el test de replicabilidad, y establece el marco para llevar a efecto tal revisión.

El procedimiento seguido para esta segunda revisión es el adecuado, es conforme con la Ley 39/2015, se ha notificado a Telefónica la apertura del procedimiento, se le dio traslado del informe de audiencia de la DTSA, y trámite de audiencia, presentando Telefónica escritos de alegaciones, tal como consta en el expediente. De manera que no cabe apreciar motivo alguno de nulidad.

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

OCTAVO: En atención a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte recurrente.

La Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el apartado 4 de dicho artículo, fija en 3.000 euros la cuantía máxima de las costas procesales, por todos los conceptos.

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

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de la entidad **TELFÓNICA DE ESPAÑA, SA**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 23 de enero de 2020, a la que la demanda se contrae, que confirmamos por su adecuación a Derecho.

Con condena en costas a la actora; con el límite máximo de 3000 € por todos los conceptos.

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.