



Roj: **SAN 2072/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2072**

Id Cendoj: **28079230082022100231**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **11/04/2022**

Nº de Recurso: **851/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000851 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05284/2018

Demandante: Telefónica de España. S.A.U.

Procurador: D^a. GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a once de abril de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **851/2018** promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **Telefónica de España. S.A.U.**, contra Acuerdo de la Comisión Nacional de los mercados y la competencia, 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.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado. Ha comparecido como **codemandada, Orange Espagne, S.A.U.**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Roberto Alonso Verdú**.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto y anulando el Acuerdo impugnado y se determine que la CNMC debe facilitar a la actora 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), imponiendo las costas a la administración demandada.

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

Orange no presentó escrito de contestación, teniéndola por decaída de dicho trámite.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes actora y demandada presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 9 de marzo de 2022.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Acuerdo objeto de recurso parte de la Resolución de fecha 24 de febrero de 2016, "por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (en adelante, Resolución de los mercados 3 y 4)". En esta Resolución, se impone la suficiencia de los precios de los servicios mayoristas regulados, que debe ofrecer Telefónica a terceros, mediante un Test de Replicabilidad.

Con fecha 6 de marzo de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria adoptó 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 (ERT).

Con fecha 25 de abril de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria adoptó Resolución por la que se determinan y hacen públicos los resultados del test de replicabilidad económica residencial a partir de los precios de los servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra.

Consecuencia de lo anterior, el Acuerdo que ahora se impugna determina "las condiciones de transparencia de determinados elementos y parámetros que resultan necesarios para que Telefónica y el resto de operadores que hacen uso de los insumos mayoristas de Telefónica puedan conocer, de manera precisa, los criterios que guían el análisis de replicabilidad que la CNMC ha de efectuar".

Pues bien, el Acuerdo que nos ocupa fundamenta su decisión de la siguiente forma:

<< En la Resolución de 25 de abril de 2018 precitada, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó publicar los VAN de los productos BAU emblemáticos de Telefónica una vez este operador puso de manifiesto los precios que resultarían de aplicación a los servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra. En el citado expediente se concluyó que la publicación de los VAN resultaba de utilidad tanto para Telefónica como para los operadores alternativos, ya que les permitía conocer el potencial impacto de la política comercial de Telefónica en el resultado del test.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en aras de garantizar la transparencia respecto a variables que resultan determinantes para el correcto desarrollo del sector, esta Sala considera necesario dar publicidad, de manera expresa, a los VAN resultantes de las modificaciones que Telefónica realiza periódicamente de su catálogo comercial, y que no son objeto de un tratamiento específico en el seno de las revisiones de los parámetros esenciales del test de replicabilidad económica que, según lo previsto en la Resolución del ERT, esta Comisión debe llevar a cabo periódicamente.

En particular, tal y como se establece en la citada Resolución del ERT, la comunicación por Telefónica de ofertas minoristas consistentes en la modificación de un producto anterior ya calificado como emblemático, de sus prestaciones adicionales, o que conlleve una migración de los clientes de dichos productos emblemáticos (segundo criterio según la terminología adoptada en la Resolución del ERT) son sometidas de manera inmediata al test de replicabilidad con anterioridad a su lanzamiento, conforme a los valores vigentes en el momento del análisis. La CNMC mantiene por otra parte conforme al tercer criterio la facultad de calificar como emblemático



un producto BAU dada su representatividad o especial naturaleza, pudiendo proceder a su análisis incluso con anterioridad a su lanzamiento.

En casos como los aquí detallados, y en aras de garantizar la transparencia en el mercado y dar seguridad a los operadores, esta Sala considera necesario proceder a la publicación de los resultados de los VAN cuando éstos cambien debido a modificaciones en el catálogo comercial minorista de Telefónica. Esta medida permitirá conocer a los operadores los VAN de los productos BAU emblemáticos vigentes en cada momento.

En el mismo sentido, se acuerda dar traslado a Telefónica de la hoja Excel donde se recoge la información empleada por esta Comisión a la hora de efectuar el cálculo del ERT. Asimismo, se insta a publicar el listado de parámetros para que los operadores alternativos también tengan conocimiento del test, aunque eliminando aquella información sensible a efectos comerciales para Telefónica. La publicación de estos elementos permitirá a los agentes activos en el sector conocer en un mayor grado de detalle los parámetros que componen el test y, a su vez, evaluar el impacto derivado de los posibles cambios en la política comercial de Telefónica a nivel mayorista y/o minorista>>.

Se dispone:

1.- Instar a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual a publicar los valores actuales netos de los productos BAU emblemáticos de Telefónica cuando éstos cambien debido a modificaciones en el catálogo comercial minorista de Telefónica.

2.- Autorizar 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, a fin de que este operador pueda realizar un correcto seguimiento de su catálogo minorista. La hoja de cálculo a trasladar a Telefónica deberá contener los datos correspondientes a los parámetros señalados como confidenciales en el Anexo 1 del presente Acuerdo.

El listado de parámetros utilizados en la hoja de cálculo se adjunta asimismo en Anexo 1, en los términos indicados en el presente Acuerdo, a fin de que sean conocidos por todos los operadores del mercado.

SEGUNDO.- Es antecedente necesario del presente procedimiento el seguido ante esta misma Sala y Sección, bajo el número 390/2018, en el que TESAU impugnaba Resolución de la CNMC, de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica (ERT) 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. En este procedimiento se ha dictado sentencia de fecha 25 de enero de 2022, desestimatoria del recurso.

También debemos considerar el procedimiento 258/2020, seguido ante esta misma Sala y Sección, en el que TESAU impugnaba Resolución de la CNMC, de 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. En este procedimiento se ha dictado sentencia de fecha 28 de febrero de 2022, desestimatoria del recurso.

El caso que ahora examinamos es una situación fáctica intermedia -en el tiempo- entre las ya resueltas y similar, jurídicamente, a las ya decididas por las sentencias citadas. La propia recurrente afirma que la cuestión que aquí se plantea es igual a la suscitada en el recurso 390/18, si bien contiene algunos "matices" respecto de aquella.

TERCERO.- El primer motivo de impugnación se fundamenta en que la resolución impugnada vulnera los principios de objetividad, transparencia, entorno regulatorio previsible y seguridad jurídica. Este motivo es simétrico al que se alegaba en el procedimiento 258/20, en cuya sentencia hemos afirmado:

<<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 regirán 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>>.

Lo mismo cabe afirmar en nuestro caso, pues estamos en la primera revisión, tras la oportuna tramitación procedimental, en la que se ha tenido ocasión de efectuar las alegaciones que se han considerado precisas. El criterio de esta Sala se mantiene en los mismos parámetros que ya hemos reflejado en la citada sentencia del PO 258/20 y en la inicial sentencia dictada en el PO 390/18, ambas conocidas por las partes, que resuelven similar alegación de vulneración de los principios de objetividad, transparencia, entorno regulatorio previsible y seguridad jurídica.

CUARTO.- Respecto del principio de seguridad jurídica, lo hemos tratado de forma específica en la tan citada sentencia del PO 258/20, en la que hemos afirmado:



<<Como 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>>.

No existen elementos de juicio distinto a los que ya hemos valorado en las sentencias de constante referencia, para variar el criterio ya sustentado por esta Sala y Sección, por lo que debemos mantener igual criterio desestimatorio del recurso.

QUINTO.- En todo caso, consideramos que se ha realizado por esta Sala una valoración razonada del material probatorio de que disponemos. Entendemos que no existe atisbo de indefensión para la parte actora, por la falta de práctica de prueba, en concreto la pericial instada en el PO 390/18, que no fue practicada y, por tanto, tampoco incorporada a estas actuaciones, remitiéndonos al auto dictado desestimando el recurso de reposición interpuesto. La alegada posible indefensión, podrá hacerse valer, en su caso, si se interpusiera y admitiera recurso frente a la sentencia dictada en el PO 390/18.

Por otra parte, el hecho de que pudiera haber aspectos concretos de la metodología seguida para dar contenido al ERT, que se hayan aclarado o matizado en decisiones posteriores de la CNMC, o descrito de manera más exhaustiva, no implica -como pretende la parte- falta de transparencia de la propia metodología, cuyo alcance en este aspecto ya ha sido examinado por la Sala en sentido desfavorable a la tesis actora.

El propio dinamismo de la metodología y la realidad del mercado, conllevan posibles alteraciones que se plasman en las revisiones semestrales del Test, de tal forma que la metodología tenga un cierto nivel de flexibilidad y pueda adaptarse de manera rápida y eficaz, de forma razonable, a la propia evolución del mercado.

Concluimos la sentencia de fecha 28 de febrero de 2022, afirmando:

<< 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 establece 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>>.

SEXTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, procede imponer las costas de la administración demandada a la parte actora. Haciendo uso de la facultad que otorga al tribunal el artículo 139.4 LJCA, se cifra en un máximo de 5.000 euros por todos los conceptos, el importe de las costas.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Robledo Machuca**, en nombre y representación de **Telefónica de España. S.A.U.**, contra Acuerdo de la Comisión Nacional de los mercados y la competencia, 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, por su conformidad a Derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte actora.

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

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