



Roj: **SAN 2601/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2601**

Id Cendoj: **28079230082022100256**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/05/2022**

Nº de Recurso: **1052/2019**

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: 0001052/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07271/2019

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: SRA. ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veintidós.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **1052/209**, interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. Ortiz Cornago** y defendida por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado.

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.- La Administración demandada, 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.

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 18 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 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 3 de abril de 2019, relativa a la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de TELEFÓNICA comercializados en el segmento residencial, Expediente NUM000 /PARÁMETROS ERT, en la que 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.- 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."

SEGUNDO.- Se mantiene en la demanda que las razones de la impugnación objeto de este Recurso son en parte coincidentes con las ya recogidas con motivo de la Metodología aprobada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) mediante Resolución del test de replicabilidad económica, de fecha 6 de marzo de 2019 (recurrida en número de autos de P.O. 390/2018) y la Resolución de Transparencia de 21 de junio de 2018 (recurrida en número de autos de P.O. 851/2018), recogiendo como motivos de impugnación:

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

La objetividad y la previsibilidad exigen, cuanto menos, la posibilidad de anticipar el contenido de la obligación impuesta (el resultado del Test que controla la oferta comercial de Telefónica) y de revisar su contenido a posteriori para poder comprobar su correcta aplicación.

Si el resultado del Test depende de juicios subjetivos y discrecionales por parte de la autoridad nacional de reglamentación, no será objetivo ni previsible.

Los principios de objetividad y previsibilidad exigen que el resultado del Test pueda ser anticipado previamente a su aplicación y reproducido después por parte de terceros distintos del órgano llamado a aplicarlo.

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. En este caso, resulta evidente



que 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 mi mandante que tienen una gran sensibilidad comercial. Pero, como no podría ser de otra manera, 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 para poder conocer si el cálculo ha sido correcto.

No es posible prever qué productos van a ser considerados "emblemáticos" por la CNMC conforme ninguno de los tres criterios de la Resolución del ERT.

Telefónica solo puede conocer la identidad de sus nuevos productos emblemáticos en el mismo momento de recibir el resultado de la revisión de los parámetros del Test y la CNMC no otorga a mi representada la oportunidad de adaptar su conducta a la nueva información.

La propia Resolución del ERT reconoce abiertamente que la decisión de calificar a un producto como emblemático o no (conforme a este tercer criterio) le corresponde discrecionalmente a la CNMC sobre la base de criterios subjetivos.

El importe de los costes que tienen en cuenta en el Test no puede conocerse de antemano ni reproducirse después porque depende de criterios subjetivos.

2.- Cambio de criterio en la metodología del ERT, en relación a los costes comerciales.

La revisión de parámetros del ERT viene a modificar la propia metodología del ERT y la modificación fundamental de los costes comerciales. La Resolución impugnada incorpora nuevos centros de actividad dentro de los costes comerciales, restringe el número de servicios considerados (acceso, tráfico, banda ancha), se modifican los criterios para descontar determinadas partidas (sistemas), por lo que se produce un cambio en la metodología del ERT en relación con los costes comerciales.

Telefónica no comparte el listado de centros de actividad aplicados. El sistema de contabilidad de costes aprobado por la CNMC ya contempla el reparto de las cuentas contables correspondientes a tasas y tributos a la totalidad de los servicios mayoristas, por lo que si la CNMC en los costes minoristas obliga a incluir costes provenientes de tasas y tributos se estaría produciendo una doble imputación en el test de replicabilidad.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, alega que Telefónica tiene el conocimiento y la información para replicar al detalle todos los cálculos realizados por la CNMC, incluso con anterioridad al propio regulador (pues dispone de la información antes que la CNMC).

La resolución del ERT razona que se 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. 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. Tanto la agrupación de productos en "familias" como la asimilación de productos basándose en aquellos con menores precios o mayores prestaciones se basa en reglas son claras y transparentes.

Los argumentos que emplea Telefónica acerca del producto Dúo/Trío 20Mb son manifiestamente incorrectos y contradicen el contenido de la Resolución del ERT. Desde un punto de vista meramente lógico, no tiene sentido que un test de replicabilidad sobre productos de banda ancha no resulte de aplicación a productos de banda ancha salvo que no incluyan televisión de pago y/o servicios móviles (productos stand-alone). Más allá de lo anterior, la Resolución del ERT se refiere expresamente a la calificación como productos emblemáticos en sus apartados III.2.2.3 y VII.5. 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.

Por otro lado, contrariamente a como sostiene Telefónica, la consideración del producto *Fusión Series* en la Resolución de revisión de parámetros es correcta, a pesar de que la entrada en vigor de este producto fue posterior al 1 de septiembre. En su escrito de demanda, Telefónica obvia que las referencias al 1 de septiembre y 1 de marzo sólo se refieren a la aplicación del primer y tercer criterio. Sin embargo, la reducción de *Fusión Series* se enmarca en el segundo criterio.



Respecto de los costes comerciales señala que en el test de replicabilidad de la CNMC, estos costes vienen expresados como un porcentaje sobre los ingresos generados por cada producto.

La Resolución del ERT establece unos principios generales para adecuar el cálculo de este parámetro al resto de características del test de replicabilidad de la CNMC, en especial la vocación de otorgar a Telefónica una mayor flexibilidad para diseñar su catálogo de productos y comercializar promociones. Estos principios se establecen en el apartado IV.4.2 de la Resolución.

La concreción del cálculo del parámetro de costes comerciales que se realiza en la Resolución de revisión de parámetros está prevista en la Resolución del ERT, responde al hecho de que, en el momento de aprobación de la Resolución del ERT, no se encontraba en vigor la obligación de Telefónica de suministrar la información de su contabilidad de costes de una manera segmentada. Una vez que se dispuso de la información se procedió a realizar el cálculo de manera detallada.

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

De los argumentos esgrimidos en apoyo de este motivo, resulta evidente que los reproches se dirigen fundamentalmente a la resolución ERT de 6 de marzo de 2018, y la resolución de Transparencia de 21 de junio de 2018, y no propiamente a la resolución objeto de este procedimiento. Así se reconoce en la demanda al indicarse que los motivos del recurso son parcialmente coincidentes con los recogidos en los recursos 390/18 y 851/18, frente a las anteriores resoluciones.

Hemos de destacar que esta Sala ha resuelto el recurso 258/20, relativo a una resolución de CNMC de revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de TELEFÓNICA comercializados en el segmento residencia, efectuada con posterioridad a la ahora enjuiciada, en sentencia de 28 de febrero de 2020, en la que se desestimaba de forma expresa este motivo de impugnación. En la sentencia señalábamos:

" 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, entendiéndolo 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)".

No puede apreciarse irregularidad alguna con la inclusión como producto emblemático de cobre Duo/Trio 20Mb, por no empaquetar servicios de comunicaciones móviles ni de televisión de pago, debiendo destacarse que Dúos 20 Mb, ya figuraba en la resolución ERT, y que la resolución impugnada desestimó la alegación de Telefónica señalando "Telefónica alude de manera sesgada e incompleta al concepto de "producto BAU emblemático" que figura en la Resolución de los mercados de banda ancha, que no se limita a empaquetamientos convergentes que incluyan comunicaciones móviles y/p el servicio de televisión de pago. De hecho, de manera expresa se menciona la posibilidad de que otro tipo de productos (como los de tipo *standalone* o nuevas formas de empaquetamiento) sean calificados como emblemáticos".

Por lo expuesto, debemos desestimar este motivo de impugnación, por cuanto las cuestiones en las que se fundamenta han sido resueltas y desestimadas por este Tribunal en las sentencias citadas de 28 de febrero de 2022 y 25 de enero de 2022.

QUINTO.- Como segundo motivo de impugnación se mantiene el cambio de criterio en la metodología del ERT, en relación a los costes comerciales.

Los principios generales de la determinación de costes de comercialización minorista se encuentran establecidos en la resolución ERT, IV.4.2, y son recogidos en la resolución impugnada, siendo los siguientes:

- El cálculo de los costes comerciales se realiza a partir de la contabilidad de costes regulatoria de Telefónica (en adelante, SCC), que no distingue entre los diferentes segmentos de clientes, siendo necesario que Telefónica facilite los criterios de reparto utilizados para realizar tal distinción, a través de informes extracontables o de cualquier otro tipo de herramienta, así como los costes de comercialización minorista imputados a cada uno de los segmentos de clientes.
- El análisis de replicabilidad de los paquetes convergentes de Telefónica también tendrá en cuenta los costes comerciales imputables al componente de telefonía móvil, obtenidos a partir de la contabilidad de costes regulatoria de Telefónica Móviles.
- Solo se considerarán los ingresos y costes correspondientes a los servicios minoristas que se identifiquen como relevantes, que son el de acceso a Internet de banda ancha y los que se comercializan de manera empaquetada con éste (como el acceso telefónico, el de tráfico de voz fija o la televisión de pago).
- De entre los distintos centros de actividad del SCC de Telefónica, sólo se utilizan aquellos que se consideren relevantes a efectos del test de replicabilidad.

Los costes comerciales se determinan en un porcentaje sobre el total de ingresos.

Entiende que el aumento del porcentaje de costes comerciales no tiene reflejo en ninguno de los centros de costes, y se incluyen partidas que no se deberían incluir, no compartiendo el listado de centros de actividad aplicados. Mantiene que el sistema de contabilidad de costes aprobado por la CNMC ya contempla el reparto de las cuentas contables correspondientes a tasas y tributos a la totalidad de los servicios mayoristas, por lo que si la CNMC en los costes minoristas obliga a incluir costes provenientes de tasas y tributos se estaría produciendo una doble imputación en el test de replicabilidad.

El cambio de porcentaje de costes comerciales se encuentra justificado en la resolución impugnada, señalando que el cambio de la magnitud "no responde a un supuesto "cambio en la metodología de cálculo". El cálculo realizado en la Resolución del ERT se basó en las fuentes disponibles por la CNMC en ese momento, puesto que no fue posible utilizar las contabilidades segmentadas de Telefónica y de Telefónica Móviles. La propia Resolución señala que dicho cálculo podría ser revisado en el momento en que se dispusiera de la información de la contabilidad de costes de Telefónica y Telefónica Móviles conforme a lo dispuesto en su Anexo IV".

Con relación a la inclusión de inclusión de los centros de actividad "Costes específicos de IP-ISP" y "Tributos" indica la resolución que "Ambos centros de actividad se corresponden con costes en los que debería incurrir un operador alternativo que comercializara productos de banda ancha sujetos al test de replicabilidad. De hecho, Telefónica incluía los costes correspondientes a ambas actividades en la respuesta al requerimiento



de información semestral que tenía lugar en el marco de la metodología anterior. Además, la cuestión relativa al centro de actividad "Tributos Locales" fue abordada en la Resolución de 26 de julio de 2018, sobre el test de replicabilidad empresarial. En dicho procedimiento se identificó que los operadores alternativos que recurren a los servicios mayoristas de Telefónica también incurrir en costes significativos por este concepto, y se determinó que éstos deben ser tenidos en cuenta en dicho test. De manera coherente con lo establecido en la Resolución del ERT empresarial, el cálculo de los costes comerciales utilizados en el test de replicabilidad residencial debe incluir el centro de actividad "Tributos Locales", sin perjuicio de que este valor pueda ser actualizado por la CNMC en función de la evolución de la tributación efectiva que soporte Telefónica o debido al cálculo de un valor específico para la presente metodología".

De lo expuesto, podemos concluir que la resolución recurrida no efectúa cambios de criterio en la metodología ERT respecto de los costes comerciales, sino que justifica la revisión en la información de la contabilidad de costes de Telefónica y Telefónica Móviles, aportada tras los diversos requerimientos efectuados, que han permitido determinar los costes, estando adecuadamente justificados y motivados, sin que se haya practicado prueba alguna en contrario que desvirtúe el porcentaje de costes comerciales establecido por la resolución.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente, sin que el límite máximo de aquéllas, considerando la complejidad y alcance del asunto planteado, pueda exceder de la suma de 3.000 euros por todos los conceptos.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente hasta un importe máximo de 3.000 euros 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.