



Roj: **STS 620/2025 - ECLI:ES:TS:2025:620**

Id Cendoj: **28079130032025100020**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/02/2025**

Nº de Recurso: **2850/2022**

Nº de Resolución: **140/2025**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 371/2022,**
ATS 10553/2022,
STS 620/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 140/2025

Fecha de sentencia: 11/02/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **2850/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/02/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **2850/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 140/2025

Excmos. Sres.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas



D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 11 de febrero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado con el número **2850/2022**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Gloria Robledo Machuca, en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U., bajo la dirección letrada de José Giménez Cervantes y Gonzalo Sanz Bravo, contra la sentencia de la Sección Octava, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 390/2018, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de Telefónica de España, S.A. contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de enero 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 comercializados en el segmento residencial y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas.

Han sido partes recurridas:

- El Abogado del Estado en la representación que ostenta.
- El procurador de los Tribunales Roberto Alonso Verdu en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE S.A.U.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En el recurso contencioso-administrativo número 390/2018, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 25 de enero de 2022, cuyo fallo dice literalmente:

«Que debemos **DESESTIMAR como DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.** contra la Resolución dictada el día 6 de marzo de 2018 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas con la limitación en su importe establecida en el fundamento jurídico duodécimo.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

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

- Con fecha 24 de febrero de 2016, el Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) adoptó la Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (Resolución de los mercados 3 y 4).

Esta Resolución está vigente desde el día siguiente a su publicación en el BOE, es decir, desde el 4 de marzo de 2016.

- En dicha Resolución se impuso a Telefónica de España S.A.U. (Telefónica) la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso desagregado virtual al bucle de fibra óptica (FTTH), denominado NEBA local, en los términos de su Anexo 4.

La citada Resolución establece que "[l]os precios del servicio mayorista NEBA local deben garantizar que los operadores alternativos puedan reproducir las ofertas minoristas de los servicios BAU de Telefónica, en su condición de operador con PSM en el mercado de referencia. Con el objetivo de prevenir una combinación de precios a nivel minorista y mayorista que haga que las ofertas de los servicios BAU de Telefónica no sean replicables para un operador alternativo a partir del servicio NEBA local, los precios de este servicio mayorista de acceso están sujetos a un test de replicabilidad económica".



- Igualmente, la Resolución de 24 de febrero de 2016 impuso a Telefónica la obligación de prestar un servicio mayorista de acceso indirecto sobre la red de fibra (NEBA). En lo que respecta este servicio, los precios que establezca Telefónica "deberán garantizar que los operadores alternativos puedan reproducir las ofertas minoristas de los servicios BAU de Telefónica dirigidas a los clientes residenciales. Con este objetivo, los precios de este servicio mayorista de acceso están sujetos a una obligación ex-ante de control de precios conforme a un test de replicabilidad económica".

- Los aspectos definitorios del test de replicabilidad aplicable a los servicios NEBA prestados sobre accesos FTTH (NEBA fibra) y NEBA local se concretarán en la metodología que se apruebe a tal efecto. Por ello, "la CNMC incoará un expediente específico con el objeto de analizar y determinar los detalles de esta metodología".

- La Resolución de 24 de febrero de 2016 mantiene, por otra parte, el conjunto de obligaciones en materia de comunicación y replicabilidad económica que, para las ofertas dirigida al segmento residencial y comercializadas sobre la base de la red de cobre de Telefónica, el regulador sectorial ha venido configurando a partir de 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 (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones

TERCERO-. Las pretensiones ejercitadas por la recurrente se determinan en la página 47 del escrito de demanda, y en el suplico de esta, y son dos, en primer lugar, la anulación de la resolución impugnada, y, en segundo lugar, el restablecimiento de la situación jurídica de Telefónica mediante una indemnización.

Es por tanto necesario analizar en primer lugar la pretensión de anulación o declaración de nulidad del acto administrativo impugnado.

Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: aunque Telefónica acepta su sujeción al Test de replicabilidad económica, considera que el ERT establecido en la Resolución impugnada, por sus condiciones sustantivas y procedimentales es ilegal porque.

(i) No permite a Telefónica calcular por sí misma el resultado de la aplicación del Test antes de fijar sus precios (por ejemplo, al lanzar un nuevo producto), ni permite comprobar si los resultados del Test que lleva a cabo la CNMC son ajustados a la metodología.

Y ello porque, según alega, 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). Con ello, 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.

Con ello, se vulneran 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, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (la "Directiva 2002/21" o "Directiva Marco"), y en el 68.3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones ("LGTel"); por la misma razón, se infringe también el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución ("CE"); y, en fin, los principios de buena regulación del artículo 129, apartados 1, 4 y 5, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("LPAC").

(ii) El diseño de la metodología se separa en algunos aspectos de la realidad del mercado y restringe improcedentemente las opciones comerciales del Telefónica, en infracción del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 8.5 de la Directiva Marco, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución.

Así, por una parte, el ERT sobreestima palmariamente los costes que tendría que soportar el operador alternativo, haciendo que puedan aparecer como "no replicables" precios de Telefónica que, en realidad, sí lo son. Esto hace que el Test no sirva a la finalidad que lo justifica (evaluar la replicabilidad de los precios de Telefónica).

En concreto, (i) el cálculo del coste de red no tiene en cuenta que los competidores en la mayoría de los casos no usan los servicios mayoristas de Telefónica, sino que tienen red propia distribuida por toda España (además, en las zonas competitivas Telefónica ni siquiera está obligada a ofrecer el servicio mayorista); y (ii) los precios mayoristas de Telefónica que se tienen en cuenta en el ERT son los precios medios de las ofertas de referencia (es decir, las ofertas reguladas), sin incluir los descuentos que se derivan de los acuerdos comerciales (es decir, las ofertas libres) entre Telefónica y terceros operadores..

Por otra parte, el procedimiento del ERT fijado en la Resolución impugnada prevé que, en caso de que la oferta de Telefónica no supere el Test, la consecuencia solo puede ser la reducción del precio mayorista (y



no la elevación del precio minorista). Esta previsión restringe improcedentemente las opciones comerciales de Telefónica.

Finalmente, la metodología del ERT aprobada impide que el precio del servicio "NEBA fibra" pueda ser nunca superior al del servicio "NEBA local". Con ello, la CNMC solo se obliga a analizar la replicabilidad con los precios mayoristas del servicio NEBA local. Esta limitación del precio del NEBA fibra no está justificada y resulta desproporcionada, al impedir que Telefónica responda a la realidad del mercado y al desincentivar la inversión en nuevas infraestructuras, vulnera el objetivo de que la CNMC evalúe por separado cada servicio mayorista, y va más allá de lo necesario para simplificar el Test, al existir alternativas menos gravosas.

El segundo motivo de impugnación se fundamenta en que la metodología litigiosa infringe los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, y los infringe por dos motivos:

(i) tiende palmariamente a sobreestimar los costes que tendría que soportar el operador alternativo, haciendo que puedan aparecer como "no replicables" precios de Telefónica que, en realidad, sí lo son; y

(ii) restringe improcedentemente las opciones comerciales de Telefónica.

CUARTO-. Por su parte, el Abogado del Estado en la contestación a la demanda alega lo siguiente: comienza recordando y analizando los antecedentes de la resolución impugnada puntualizando que, de las pretensiones de Telefónica, parece deducirse su intención de no realizar el seguimiento continuo de la evolución de los parámetros del test, esperando a que sea la CNMC quien realice esta tarea y limitándose a "supervisar" la actuación del regulador. Y no es ésta la vocación que inspira la Resolución del ERT. Pone el acento en la flexibilidad con que ahora cuenta Telefónica, flexibilidad que implica la asunción de responsabilidades adicionales, especialmente cuando Telefónica cuenta con todas las herramientas necesarias para ejercerlas.

Señala específicamente que " De las pretensiones de Telefónica, tanto en este procedimiento, como en el procedimiento ordinario 8/851/2018, parece deducirse su intención de no realizar el seguimiento continuo de la evolución de los parámetros del test, esperando a que sea la CNMC quien realice esta tarea y limitándose a "supervisar" la actuación del regulador. Como se ha expresado previamente, no es ésta la vocación que inspira la Resolución del ERT. La flexibilidad con que ahora cuenta Telefónica implica también la asunción de responsabilidades adicionales, especialmente cuando Telefónica cuenta con todas las herramientas necesarias para ejercerlas."

Pone de relieve la diferencia entre metodología, que supone establecer las reglas aplicadas, y cálculo, y considera que la actora pretende supervisar la correcta ejecución de los cálculos concretos por la CNMC, invirtiendo la carga de la prueba. Considera que se proporciona por la Administración la información necesaria para que Telefónica pueda conocer cómo se han efectuado los cálculos correspondientes; así como para determinar los productos emblemáticos. No hay, en definitiva, vulneración alguna de los principios invocados de objetividad, transparencia, y entorno regulatorio previsible.

Considera que los argumentos de la demanda se fundamentan en bases conceptuales erróneas, y que la CNMC respondió profundamente a las cuestiones planteadas en la Resolución de los mercados de banda ancha -en la que se fija el criterio adoptado- y en la propia Resolución del ERT. Telefónica vuelve a incurrir de nuevo en un error conceptual. El test de replicabilidad recae exclusivamente sobre los servicios regulados NEBA local y NEBA fibra (las denominadas ofertas de referencia), y no sobre acuerdos negociados por Telefónica al margen de éstos. La Recomendación se refiere a los precios de las ofertas de referencia, no a precios incluidos en acuerdos bilaterales.

Considera que la actuación regulatoria de la CNMC se ajusta plenamente al contenido de la Recomendación de no discriminación.

Alega que, si se estimase la demanda, la anulación debe alcanzar, exclusivamente, a los apartados afectados por dichos motivos; no a la totalidad de la Resolución, lo que supondría anular apartados que ni siquiera han sido discutidos.

En último lugar, y en relación con la segunda pretensión, que se reconozca el derecho de la recurrente a una indemnización, de estimarse la demanda, la CNMC habría de dictar una nueva Resolución, con el contenido que proceda, en función del alcance de la sentencia, y aplicarla desde el momento en que surtió efectos la Resolución aquí impugnada; de modo que será entonces cuando habrá de comprobarse, previos los cálculos correspondientes, la procedencia y cuantía en su caso de la indemnización pretendida. Pero ello debería llevarse a cabo en ejecución de sentencia, sin que pueda reconocerse en ésta una indemnización por diferencia de precios que, por el momento, no procede.

QUINTO-. Con carácter previo hay que recordar, en relación con las sucesivas incidencias procesales habidas en este litigio relacionadas con la confidencialidad de parte o partes del expediente administrativo, y



abundando sobre lo que se ha ido resolviendo en dichos trámites por esta Sala, que la información confidencial es información de la propia TELEFONICA, y con la declaración de confidencialidad se pretende la protección de los derechos de dicha empresa. Al ser información de su titularidad, esta Sala considera que sus derechos constitucionales no se ven comprometidos por no levantarse la declaración de confidencialidad, ni desde luego se le ha ocasionado indefensión alguna.

El Abogado del Estado al contestar a la demanda aporta un documento que contiene las referencias concretas a los datos confidenciales, señalando que no deben tener acceso a los mismos más que la propia Administración y la actora. Es decir, se trata de proteger la información de la propia recurrente, en un litigio en el que además se han personado sus competidores más directos y en el que estos codemandados no han contestado a la demanda ni formulado escritos de conclusiones.

El acceso al correspondiente material probatorio no ha estado vedado a la recurrente por las circunstancias descritas, y dado su conocimiento del mismo, ha podido formular sus alegaciones con pleno conocimiento de los datos relevantes. De hecho, el mantenimiento de determinados documentos como confidenciales es para proteger los propios secretos comerciales de la recurrente. A título de ejemplo, como señala el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, nota a pie de página 3 en la página 5 del escrito " De conformidad con el PRIMER OTROSÍ DICE de la presente contestación, se acompaña como DOCUMENTO N.º 1, relación, identificación y contenido de la información confidencial a que se irá haciendo referencia, con indicación de su correspondencia con el párrafo que hace mención de ella. Habida cuenta de ese carácter confidencial, no podrá concederse acceso a dicho documento a terceros distintos de la propia Sala a la que nos dirigimos y Telefónica."

Por otra parte, no puede olvidarse que este expediente no es un expediente sancionador, sino que se está implementando un test de replicabilidad económica, a su vez consecuencia de una Resolución del Pleno de la CNMC de 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.

SEXTO-. Co nstituyen un antecedente inmediato de esta sentencia las siguientes dictadas por esta Sala y sección:

- . Sentencia de 16 de mayo de 2018 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 224/2016 interpuesto por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA SAU contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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.

La sentencia fue desestimatoria, y por auto del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019 se inadmite el recurso de casación interpuesto por la ahora actora contra dicha sentencia.

- . Sentencia de 3 de diciembre de 2021 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 922/2018 interpuesto por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA SAU contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de julio de 2018 por la que se aprueba el test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento empresarial. La sentencia es desestimatoria pero aún no es firme.

SÉPTIMO-. En este litigio se está impugnando una resolución del regulador, en ejecución de lo previsto en otra anterior, impugnada ante esta Sala y confirmada, la 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, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

Como consecuencia del nuevo sistema de determinación de los precios de los servicios mayoristas de NEBA local y NEBA fibra por la recurrente, se establece un control de la replicabilidad de dichos precios, de manera que el regulador pueda verificar si los operadores alternativos teóricamente eficientes pueden emular las características y precios de los productos BAU emblemáticos de Telefónica. (producto o empaquetamiento prestado sobre la red de fibra que la CNMC ha identificado como uno de los más representativos de Telefónica, de acuerdo con los criterios establecidos en la metodología).

En primer lugar, se alega por la parte actora que la Resolución Impugnada vulnera los principios de objetividad, transparencia y entorno regulatorio previsible recogidos en el artículo 8.5 de la Directiva Marco y el artículo 5.2 de la Directiva de Acceso, así como los artículos concordantes de la LGTel, y el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución y el artículo 129 de la LPAC.



La Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) establece en su artículo 8 párrafo 4 (no hay párrafo 5) lo siguiente:

"4. Las autoridades nacionales de reglamentación promoverán los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea, entre otras cosas:

- a) velando por que todos los ciudadanos dispongan de acceso a un servicio universal especificado en la Directiva 2002/22/CE (Directiva servicio universal);
- b) garantizando a los consumidores un alto nivel de protección en su relación con los suministradores, en particular garantizando la disponibilidad de procedimientos sencillos y poco onerosos para la resolución de litigios, efectuados por organismos independientes de las partes interesadas;
- c) contribuyendo a garantizar un alto nivel de protección de los datos personales y de la intimidad;
- d) fomentando que se facilite información clara, en particular exigiendo la transparencia de las tarifas y condiciones de uso de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público;
- e) respondiendo a las necesidades de grupos sociales específicos, en particular de los usuarios con discapacidades; y
- f) garantizando la integridad y la seguridad de las redes públicas de comunicaciones."

Por su parte el art. 5.2 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) establece:

"2. Cuando impongan obligaciones a un operador para que facilite acceso con arreglo al artículo 12, las autoridades nacionales de reglamentación podrán establecer determinadas condiciones técnicas u operativas a los proveedores y/o beneficiarios de dicho acceso, de conformidad con la legislación comunitaria, cuando ello sea necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red. Las condiciones relativas a la aplicación de determinadas normas o especificaciones técnicas cumplirán lo dispuesto en el artículo 17 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco)."

Por su parte el artículo 129 de la ley 39/2015 recoge detalladamente los principios de buena regulación.

Igualmente es de tomar en consideración, en la resolución de este recurso, 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 (2013/466/UE).

Es fundamental recordar que la recomendación de la Comisión de referencia de 11 de septiembre de 2013 regula lo que denomina "Garantizar la replicabilidad técnica de las nuevas ofertas minoristas del operador con PSM" en los siguientes términos:

"11. Las ANR deben exigir a los operadores con PSM sujetos a una obligación de no discriminación que suministren a los solicitantes de acceso los insumos al por mayor regulados que realmente permitan a dichos solicitantes replicar técnicamente las nuevas ofertas minoristas de la división minorista descendente del operador con PSM, especialmente cuando no se aplique plenamente la EdI.

12. A tal efecto, y para garantizar unas condiciones de igualdad entre la división minorista descendente del operador con PSM y los terceros solicitantes de acceso, las ANR deben garantizar que los solicitantes de acceso internos y terceros tengan acceso a la misma información técnica y comercial relativa al insumo al por mayor regulado pertinente, sin perjuicio de las normas relativas a la confidencialidad aplicables. La información pertinente incluye información sobre los nuevos insumos al por mayor regulados o sobre las modificaciones de los insumos al por mayor regulados ya existentes, que debe suministrarse con arreglo a los plazos definidos caso por caso. "

OCTAVO-. La actora considera que la metodología aplicada por la CNMC es una "caja negra", ya que no es posible anticipar con un grado de certidumbre razonable qué respuesta va a dar la CNMC en sus revisiones semestrales. Esto se debe a que el ERT, tal y como ha quedado definido, otorga a la CNMC un amplísimo margen de apreciación en varios aspectos (qué productos son emblemáticos, cómo se calculan los costes) que impiden prever su resultado.

Los motivos por los que Telefónica considera que se verá obligada a tomar "a ciegas" decisiones comerciales fundamentales son, resumidamente, los siguientes:



(i) La Resolución Impugnada prevé que la identificación de ciertos productos emblemáticos de Telefónica se hará al mismo tiempo que el Test (por lo tanto, Telefónica no sabía, cuando fijó el precio minorista de ese producto, que se iba a hacer el Test respecto de ese producto). Asimismo, la CNMC decidirá al mismo tiempo que el test qué productos se incluyen en una "familia" de productos.

(ii) La concreción del importe de cada coste que se incluye en el Test se basa en una "reconstrucción" o "tratamiento" que hace la CNMC a la vista de la información aportada por Telefónica; ese tratamiento que la CNMC hace de la información no es conocido de antemano por Telefónica.

La falta de objetividad y transparencia es tan grave, continúa alegando, que, incluso a posteriori, cuando la actora recibe las resoluciones que aplican el Test, no le resulta posible reconstruir el criterio aplicado por la CNMC.

El Abogado del Estado, en relación con el primer motivo de recurso, recuerda que el test de replicabilidad sólo se aplica a los productos calificados como "emblemáticos". La Resolución impugnada estableció tres criterios para identificar qué productos se consideran emblemáticos:

- a. Productos más contratados, hasta llegar al 80% de los clientes de Telefónica (criterio 1).
- b. Productos que resultan de añadir a productos previamente calificados como emblemáticos nuevas prestaciones o rebajas de precios⁷ (criterio 2).
- c. Productos que, por su especial trascendencia y carácter disruptivo, sean calificados como productos emblemáticos en el marco de un procedimiento específico (criterio 3).

El recurrente refiere que no es posible conocer con antelación qué productos son considerados como emblemáticos mediante el tercer criterio y con respecto a los otros dos, considera que la CNMC puede cambiar la composición de las familias de productos y puede hacerlo sin avisar.

En cuanto a las alegaciones relativas a la determinación de los productos emblemáticos, la Sala alcanza las siguientes conclusiones:

1- 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"

La calificación de un producto mediante el tercer criterio está amparada en las previsiones de la Recomendación de no discriminación; que contempla expresamente la posibilidad de calificar como emblemático un producto a partir de factores diferentes a su número de líneas: "las ANR deben considerar si un determinado producto minorista, que puede no estar entre los productos minoristas más importantes del operador con PSM, es especialmente atractivo para los operadores alternativos que se pudieran centrar en cierto nicho o en productos minoristas de menor calidad. Las ANR pueden optar por incluir ese producto entre los productos emblemáticos".

La Resolución ERT apartado III.2.2.3 establece las condiciones mínimas de calificación, y que esta calificación de un producto como emblemático se encuentre debidamente motivada.

2- Igualmente la Sala concluye que no hay riesgo de que un producto sea calificado como emblemático y además sea irreplicable (con referencia al criterio 1 Productos más contratados, hasta llegar al 80% de los clientes de Telefónica): como alega el Abogado del Estado, en general, un producto calificado como emblemático mediante el tercer criterio acabaría siendo calificado como tal mediante el primero en el corto o medio plazo, probablemente en la siguiente revisión de parámetros. La modificación de los precios mayoristas como resultado de la aplicación del tercer criterio sólo adelantaría así una medida que tendría lugar en un horizonte temporal próximo, pero con la ventaja de que no se producirían daños como consecuencia de una intervención regulatoria tardía.

3- La Sala aprecia que no hay riesgo de cambio de la composición de las familias de productos, en relación con el criterio 2 "productos que resultan de añadir a productos previamente calificados como emblemáticos nuevas prestaciones o rebajas de precios" o que la CNMC cambie sin avisar los productos que forman parte de una "familia". Lo que la recurrente identifica como "familias" es el conjunto que la CNMC agrupa incluyendo a todas las posibles combinaciones vinculadas a un producto determinado, calculando un VAN conjunto.

Y la CNMC establece unas reglas que rigen los posibles cambios en la estructura del catálogo comercial de la actora, cambios 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 del operador interesado, que, en este caso, obviamente, sería la recurrente.



Por último, como alega el Abogado del Estado al contestar a la demanda, sin que sus afirmaciones hayan sido objeto de contradicción por la actora en el escrito de conclusiones, desde la aprobación de la Resolución del ERT, en marzo de 2018, Telefónica ha notificado a la CNMC más de 3.000 productos de banda ancha, todos ellos sometidos al test de replicabilidad y en torno a 14.000 ofertas promocionales, sin que se haya producido ningún ajuste en los precios de los servicios mayoristas NEBA local y/o NEBA fibra. Esto revela que la recurrente conoce perfectamente el test de replicabilidad, sus criterios de valoración y los parámetros utilizados. No cabe duda, en consecuencia, de que pese a alegar lo contrario, la actora puede conocer y conoce las exigencias del test litigioso.

NOVENO-. Continuando con el examen de las alegaciones de la actora, la metodología infringe los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad por tres motivos, el primero de los cuales es que la CNMC sobreestima los costes que tendría que soportar el operador alternativo, haciendo para Telefónica más difícil superar el Test de lo que se deriva de las condiciones reales de mercado. En estas circunstancias, puede suceder que lleguen a aparecer en el Test como "no replicables" precios de Telefónica que, en realidad, sí lo son. Si la metodología altera las condiciones reales de mercado y puede llegar a abarcar situaciones en las que las ofertas de Telefónica sí son en realidad replicables, resulta evidente que la metodología aprobada en la Resolución impugnada va más allá de lo necesario y resulta, por ello, desproporcionada.

Es necesario partir de la base de que, como ya se señaló más arriba, ha cambiado el modelo de metodología: ya no se vincula el cálculo de los costes comerciales exclusivamente a la contabilidad regulatoria que TELEFONICA remite a la CNMC cada año, sino que se establece un sistema denominado "Estándar de costes" de acuerdo con el Anexo II de la Recomendación de la Comisión Europea. Y se concreta la manera en que opera el mencionado estándar de costes en el contexto del ERT.

Así en el apartado IV.4.2 se parte de la constatación de que " El modelo bottom-up de la CNMC no cubre los costes de comercialización minorista. Por ello, su determinación en el marco del ERT se realizará basándose en la contabilidad de costes regulatoria de Telefónica. No obstante, la contabilidad de costes de Telefónica no es una fuente directamente aplicable al ERT, por lo que se requiere llevar a cabo determinadas actuaciones."

La CNMC analiza y explica por qué la contabilidad de costes de Telefónica no es una fuente directamente aplicable al ERT:

1-. "El ERT limita su alcance a los clientes residenciales (en el sentido de la Resolución de los mercados 3 y 4). Sin embargo, la contabilidad de costes regulatoria de Telefónica no distingue entre los diferentes segmentos de clientes. Resulta por tanto preciso que Telefónica facilite a la CNMC 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 de Telefónica. En todo caso, se deberá garantizar la trazabilidad entre la información procedente del SCC y aquella utilizada como referencia en el test de replicabilidad."

2-. " Telefónica comercializa de manera mayoritaria empaquetamientos que incluyen un componente de telefonía móvil. Los costes comerciales imputables al componente de telefonía móvil de los paquetes convergentes deben también ser tenidos en cuenta en el análisis de replicabilidad de estos productos. En consecuencia, también será preciso contar con información contable de Telefónica Móviles, sujeta a las mismas exigencias de trazabilidad que la de Telefónica."

3-. " El ERT sólo considerará 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)."

4-. " Igualmente, sólo se tendrán en cuenta los centros de actividad relevantes de cara al ERT. Serán, por tanto, excluidos los centros de actividad que se correspondan con elementos cubiertos por los distintos servicios mayoristas o por los modelos de costes de red propia utilizados en el test. Los centros de actividad relevantes, además, se limitarán a los atribuibles directamente a los servicios minoristas que queden dentro del alcance del test de replicabilidad."

Por último, continúa señalando la CNMC " Para minimizar los efectos derivados de la falta de correspondencia temporal entre periodos resulta necesario contar con datos lo más actualizados posible. Por este motivo se tomará como referencia la última contabilidad presentada por Telefónica. En los expedientes de revisión de parámetros se podrán llevar a cabo las regularizaciones necesarias para corregir, en su caso, las diferencias que sean detectadas entre la versión entregada de la contabilidad y la auditada."

El conjunto de estas previsiones es coherente con el nuevo sistema implementado, y no aprecia la Sala que las mismas supongan una infracción de los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad.



DÉCIMO-. La actora continúa alegando que la resolución impugnada restringe improcedentemente las opciones de Telefónica, impidiendo que, si no se supera el Test, pueda optar legítimamente por elevar los precios minoristas para que los VAN sean positivos. Igualmente sostiene que el regulador asimila injustificadamente el servicio NEBA fibra al NEBA local, impidiendo que Telefónica responda a la realidad del mercado y fomente la inversión de los operadores alternativos, e incumpliendo la obligación de la CNMC de evaluar por separado la replicabilidad de la oferta de Telefónica para cada servicio mayorista. Además, esta asimilación es totalmente innecesaria para simplificar el Test, al existir alternativas manifiestamente menos gravosas.

Esta alegación no encuentra soporte probatorio en los autos como se analizará a continuación.

La actora ha fundamentado sus conclusiones en el informe pericial de parte elaborado por RBB Economics, y suscrito y ratificado ante esta Sala por Blas y Modesta .

Las conclusiones de este informe son las siguientes:

"Primera. El test de replicabilidad de la CNMC se basa en el supuesto de que los operadores alternativos prestan sus servicios de fibra utilizando el servicio mayorista de Telefónica NEBA local en todo el territorio nacional. Este supuesto es ajeno a la realidad, ya que: (i) Telefónica no está obligada a prestar este servicio, y de hecho no lo presta, en los 66 municipios de la denominada zona BAU; (ii) los principales operadores alternativos disponen de redes de acceso propias en las zonas más densamente pobladas, y utilizan dichas redes para prestar servicio, y no los servicios mayoristas de Telefónica, allí donde disponen de ellas. El coste de las redes de acceso propias es además sustancialmente más bajo que el coste de los servicios mayoristas NEBA. Esto implica que la CNMC infla de forma artificial los costes que realmente supone para un operador igualmente eficiente replicar las ofertas de Telefónica, dificultando que dichas ofertas superen el test ERT, y pudiendo llevar a que una oferta se considere no replicable cuando en realidad sí lo es.

Este supuesto de la CNMC supone además un cambio injustificado con respecto a la metodología que la CNMC aplicaba anteriormente para el análisis de la replicabilidad de las ofertas minoristas de Telefónica. También es contrario a los principios que según la CNMC debería guiar el test de replicabilidad, al limitar de forma injustificada la flexibilidad comercial de Telefónica, que se ve obligada a subvencionar los costes de los operadores alternativos fuera de la zona BAU, y/o a mantener precios minoristas superiores a los que podría fijar en una situación no distorsionada por el ERT de la CNMC, y desincentiva el desarrollo de redes alternativas a la de Telefónica fuera de la zona BAU. Todo ello se traduce en un perjuicio para los consumidores de servicios de fibra.

Segunda. La metodología de la CNMC no es lo suficientemente transparente y clara, y de hecho es incompleta, al no explicar la forma de cálculo de parámetros clave para el test de replicabilidad, incluyendo la identificación de los productos emblemáticos que son sometidos al test, los costes de red troncal propia, los costes comerciales, el coste de los componentes de telefonía móvil y audiovisual de las ofertas empaquetadas y otros, hasta el punto de que no es posible replicar el cálculo de los parámetros utilizados por la CNMC en su test ni siquiera a posteriori (es decir, después de que la CNMC publique los resultados de la aplicación del test).

Esta falta de transparencia, en un contexto en el que las ofertas minoristas de Telefónica son sometidas a un control ex post, hace que resulte imposible para Telefónica fijar sus precios minoristas y mayoristas con la suficiente certidumbre sobre el resultado del test, lo que limita injustificadamente la flexibilidad comercial de la que la CNMC supuestamente pretendía dotar a Telefónica. Esto se traduce en un perjuicio para los consumidores de servicios de fibra. Así, la incertidumbre sobre si un producto concreto será considerado emblemático por la CNMC puede llevar a Telefónica a no introducirlo, ante el riesgo de que sea sometido al ERT y fuerce una reducción del precio mayorista del servicio NEBA. De forma similar, y ante este mismo riesgo, la incertidumbre sobre el valor de los parámetros de ingresos y costes que considerará la CNMC en el ERT puede llevar a Telefónica a adoptar un criterio conservador y fijar precios minoristas más altos.

El análisis de sensibilidad realizado confirma que existe un riesgo real y relevante de que variaciones imprevisibles para Telefónica en el valor de los parámetros considerados por la CNMC en el ERT lleven a que sus ofertas no superen el test de replicabilidad, y que el impacto en los precios minoristas de Telefónica de este riesgo puede ser significativo.

Tercera. El ERT adolece además de otras deficiencias y debilidades, incluyendo:

- La equiparación de los servicios NEBA fibra y NEBA local, mediante la aplicación al servicio NEBA fibra del precio máximo que, de acuerdo con el test de replicabilidad, podría fijarse para el servicio NEBA local, carece de sentido, en particular teniendo en cuenta que se trata de servicios pertenecientes a mercados relevantes distintos con distintas áreas de cobertura, con estructuras y conceptos tarifarios diferentes, y destinados a satisfacer demandas diferenciadas. Prueba de ello es que la CNMC, en la Resolución en la que establece las



obligaciones relativas a estos servicios, los incluye en mercados relevantes distintos, lo que implica que no los considera sustitutivos desde la perspectiva de la demanda teniendo en cuenta sus características técnicas, sus funcionalidades y su coste. La propia CNMC en la misma Resolución establece de hecho que el servicio NEBA local es una alternativa más adecuada para aquellos operadores que quieran incluir el servicio de televisión dentro de su oferta de servicios.

- La CNMC excluye sin una justificación rigurosa los descuentos sobre el precio del servicio NEBA local estipulados en los acuerdos de Telefónica con los operadores alternativos. En concreto, la CNMC no analiza de forma pormenorizada los acuerdos y descuentos en cuestión, con el objeto evaluar si se refieren a servicios equivalentes a los de la oferta de referencia y/o se encuentran justificados de forma objetiva. La exclusión de los descuentos supone que la CNMC no tiene en cuenta el coste real de los servicios NEBA, e infla de forma artificial los costes que supone para los operadores alternativos igualmente eficientes prestar el servicio, lo que puede llevar a la conclusión de que una oferta no es replicable cuando en realidad sí lo es. La exclusión de los descuentos es además inconsistente con las recomendaciones de la Comisión Europea, que establecen que el test de replicabilidad ex ante para las ofertas de fibra debe tomar en consideración el precio realmente cobrado."

Por su parte el Abogado del Estado igualmente ha aportado a autos informe pericial elaborado por Juan Ignacio y Jose Ángel. Se trata de un "contrainforme" que recoge las siguientes conclusiones:

" Los argumentos de RBB Economics acerca de una supuesta "Falta de transparencia" se basan en valoraciones genéricas que no encuentran ningún sustento en cálculos o datos. El desconocimiento del test por parte de RBB no es una prueba de su falta de transparencia. La propia Telefónica es la fuente de multitud de parámetros del test, por lo que conoce perfectamente su funcionamiento y sus parámetros, tal como muestra el envío de la carta a los clientes de O2 en la que se les informaba de que se les aplicaba una reducción de precios como consecuencia de la revisión de los parámetros de la CNMC a pesar de que en ese momento Telefónica solo conocía el informe de los servicios de la revisión de parámetros.

La posibilidad de que la CNMC introduzca nuevos criterios de análisis de replicabilidad para adaptar la metodología a circunstancias nuevas de mercado en aras de la protección del entorno competitivo y de los consumidores y dentro del correspondiente procedimiento administrativo, no implica no debe ser confundida con "falta de transparencia" o con "inseguridad jurídica".

En primer lugar hay que recordar que la valoración de la prueba, incluida la pericial, corresponde al Juzgador y que esta prueba no es única o privilegiada, sino que debe valorarse en el conjunto de los elementos indiciarios o probatorios obrantes en los autos. El Tribunal Supremo, ha señalado que la discrepancia, cuando se trata de valorar, suele derivar del método utilizado y del marcado carácter de "arte" que la técnica pericial tiene. De aquí la versatilidad de este medio probatorio y la consiguiente cautela que los Tribunales deben tener en su apreciación.

Al tiempo, el Alto Tribunal, ha señalado igualmente que el resultado de la prueba pericial no vincula a los Tribunales jurisdiccionales, pues actúan con plenitud de jurisdicción, aceptándola o rechazándola según las razones que expongan, toda vez que la valoración de la prueba ha de hacerse considerando en su conjunto todos los resultados producidos por los diferentes medios probatorios, sin olvidar que cualquiera que sea el valor preferente que a alguna de las practicadas deba atribuirse, este criterio no puede nunca llegar al extremo de que baste su individual contemplación como provistas de fuerza vinculante para el órgano decisorio, por estar éste dotado de facultades de apreciación; y, mas singularmente, como la Sentencia de 15 de julio de 1991 subraya, que lo esencial en los dictámenes periciales no son las conclusiones, sino la línea argumental que a ellas conduce, dado que la fundamentación es la que proporciona fuerza convincente al informe. Abundando en estas consideraciones, las sentencias del Tribunal Supremo de 26-III-94, 10-VII-93 y 9-V-94 han insistido en que " La discrepancia, cuando se trata de valorar, suele derivar del método utilizado y del marcado carácter de "arte" que la técnica pericial tiene. De aquí la versatilidad de la prueba pericial y la consiguiente cautela que el Tribunal ha de tener en su apreciación, lo que justifica el empleo de reglas o principios de lógica o de sana crítica, que permitan con razonable seguridad, conocer la verdad, para decidir en consecuencia. "

El informe pericial de la parte actora, tras recoger como antecedentes el contexto de mercado, el contexto regulatorio, y la descripción del test de replicabilidad de la CNMC aborda el estudio de los "criterios para determinar los parámetros del ERT". Y encuentra que la CNMC goza de discrecionalidad a la hora de decidir que productos deben someterse al ERT, lo que a su vez genera incertidumbre a Telefónica. Igualmente concluye que no le es posible replicar el cálculo de los costes comerciales que hace la CNMC lo que implica que en el futuro tampoco podrá saber Telefónica que "valor de parámetro" utilizará la CNMC para el ERT. Esto lo considera fundamental partiendo de la base de que según los peritos de la actora "la metodología para el cálculo de



los parámetros forma parte integral de la metodología del ERT y no resulta posible anticipar si un producto superará el ERT sin conocer los detalles de dicha metodología".

Igualmente considera imposible replicar ex post el cálculo del coste de la red propia considerado por la CNMC, y anticipar el valor que se considerará en futuras revisiones.

Genera incertidumbre la que considera "indefinición" del coste de las líneas móviles incluidas en el precio del paquete, así como de las líneas móviles adicionales vinculadas a las ofertas empaquetadas.

Concluye que los parámetros utilizados por la CNMC no coinciden con la información proporcionada por Telefónica, y que no han podido replicar los parámetros utilizados por la CNMC con la información disponible.

No comparte el criterio de la CNMC consistente en equiparar los servicios NEBA fibra y NEBA Local por entender que se trata de servicios vinculados a mercados distintos con distintas áreas de cobertura, con estructuras y conceptos tarifarios diferentes destinados a satisfacer demandas diferenciadas.

Considera que la CNMC no justifica con el rigor exigible la exclusión de los descuentos de los acuerdos de Telefónica con terceros operadores, no tiene en cuenta el precio real o efectivo sino un precio teórico que es superior.

El informe pericial de la Administración demandada por su parte, contradice los argumentos del informe contrario: en cuanto a la supuesta falta de transparencia, comienza recordando que " la resolución del ERT impuso a Telefónica nuevas obligaciones de suministro de información, que entraban en vigor a partir de su aprobación. El cálculo de determinados parámetro estaba vinculado al cumplimiento de dicha obligación, y así lo previó la Resolución del ERT. Hasta que la CNMC no dispuso de toda la información necesaria no se pudo detallar como procede el cálculo de los parámetros afectados por la misma".

La Sala ha revisado las pruebas practicadas, y considera que la conclusión alcanzada por la parte demandada es conforme a derecho. No se aprecia la alegada falta de transparencia: la complejidad del test no implica per se la alegada imposibilidad de prever la mecánica de cálculo, ni la imposibilidad de reproducir los cálculos a realizar por la CNMC. La selección de los productos BAU emblemáticos es automática, el sistema de cálculo de costes comerciales ha quedado reflejado en una resolución posterior de la CNMC que detalla el mismo, y en cuanto a las alegaciones de que RBB no puede replicar determinados cálculos, esta afirmación por si misma no es suficiente. La Administración ha justificado que dicha alegada "imposibilidad" no es tal y que se debe a una incompleta comprensión de los elementos a tomar en consideración o bien a una indebida valoración de los componentes afectados, como es el caso del componente televisión de pago.

Se expone por la Administración como una vez la CNMC dispuso de información real sobre el número de altas y bajas de NEBA local, la resolución dictada el día 3 de abril de 2019 describe el cálculo llevado a cabo por la Administración.

El perito de la actora manifestó literalmente que el regulador no puede regular sobre un precio incontrolable. No se ha establecido por la actora esa supuesta condición de " incontrolables" de los precios : como pone de manifiesto el informe de los peritos de la Administración, " la afirmación de RBB Economics acerca de la imposibilidad de reproducir el margen correspondiente a cada tarifa de telefonía y banda ancha móvil no se fundamenta en ningún cálculo o en cualquier otro tipo de prueba, sino que se limita a aludir genéricamente a una supuesta imposibilidad de replicar los cálculos realizados por la CNMC. RBB Economics no aclara qué aspecto metodológico dificulta la reproducción de los cálculos de la CNMC, o qué resultado obtiene si intenta calcular el margen correspondiente al componente de telefonía y banda ancha móvil. Tampoco señala en qué punto del análisis se encuentran datos que no se corresponden con información procedente de las respuestas de Telefónica a sus obligaciones de información periódica. "

En resumen: las consideraciones del informe pericial aportado por la actora son puramente teóricas, no se sustentan en cálculos concretos ni incluyen razonamientos sustentados en datos comprobables por esta Sala. La evidente complejidad del test justifica la dificultad de replicar cálculos, pero no puede concluirse como pretende la actora en la falta de transparencia para la misma, disponiendo, como dispone, no solo de la sistemática correspondiente, sino de su propia información detallada, que una vez en poder de la CNMC, sirve de base para la elaboración de los distintos componentes del ERT.

En el escrito de conclusiones la actora alega que " La CNMC podría haber ganado el debate sobre la falta de transparencia simplemente explicando en detalle cómo funciona el Test (y justificando en qué medida este funcionamiento se deduce del contenido de la Resolución Impugnada)." Igualmente alegan que " A la vista del resultado de la declaración, entendemos que la objetividad exigible no existió. No opinaron como analistas objetivos de la documentación examinada para redactar su informe pericial, sino que defendieron (faltando incluso a la verdad, como explicaremos después) el modelo de la Resolución Impugnada como si



fuera suyo. No actuaron en su condición de peritos, sino de empleados de la CNMC responsables del control de la replicabilidad de la oferta comercial de Telefónica, que defienden con vehemencia "nuestro" trabajo, "nuestras" decisiones y "nuestro Test".

Estas conclusiones no son compartidas por la Sala: tanto el perito de la actora como los de la Administración, trataron en todo momento de dar respuesta a las cuestiones planteadas en los autos, aquel para sostener la tesis de la recurrente, estos para poner de manifiesto las sucesivas inconsistencias del informe de RBB Economics.

En efecto, no es suficiente con declarar que no se ha sido capaz de replicar el test para concluir, como se pretende, que el test es incomprensible y que carece por completo de transparencia. No se ha establecido así mediante la prueba practicada, y por el contrario, este Tribunal considera que el sistema es complejo, pero coherente, y que dentro de estas complejidad y coherencia, TELEFONICA no está sometida a las limitaciones que denuncia, máxime teniendo en consideración la sistemática del procedimiento litigioso.

En contra de lo afirmado, la CNMC estaba plenamente legitimada para aprobar el Test de replicabilidad aun a falta de determinada información. No está el regulador afrontando una situación en la que el mercado permanece congelado, y por tanto las previsiones son inmutables. Es necesario tomar en consideración la evolución del mercado o los cambios en los hábitos de consumo de los clientes, todo lo cual es igualmente apreciable y valorable por la empresa recurrente, dada su posición en el mercado. De realizarse el test en la forma "alternativa" propuesta por la recurrente, este quedaría esclerotizado y no podría cumplir con su propósito.

Procede, en consecuencia, desestimar este primer motivo de recurso.

UNDÉCIMO-. El segundo motivo de impugnación se fundamenta en que la metodología litigiosa infringe los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, dado que, según la recurrente, tiende palmariamente a sobreestimar los costes que tendría que soportar el operador alternativo, haciendo que puedan aparecer como "no replicables" precios de Telefónica que, en realidad, sí lo son; y además, restringe improcedentemente las opciones comerciales de Telefónica.

En primer lugar, Telefónica sostiene que no se tiene en cuenta en el cálculo que en algunas zonas los operadores emplean red propia; y, por otro, que el precio del servicio mayorista que se tiene en cuenta no incluye todos los descuentos que ofrece la propia TESAU a los operadores alternativos.

La actora alega que "la metodología sobreestima los costes que toma en cuenta para calcular el VAN" y ello porque no toma en consideración que los operadores alternativos tienen costes más bajos por la prestación del servicio de acceso a internet en las zonas en las que la actora no ofrece NEBA local y/o NEBA fibra, en las zonas en las que dichos operadores han desplegado sus propias redes de comunicaciones electrónicas.

TELEFÓNICA parece olvidar cual es el objetivo del test de replicabilidad litigioso: verificar si los precios que establece Telefónica de manera flexible para NEBA local y NEBA fibra permiten a los operadores alternativos competir con Telefónica de manera rentable. Y ahora, los precios ya no se establecen orientados a costes, y además ahora hay una zona muy relevante, que supone un 35% de la población nacional en la que la actora no está obligada a prestar el servicio NEBA local y NEBA fibra.

Si se aceptase el razonamiento de la actora, la CNMC debería evaluar las ofertas reguladas NEBA local y NEBA fibra de los operadores alternativos sobre la base de unos costes no sujetos a regulación, y como igualmente recuerda el Abogado del Estado al contestar a la demanda, el considerando 20 de la Recomendación de la Comisión Europea de referencia establece que "[i]ndependientemente del concepto exacto de equivalencia impuesto por la ANR, cuando esta decide que una obligación de no discriminación en virtud del artículo 10 de la Directiva 2002/19/CE es apropiada, proporcionada y está objetivamente justificada, es importante, para que haya igualdad de condiciones, garantizar que los solicitantes de acceso alternativos puedan replicar técnicamente la oferta minorista del operador con PSM sobre la base del insumo al por mayor regulado que reciben".

Mas adelante, en el considerando 61, se establece que "[a] fin de determinar si los solicitantes alternativos de acceso pueden replicar económicamente una ofertadescendente del operador con PSM con los insumos al por mayor regulados disponibles, cuando no deba imponerse la regulación de los precios al por mayor al operador con PSM, la ANR debe llevar a cabo un análisis de replicabilidad económica".

Y en el 64: "[l]as ANR deben garantizar que el margen entre el precio minorista del operador con PSM y el precio del insumo al por mayor de NGA cubre los costes descendentes incrementales y un porcentaje razonable de los costes comunes".



La resolución de la CNMC tiene en cuenta estas consideraciones, que en modo alguno permiten compartir la conclusión de que la Administración demandada ha sobreestimado los costes que tendrían que soportar los operadores alternativos. En la Resolución del ERT se recuerda que el marco regulatorio establecido en la Resolución de los mercados de banda ancha se fundamenta en la imposición de precios flexibles, lo que a su vez permite y ha permitido de hecho a la actora subir los precios por encima de los que podría establecer si se aplicase el principio de orientación a costes.

En el mismo sentido, la actora considera que el test de replicabilidad debería tener en cuenta los descuentos vinculados a los acuerdos bilaterales, suscritos o a suscribir con los operadores alternativos, y señala que la Recomendación de la Comisión Europea de no discriminación señala que el precio de referencia a considerar en el test de replicabilidad debe ser el precio "realmente cobrado", lo que a su juicio exige incluir los posibles descuentos que se aplicaran.

Esta alegación se formuló en vía administrativa y la CNMC opuso que no se tomaban en consideración los descuentos porque los pactos con los operadores deben ser confidenciales, porque las características técnicas de los servicios ofrecidos mediante estos acuerdos, no son necesariamente equivalentes a la oferta de referencia aprobada por la CNMC; y, por último, porque el contenido de estos acuerdos puede ser diferente al de las ofertas reguladas en aspectos geográficos y técnicos o en la estructura de precios.

A juicio de esta Sala la clave para desestimar este motivo de recurso reside en cual es el objeto del test de replicabilidad: los servicios regulados NEBA local y NEBA fibra, conocidos como "ofertas de referencia" lo que obviamente excluye, por principio, acuerdos negociados al margen de estas ofertas de referencia.

La Recomendación de no discriminación señala que los precios mayoristas a considerar habrán de ser los efectivamente cobrados, incluyendo los descuentos, pero al hacer esta consideración se está refiriendo precisamente a los precios de las ofertas de referencia, y no a los precios incluidos en acuerdos bilaterales. Siguiendo la recomendación, el test litigioso tiene en cuenta los descuentos que aplique el operador recurrente en las ofertas de referencia.

Y a estos efectos, son consideradas "ofertas de referencia" las que son analizadas y valoradas previamente por la CNMC, las que como tales aparecen publicadas en la página web de Telefónica y en la página de la CNMC, accesibles de manera transparente y no discriminatoria por todos los operadores, y sujetas en consecuencia a las obligaciones resultantes del test.

La CNMC establece, de hecho (apartado II.5) que la variable correspondiente al "precio mayorista" de los servicios NEBA local y NEBA que se utilizará en el test se determinará a partir del ingreso medio por línea y mes obtenido por Telefónica en el último semestre de referencia. Y el "ingreso medio" que se establezca ha de recoger el efecto de los descuentos derivados de compromisos mínimos de compra, acuerdos tarifarios de acceso a largo plazo u otros mecanismos de distribución del riesgo inversor que Telefónica establezca en sus ofertas NEBA local y NEBA fibra. Ahora bien: los únicos descuentos que se tomarán en consideración serán los que figuren en las ofertas de referencia, disponibles para todos los operadores de manera transparente y no discriminatoria.

Continuando con el examen de este segundo motivo de impugnación, se alega por la parte actora que se restringen sus opciones comerciales. En concreto, alega que para el caso de que no se supere el test, debería reconocerse la posibilidad de subir los precios minoristas de sus productos de banda ancha como alternativa la reducción en los precios de NEBA local y NEBA fibra, como ocurría en la metodología del año 2007.

Considera que, al no concederse esta posibilidad, se está restringiendo sin justificación su libertad comercial.

Esta consideración de la actora está descontextualizada: si lo que la CNMC analiza en el test son los precios de NEBA local y NEBA fibra, las consecuencias del incumplimiento de la condición de replicabilidad deben centrarse en los precios de dichos servicios mayoristas.

En este mismo marco impugnatorio, TELEFÓNICA pretende que se considere que el servicio NEBA fibra no es técnicamente válido para prestar el servicio de televisión IPTV y que el test de replicabilidad basado en NEBA fibra tome como referencia minorista los productos que no incluyen el servicio de televisión de pago. Como correctamente alega el Abogado del Estado, dado que la práctica totalidad de productos de fibra de Telefónica incluyen este servicio, la consecuencia de aceptar la pretensión de Telefónica sería que NEBA fibra quedase excluida del test de replicabilidad. Igualmente, que hay productos que incluyen televisión de pago que compiten con otros de operadores alternativos que no ofrecen televisión de pago, siendo así que son los que fundamentalmente (los que incluyen la televisión) protagonizan la captación de nuevos clientes.

En resumen, la vinculación de las cuotas de acceso de NEBA y NEBA local es coherente con el hecho de que ambos precios están ligados a los mismos elementos de red y, por tanto, a un riesgo inversor equivalente.



A esto se suma la circunstancia de que ambos servicios permiten las mismas funcionalidades, como la prestación del servicio de televisión de pago.

Procede en consecuencia desestimar este motivo de recurso.

La desestimación de la pretensión principal exime a esta Sala de la consideración de la conformidad o disconformidad a derecho de la pretensión de restablecimiento de la situación jurídica individualizada mediante el reconocimiento del derecho de TELEFONICA a percibir el precio vigente cuando la Resolución fue dictada, con efectos retroactivos, y con el correlativo derecho a refacturar a los operadores la diferencia entre uno y otro precio, o, subsidiariamente, con el derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

DUODÉCIMO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, en la redacción posterior a la reforma operada por la ley 37/2011, procede efectuar condena al pago de las costas procesales a la parte actora, que ha visto íntegramente desestimado su recurso. Y haciendo uso de la facultad prevista en el número tercero del precepto citado, habida cuenta del alcance y la dificultad de las cuestiones suscitadas en el recurso, se fija en 5.000 euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, puede alcanzar la fijación de las costas procesales. La Sala considera que dicha condena únicamente es en relación con las costas del Abogado del Estado, puesto que los codemandados lo han realizado ninguna actividad procesal distinta de la personación en los autos.

SEGUNDO.-Contra la referida sentencia, la representación procesal de Telefonica España S.A.U. preparó recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo preparado mediante auto de 17 de marzo de 2022, que al tiempo, ordeno remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.-Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 29 de junio de 2022, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 1.º) Admitir el recurso de casación n.º **2850/2022** preparado por la representación de Telefónica de España, S.A.U. contra la sentencia de 25 de enero de 2022, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 390/2018.

2.º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en determinar, (i) si es conforme a los principios de transparencia, objetividad y previsibilidad del Derecho de la Unión Europea el hecho de que uno de los elementos del Test de replicabilidad, como es el sistema de cálculo de costes comerciales, se haya reflejado en una resolución posterior de la CNMC; y (ii) en caso de considerar que la oferta minorista "emblemática" no es replicable y el operador tenga que modificar sus precios para que lo sean, si es conforme al principio de proporcionalidad el que ello solo se pueda llevar a cabo reduciendo el precio mayorista, y no incrementando el precio minorista.

Los artículos que, en principio, serán objeto de interpretación, son los artículos 8.5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes de los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco); 5.3 de la Directiva 2022/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2022, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso); 3.4 y 61.5 del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas; y 68.3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Todo ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

3.º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos. ».

CUARTO.-Por diligencia de ordenación de 8 de julio de 2022, habiendo sido admitido a trámite el recurso de casación, y recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se establece que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. La Procuradora de los Tribunales Gloria Robledo Machuca, en nombre y representación de Telefónica España, S.A.U. presentó escrito de interposición del recurso de casación el 23 de septiembre de 2022, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito, lo admita, tenga por efectuadas las manifestaciones que en él se contienen y por interpuesto el recurso de casación contra la Sentencia de Instancia y, en mérito de cuanto



antecede, se dicte Sentencia por la que, de conformidad con el art. 93.1 de la LJCA, se case y anule dicha sentencia y, en consecuencia, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, estime el recurso contencioso-administrativo de instancia, anulando la Resolución Impugnada»

QUINTO.-Por diligencia de ordenación de 3 de octubre de 2022, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a las partes recurridas y personadas, para que puedan oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuó el Abogado del Estado mediante escrito de oposición de fecha 23 de noviembre de 2023, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«que teniendo por presentado este escrito de oposición lo admita para resolver este recurso por sentencia que DECLARE NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN y confirme la sentencia recurrida.»

SEXTO.-Por diligencia de ordenación de 28 de noviembre de 2022 se tiene por precluido el plazo concedido a la parte recurrida, ORANGE ESPAGNE S.A.U. para oponerse al recurso de casación .

SEXTO.-Por providencia de 9 de enero de 2023 queda el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo. Por providencia 2 de diciembre de 2024 se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y se señala este recurso para votación y fallo el 4 de febrero de 2025, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso relativo a la impugnación de la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2022 .

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2022, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 6 de enero 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 comercializados en el segmento residencial y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas,

La sentencia recurrida, cuya fundamentación jurídica hemos transcrito en los antecedentes de hecho de esta sentencia, sustenta el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso-administrativo en la consideración de que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impugnada es conforme a derecho, al no apreciar la falta de transparencia, en relación con la imprevisibilidad del test de replicabilidad aprobado, en cuanto, partiendo de la valoración de las pruebas periciales aportadas por las partes, concluye que la metodología, aunque sea compleja, se revela coherente, y permite a Telefónica prever la mecánica de calculo y reproducir los cálculos a realizar por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, siendo que la selección de los productos BAU emblemáticos que ofrece la operadora es automática, así como los relativos al calculo de los costes comerciales, que ha quedado reflejado en una resolución posterior del Organismo supervisor, teniendo en cuenta la información suministrada por Telefónica, así como la evolución del mercado.

La Sala de instancia también descarta que la metodología litigiosa haya infringido los principios de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad, tomando en consideración que el objeto del test de replicabilidad consiste en verificar si los precios que Telefónica establece de manera flexible para los servicios regulados NEBA local y NEBA fibra permiten a los operadores alternativos competir con Telefónica de forma rentable, y que la fijación de precios ya no se establece por el principio de orientación a costes.

Se pone de relieve los considerandos 20 y 61 de la Recomendación de la Comisión Europea, relativos a garantizar la igualdad de condiciones de los solicitantes de acceso alternativos de modo que puedan replicar técnicamente la oferta minorista del operador con PSM sobre la base de insumos al por mayor regulado que reciben, y pueden replicar económicamente una oferta descendente del operador con PSM con los insumos al por mayor regulados disponibles, cuando no deba imponerse la regulación de los precios al por mayor al operador con PSM.

El recurso de casación se fundamenta en el argumento de que la sentencia de instancia vulnera los principios de transparencia, objetividad y previsibilidad, en relación con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Directiva



2002/21, de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), el artículo 5.3 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, los artículos 3.4 y 61.5 del Código Europeo de las Comunicaciones electrónicas y el artículo 68.3 de la ley General de Telecomunicaciones.

Se alega que el test de replicabilidad debe responder a parámetros preestablecidos que garanticen el cumplimiento de los requisitos de previsibilidad y transparencia, entroncados con el principio de seguridad jurídica.

Se cuestiona la sentencia de instancia, en primer término, porque admite que los criterios de cálculo de los costes comerciales, que no aparecían en la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impugnada de 6 de marzo de 2018, se expliciten con detalle en la ulterior resolución de 3 de abril de 2019, lo que supone una vulneración de los principios regulatorios establecidos en el artículo 68.3 a la Ley General de Telecomunicaciones, y el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por cuanto la Administración no está facultada para convalidar con carácter retroactivo aquellos vicios que detecta a posteriori, teniendo en cuenta que la resolución impugnada era anulable por infracción del principio de transparencia.

En lo que respecta a la vulneración del principio de proporcionalidad, en relación con la normativa de telecomunicaciones, se reprocha a la Sala de instancia que haya argumentado que como el control que comporta el test de replicabilidad económica sobre los precios mayoristas, si la metodología se incumple solo se puede cambiar los precios mayoristas, lo que, a su juicio, es un razonamiento simplista, porque lo relevante es que se cumpla la finalidad del test, de modo que si hay varias formas de que esa finalidad se cumpla, se ha de permitir a Telefónica que elija entre ellas.

En último término, se aduce que la sentencia de instancia vulnera el derecho a utilizar los medios de prueba pertinente, enunciados en el artículo 24.2 de la Constitución, al desestimar la demanda por insuficiencia probatoria, tras haber inadmitido un medio de prueba determinante para su defensa

SEGUNDO.- Sobre el marco jurídico.

A) El Derecho de la Unión Europea.

El artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), bajo el epígrafe «objetivos generales y principios reguladores», en su apartado 5, dispone:

«Las autoridades nacionales de reglamentación, para lograr los objetivos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, por ejemplo, a través de lo siguiente:

- a) promoviendo un entorno regulador previsible, garantizando un enfoque regulador coherente en períodos de revisión apropiados;
- b) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas;
- c) salvaguardando la competencia en beneficio de los consumidores y promoviendo, cuando sea posible, la competencia basada en las infraestructuras;
- d) fomentando la inversión eficiente orientada al mercado y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, incluso asegurando que toda obligación relativa al acceso tenga debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras y permitiendo diferentes modalidades de cooperación entre los inversores y las partes que soliciten el acceso, con el fin de diversificar el riesgo de las inversiones y velar por que se respeten la competencia en el mercado y el principio de no discriminación;
- e) teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas regiones geográficas de los Estados miembros;
- f) imponiendo obligaciones reglamentarias *ex ante* únicamente cuando no exista una competencia efectiva y sostenible, y suavizando o suprimiendo dichas obligaciones en cuanto se cumpla dicha condición.»

El Artículo 5 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, en su apartado 3, dispone:



« Las obligaciones y condiciones impuestas de conformidad con los apartados 1 y 2 serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias y se aplicarán de conformidad con los procedimientos contemplados en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco). »

El artículo 3 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, bajo el epígrafe «Objetivos generales», dispone:

1. Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva, las autoridades nacionales de reglamentación y otras autoridades competentes adopten todas las medidas razonables, necesarias y proporcionadas para la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 2. Los Estados miembros, la Comisión, el Grupo de política del espectro radioeléctrico «(RSPG)» y el ORECE contribuirán también al logro de dichos objetivos.

Las autoridades nacionales de reglamentación y otras autoridades competentes contribuirán, dentro del ámbito de sus competencias, a garantizar la aplicación de políticas destinadas a la promoción de la libertad de expresión y de información, de la diversidad cultural y lingüística y del pluralismo de los medios de comunicación.

2. En el contexto de la presente Directiva, las autoridades nacionales de reglamentación y otras autoridades competentes, así como el ORECE, la Comisión y los Estados miembros perseguirán cada uno de los siguientes objetivos generales, que se enumeran sin orden de prelación:

a) promoverán la conectividad y el acceso a las redes de muy alta capacidad, incluidas las redes fijas, móviles e inalámbricas, así como su adopción, por todos los ciudadanos y empresas de la Unión;

b) fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, incluida la competencia eficiente basada en infraestructuras, así como en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y servicios asociados;

c) contribuirán al desarrollo del mercado interior eliminando los obstáculos restantes y facilitando la convergencia de las condiciones que permitan la inversión en redes de comunicaciones electrónicas y en su suministro, en servicios de comunicaciones electrónicas, en recursos asociados y servicios asociados y en toda la Unión, para lo que será necesario desarrollar normas comunes y enfoques reglamentarios previsibles, favorecer un uso eficaz, eficiente y coordinado del espectro radioeléctrico, así como la innovación abierta, el establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas, el suministro, la disponibilidad e interoperabilidad de servicios paneuropeos y la conectividad de extremo a extremo;

d) promover los intereses de los ciudadanos de la Unión, asegurando la conectividad y la disponibilidad y la adopción de redes de muy alta capacidad, incluidas las redes fijas, las redes móviles e inalámbricas y los servicios de comunicaciones electrónicas, permitiendo maximizar los beneficios en cuanto a variedad de elección, precio y calidad a través de una competencia efectiva, garantizando la seguridad de las redes y servicios, así como un nivel elevado y uniforme de protección de los usuarios finales gracias a la normativa sectorial necesaria y a medidas que atiendan a las necesidades, tales como unos precios asequibles, de determinados grupos sociales, en particular de los usuarios finales con discapacidad, los usuarios finales de más edad y los usuarios finales con necesidades sociales especiales, así como las posibilidades de elección y el acceso equivalente de los usuarios finales con discapacidad.

3. Cuando la Comisión establezca indicadores e informes sobre la efectividad de las medidas de los Estados miembros tendentes al logro de los objetivos que figuran en el apartado 2, la Comisión, cuando proceda, estará asistida por los Estados miembros, las autoridades nacionales de reglamentación, el ORECE y el RSPG.

4. Para lograr los objetivos a que se refiere el apartado 2 y que se especifican en el presente apartado, las autoridades nacionales de reglamentación y otras autoridades competentes tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) promoverán un entorno regulador previsible, garantizando un enfoque regulador estable a lo largo de períodos de revisión apropiados y cooperando entre sí, con el ORECE, con el RSPG y con la Comisión;

b) garantizarán que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas;

c) aplicarán el Derecho de la Unión bajo el criterio de neutralidad tecnológica en la medida en que sea coherente con la consecución de los objetivos del apartado 2;

d) fomentarán la inversión eficiente orientada al mercado y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, incluso asegurando que toda obligación relativa al acceso tenga debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras y permitiendo diferentes modalidades de cooperación entre los



inversores y las partes que soliciten el acceso, con el fin de diversificar el riesgo de las inversiones y velar por que se respeten la competencia en el mercado y el principio de no-discriminación;

e) tendrán debidamente en cuenta la variedad de situaciones en cuanto a la infraestructura, la competencia, las circunstancias de los usuarios finales y, en particular, de los consumidores en las distintas regiones geográficas de los Estados miembros, incluidas las infraestructuras locales gestionadas por personas físicas sin ánimo de lucro;

f) impondrán obligaciones reglamentarias ex ante únicamente en la medida necesaria para asegurar una competencia efectiva y sostenible en interés de los usuarios finales, y suavizando o suprimiendo dichas obligaciones en cuanto se cumpla dicha condición.

Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación y otras autoridades competentes actúen de forma imparcial, objetiva, transparente, no discriminatoria y proporcionada. »

B) El Derecho estatal.

El artículo 68 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, bajo el epígrafe «Competencias de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos», en su apartado 3, dispone:

«3. En el desarrollo de las competencias que tengan encomendadas las autoridades nacionales de reglamentación a las que se refiere el apartado 1, aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, con arreglo a los siguientes fines y criterios:

a) Promover un entorno regulador previsible, garantizando un enfoque regulador coherente en períodos de revisión apropiados.

b) Fomentar la inversión eficiente orientada al mercado y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, incluso asegurando que toda obligación relativa al acceso tenga debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras, y permitir diferentes modalidades de cooperación entre los inversores y las partes que soliciten el acceso, con el fin de diversificar el riesgo de las inversiones y velar por que se respeten la competencia en el mercado y el principio de no discriminación.

c) Imponer obligaciones específicas únicamente cuando no exista una competencia efectiva y sostenible, y suprimir dichas obligaciones en cuanto se constate el cumplimiento de dicha condición.

d) Garantizar que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

e) Salvaguardar la competencia en beneficio de los consumidores y promover, cuando sea posible, la competencia basada en las infraestructuras.

f) Tener debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas regiones geográficas.

g) Ejercer sus responsabilidades de tal modo que se promueva la eficiencia, la competencia sostenible y el máximo beneficio para los usuarios finales.»

TERCERO.- Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia en que se fundamenta el recurso de casación.

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, tal como se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 29 de junio de 2022, consiste en determinar si es conforme a los principios de transparencia, objetividad y previsibilidad del Derecho de la Unión Europea el hecho de que uno de los elementos del test de replicabilidad, como es el sistema de cálculo de costes comerciales, se haya reflejado en una resolución posterior de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; y, en caso de considerar que la oferta minorista "emblemática" no es replicable y el operador tenga que modificar sus precios para que lo sean, si es conforme al principio de proporcionalidad el que ello solo se pueda llevar a cabo reduciendo el precio mayorista, y no incrementando el precio minorista.

Delimitada, en estos estrictos términos, la controversia casacional, esta Sala ha de poner de relieve, en primer término, que carece de fundamento la pretensión de que se case y se anule la sentencia impugnada, basada en la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución, como consecuencia de haberse inadmitido la prueba pericial judicial, consistente en que el perito designado por la Sala determine si la metodología fijada en la Resolución impugnada permite a Telefónica conocer si su oferta comercial supera el ERT de manera objetiva, previsible y transparente, en cuanto consideramos razonable el criterio sustentado por la Sala de instancia, reflejado en el auto de 25 de



septiembre de 2020, respecto de que era improcedente la admisión de la prueba pericial solicitada por exceder el objeto de la pericial de lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como objeto de los informes periciales.

Como se puso de manifiesto en el ulterior auto de 3 de noviembre de 2020, que confirma el precedente auto de 25 de septiembre de 2020, al desestimarse el recurso de reposición formulado, partiendo de la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2020, respecto de la inescindible conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que mantiene que dicho derecho no es un derecho absoluto que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales, no resultaba procedente la admisión de la prueba pericial judicial, puesto que la admisión de dicha prueba en el procedimiento ordinario 851/2018 no determina que deba admitirse en este proceso judicial, en razón de que son objeto de impugnación en dichos procedimientos resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia claramente diferenciables, que determinó que se rechazara la petición de acumulación, y de que en dichos recursos se formulaban pretensiones con base a hechos no totalmente coincidentes.

Con el objeto de abordar adecuadamente el reproche casacional fundamentado en la infracción del principio de transparencia, cabe significar, en primer término, que este principio esencial del Derecho administrativo económico, en su proyección al marco regulatorio de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, impone a las Autoridades Nacionales de Reglamentación y Supervisión la obligación de que las medidas regulatorias que se adopten se fundamenten en criterios objetivos y coherentes, con la finalidad garantizar el desarrollo de un mercado competitivo y eficiente, que asegure la entrada de operadores alternativos a aquellas empresas que disponen de un peso significativo, y que sean previsibles, de modo que todos los agentes económicos puedan ajustar sus comportamientos empresariales a un entorno económico que respete el principio de confianza legítima y el principio de seguridad jurídica.

Al respecto, cabe referir que el artículo 8.5 de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), consagra el principio de transparencia al prescribir que las autoridades nacionales de reglamentación, para lograr los objetivos expuestos en dicha disposición, aplicaran principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de de 3 de diciembre de 2009 /C-424/07) ha precisado que en el ejercicio de sus cometidos, las Autoridades Nacionales de Reglamentación deben, en virtud del artículo 7, apartado 1, de la Directiva marco, tener en cuenta en la mayor medida posible los objetivos enunciados en el artículo 8 de dicha Directiva. Con arreglo al artículo 8, apartado 1, de esa misma Directiva, corresponde a los Estados miembros velar por que las ANR adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos. del mencionado artículo 8. Esta última disposición establece, por otra parte, que las medidas adoptadas por las ANR deben guardar proporción con esos objetivos, y de igual modo, los artículos 8, apartado 4, de la Directiva acceso y 17, apartado 2, de la Directiva servicio universal establecen que las ANR, cuando adopten obligaciones regulatorias *ex antesobre* la base de dichas Directivas, deben tener en cuenta los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva marco. Las obligaciones regulatorias *ex antedeben* guardar proporción y justificarse a la luz de dichos objetivos», la sentencia del Tribunal de Justicia también señala en el ejercicio de sus funciones reguladoras, las ANR disfrutan de una amplia facultad, para poder apreciar la necesidad de regulación de un mercado en función de cada situación caso por caso (véase, en ese sentido, la sentencia de 24 de abril de 2008, Arcor, C-55/06, Rec. p. I-2931, apartados 153 a 156).

Partiendo de estos parámetros de autoridad, en relación con la denunciada infracción de los principios de transparencia, objetividad y previsibilidad, recogidos en el artículo 8.5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, así como en el artículo 5.3 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, en relación con lo dispuesto en los artículos 3.4 y 61.5 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, respecto de la falta de transparencia y precedibilidad de la determinación de los criterios de cálculo del parámetro correspondiente a los costes comerciales, esta Sala no considera convincente la censura casacional que formula la defensa letrada de la parte recurrente, que, sustancialmente, se limita a cuestionar la validez de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de marzo de 2018, sin exponer una crítica pormenorizada a los razonamientos jurídicos de la sentencia impugnada.

No obstante, cabe señalar que en el caso que enjuiciamos en este recurso de casación, apreciamos que la Sala de instancia, con encomiable rigor y solvencia jurídica, analiza el informe pericial aportado a las actuaciones por la parte demandante, elaborado por la consultora RBB Economics, que concluye que la



metodología aprobada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adolece de falta de transparencia y claridad, al no explicar, entre otros factores, la forma de cálculo de parámetros clave para el test de replicabilidad, que contrasta con el informe pericial aportado por la Administración, que cuestiona el informe pericial de RBB Economics por basarse en valoraciones genéricas, que no encuentran sustento en cálculos o datos, y que obvia que muchos de los componentes parametrales del test de replicabilidad fueron aportados por Telefónica, por lo que no puede alegar falta de conocimiento, llegando la Sala a la convicción, tras una valoración conjunta de las pruebas admitidas, que no cabe apreciar falta de transparencia, a pesar de las complejidad del test, en cuanto no se ha acreditado la imposibilidad de Telefónica de prever los mecanismos de cálculo que le permita reproducir los cálculos a realizar por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que le permita diseñar su estrategia comercial con anticipación y de forma flexible ofreciendo ofertas comerciales que superen el test de replicabilidad.

Al respecto, tiene interés recordar la doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 de diciembre de 2018 (RC 6552/2017), en la que, en relación con control jurisdiccional de las resoluciones de los Organismos reguladores y el alcance de revisión en casación de la valoración de las pruebas realizada por los Tribunales de instancia, con base a la doctrina del Tribunal de Justicia de Unión Europea, sostuvimos que «el control judicial de apreciaciones económicas complejas realizadas por el ente regulador puede extenderse, no solo a la "exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia" sino también a la pertinencia de los datos y su adecuación para sostener las conclusiones alcanzadas, de modo que cuando el tribunal entienda que las deducciones obtenidas no tienen una base suficiente y fiable o no existe una correspondencia lógica entre la decisión obtenida con los datos en los que se sustenta, pueden anular la decisión del organismo regulador». En esta misma sentencia del Tribunal Supremo se delimita al ámbito de enjuiciamiento del recurso de casación ex artículo 87 bis 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el sentido de que excluye que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre cuestiones de hecho y valoraciones de pruebas realizadas por los Tribunales de instancia al circunscribirse su potestad de enjuiciamiento a las cuestiones de derecho.

Cabe referir, asimismo, que, contrariamente a la tesis argumental que desarrolla la parte recurrente, entendemos que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adoptada el 3 de abril de 2019, no produce el efecto jurídico de convalidar una resolución anulable por infringir el principio de transparencia. Como se infiere de la argumentación de la sentencia de instancia, en los términos que aduce la Abogacía del Estado, en su escrito de oposición al recurso de cesación, la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de marzo de 2018, al establecer la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial, no conculcó los principios reguladores de transparencia, objetividad y previsibilidad, pues se basó en la información disponible en ese momento por el Organismo de Supervisión Regulatoria, teniendo en cuenta que Telefónica no había facilitado toda la información requerida para realizar el análisis estimado de los costes de comercialización minorista, al disponer únicamente de la contabilidad de costes de Telefónica y de Telefónica Móviles del año 2016, que era incompleta, al presentarse sin segmentación por segmentos de clientes, y la información correspondiente a los semestres de 2017, y la suministrada en virtud de requerimientos.

Por ello, debemos rechazar que el hecho de que uno de los elementos definitorios del test de replicabilidad, relativo a los costes comerciales, se haya reflejado en una resolución posterior, pueda considerarse, atendiendo a las singulares circunstancias concurrentes, causa eficiente de su anulabilidad, cuando constatamos que el expediente de aprobación de la metodología fue tramitado con pleno respeto a las garantías procedimentales de audiencia y contradicción, puesto que contó con la participación de los operadores del mercado de banda ancha afectados y la intervención propositiva de Telefónica, que tuvo pleno conocimiento de todas las actuaciones desplegadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tras una definición y análisis exhaustivo de los mercados mayoristas de banda ancha y de las ofertas minoristas de los servicios BAU de Telefónica.

En lo que respecta a la impugnación de la sentencia de instancia recurrida por vulnerar el principio de proporcionalidad, tampoco estimamos que el pronunciamiento de la Sala sentenciadora infrinja dicho principio regulatorio, al rechazar el argumento de que a Telefónica debería reconocérsele la opción de subir los precios minoristas de sus productos de banda ancha como alternativa a la reducción de los precios de NEBA local y NEBA fibra en la medida que ello supondrá que no se restringiera su libertad comercial, en los casos que no se supere el test de replicabilidad, pues sostenemos que el mecanismo de ajuste establecido, que comporta la corrección a la baja de los precios mayoristas de los servicios regulados de NEBA local y NEBA fibra es coherente con los objetivos que determinan la aplicación del test de replicabilidad de tratar de garantizar la existencia de un mercado competitivo, eficiente y sostenible en el sector de la prestación de servicios de



comunicaciones electrónicas, y, específicamente en el sector de los servicios de banda ancha que facilite y el desarrollo de la actividad de aquellos operadores alternativos eficientes en beneficio de los usuarios, impidiendo que los precios de los servicios mayoristas de Telefónica derivados del acceso a su red de fibra óptica se correspondan a una estrategia anticompetitiva o colusoria que distorsione el mercado y que desincentive las inversiones en este sector estratégico de la sociedad de la información.

CUARTO.- Sobre la fijación de doctrina jurisprudencial.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, debido a las singulares circunstancias que concurren en este caso, teniendo en cuenta que la ratio decidendi de la sentencia de instancia se fundamenta, sustancialmente, en una valoración conjunta de las pruebas practicadas, que permite rechazar que la metodología vulnere los principios de transparencia, objetividad, previsibilidad y proporcionalidad, considera que no procede que nos pronunciemos acerca de la interpretación del artículo 8.5 de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

En consecuencia con lo razonado, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 390/2018.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el proceso casacional.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.- Declarar no haber lugar recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2022, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 390/2018.

Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en el proceso casacional.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor deliberó y votó en Sala pero no pudo firmar, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.