



Roj: **SAN 3908/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3908**

Id Cendoj: **28079230082024100412**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/06/2024**

Nº de Recurso: **50/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000050 /2021

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00812/2021

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

**Procurador:** SRA. ROBLEDO MACHUCA

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

**Codemandado:** ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL).

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veinticuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 50/2021** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Robledo Machuca**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.** frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la Resolución dictada el día 12 de noviembre de 2020 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente OFMIN/DTSA/003/20/TERCERA REVISIÓN PARAMETROS ERT. Se han personado en concepto de **codemandado** el Procurador **Sr. Hidalgo Martínez** en nombre y representación de **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)**.



Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-** Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución más arriba indicada ante esta Sala de lo contencioso-administrativo.

Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO-** Se dio traslado para formalizar demanda, y tras sucesivos incidentes relacionados con la documentación obrante en el expediente, y la solicitud de acumulación de otro recurso contencioso-administrativo, la actora formalizó su demanda mediante escrito de 28 de marzo de 2022 en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró de aplicación finalizó suplicando se dicte sentencia por la que:

*"estimando el presente recurso contencioso-administrativo:*

i. *Declare la nulidad de pleno derecho o subsidiariamente anule la "Resolución relativa a la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial", dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 12 de noviembre de 2020, en tanto declaró indebidamente la irreplicabilidad del producto Fusión Base 600Mb y obligó a TELEFÓNICA a reducir los precios de los servicios NEBA local y NEBA fibra en su oferta de referencia para compensar dicha supuesta falta de replicabilidad, en concreto desde 17,57 euros a 16,68 euros.*

ii. *Ello, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración y, adicionalmente, con imposición de las costas del presente procedimiento a la CNMC."*

**TERCERO-** Por medio de escrito el Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar la desestimación del recurso, dejando expuestos los fundamentos de hecho y de derecho que justifican tal conclusión.

La representación procesal de la codemandada contestó a la demanda para oponerse a la misma, solicitar su desestimación y la confirmación del acto administrativo impugnado.

**CUARTO-** La Sala dictó auto, acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial, a instancias de la parte actora, y la pericial a instancias del Abogado del Estado, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

**QUINTO-** La Sala dictó providencia de señalamiento para votación y fallo el día 12 de junio de 2024 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO-** Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la Resolución dictada el 12 de noviembre de 2020 por la Sala de Regulación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se aprueba la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial expediente OFMIN/DTSA/003/20/TERCERA REVISIÓN PARÁMETROS ERT.

La resolución tiene la siguiente parte dispositiva:

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

*SEGUNDO.- En el plazo de 15 días naturales a contar desde que la presente Resolución surta efectos, Telefónica de España, S.A.U. deberá comunicar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como a los operadores alternativos, unos precios actualizados de los servicios NEBA local y NEBA fibra que permitan que todos los productos BAU emblemáticos superen el test de replicabilidad.*



*TERCERO.- Se entenderá que los nuevos precios comunicados por Telefónica de España, S.A.U. son compatibles con la presente metodología para la determinación del test de replicabilidad económica siempre y cuando los mismos resulten coherentes con las previsiones contenidas en la Resolución de 6 de marzo de 2018, y en particular se atengan a lo previsto en su sección VI.9 (Comunicación de los nuevos precios de los servicios NEBA local y NEBA fibra). Los nuevos precios serán aplicables a partir del día siguiente de su comunicación a la CNMC y los operadores alternativos. Hasta dicho momento, los precios vigentes de los servicios NEBA local y NEBA fibra seguirán surtiendo efectos. Los nuevos precios de los servicios de acceso NEBA local y NEBA fibra se incorporarán a la oferta de referencia de los citados servicios mayoristas, y serán publicados en las páginas web tanto de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como de Telefónica de España, S.A.U.*

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

*QUINTO.- Establecer que las revisiones de parámetros del ERT se llevarán a cabo anualmente. Las revisiones de parámetros ordinarias utilizarán la información del último requerimiento semestral presentado a al CNMC (segundo semestre del año anterior). Asimismo, el cálculo de los costes promocionales se realizará con la información correspondiente a todo el ejercicio anterior"*

**SEGUNDO-**. Son antecedentes relevantes para la resolución del recurso los siguientes: el día 6 de marzo de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adoptó la Resolución por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas (en adelante, Resolución del ERT).

Esta Resolución está vigente desde el 19 de marzo de 2018, día siguiente al de su publicación en el BOE

Esta resolución ha previsto la revisión periódica de los parámetros utilizados en el test de replicabilidad, siendo la anterior a la litigiosa la de 23 de enero de 2020, expediente (OFMIN/DTSA/004/19/SEGUNDA REVISIÓN DE PARÁMETROS ERT)

**TERCERO-**. Co nstituyen un antecedente inmediato de esta sentencia las siguientes:

1-. *Tres de diciembre de dos mil veintiuno.* Recurso número 922/2018 interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA**, S.A.U. contra resolución de COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de fecha 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 . Desestimatoria. Declarada firme el día 20 de mayo de 2024.

2-. *Veinticinco de enero de dos mil veintidós.* Recurso contencioso-administrativo núm. 390/2018 promovido por 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, 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 (OFMIN/DTSA/004/16/Test de replicabilidad económica residencial). Desestimatoria. Se admitió recurso de casación 2850/2022 por auto de fecha 29 de junio de 2022, no constando a esta Sala que se haya dictado sentencia.

3-. *Veintiocho de febrero de dos mil veintidós.* Recurso contencioso administrativo nº 258/20, interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de enero de 2020, relativa a la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de TELEFÓNICA comercializados en el segmento residencial. Desestimatoria. Se interpuso recurso de casación no constando la admisión del mismo por el Tribunal Supremo.

4-. *Once de abril de dos mil veintidós.* Recurso contencioso administrativo nº 851/2018 promovido por Telefónica de España. S.A.U., contra Acuerdo de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia, de 21 de junio de 2018, por el que se establecen las condiciones de transparencia de los resultados del Test de Replicabilidad Económica Residencial a partir de los precios de los servicios mayoristas NEBA Local y NEBA Fibra. Desestimatoria. Declarada firme el día 19 de julio de 2022.



5-. *Diecinueve de mayo de dos mil veintidós*. Recurso contencioso administrativo nº 1052/2019 promovido por Telefónica de España. S.A.U., contra Acuerdo de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 3 de abril de 2019 relativa a la revisión de parámetros del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de TELEFÓNICA comercializados en el segmento residencial, Expediente OFMIN/DTSA/007/18/PARÁMETROS ERT. Desestimatoria. Por auto de fecha dieciocho de junio de dos mil veinticuatro se desestima la pretensión de complemento de la sentencia.

**CUARTO**- Las pretensiones ejercitadas por la recurrente se concretan en la página 70 del escrito de demanda, y en el suplico de esta, y son dos:

- La CNMC inaplica la metodología de realización del test de replicabilidad aprobada el 6 de marzo de 2018 e incurre en una serie de errores que incluso aisladamente considerados, con su sola corrección el VAN del producto Fusión Base 600 Mb pasa a ser automáticamente positivo.

- Como consecuencia, la actora tuvo que reducir los precios de los servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra en la oferta de referencia.

El punto de partida, como se subraya en el escrito de conclusiones es si " *el concreto análisis económico de replicabilidad llevado a cabo en la Resolución impugnada es correcto y acorde a la metodología aprobada por la CNMC en la Resolución ERT o no*".

Dentro de este primer motivo de impugnación se exponen una serie de consideraciones: TELEFÓNICA considera que el resultado del test de replicabilidad del producto Fusión Base 600Mb es artificialmente negativo, porque el análisis del producto no se ha realizado conforme a lo ordenado en la metodología ERT.

Con fundamento en la prueba pericial aportada con la demanda y ratificada ante la Sala la actora considera que la vulneración más grosera de la metodología de la Resolución ERT en el acto administrativo impugnado es el forzar que el análisis del producto Fusión Base 600Mb se hiciera incluyendo unas prestaciones que no tenía a fecha 1 de marzo de 2020.

En concreto, que Fusión Base 600Mb incluía, a la fecha de referencia (1 de marzo de 2020):

(i) un incremento de la franquicia de datos en la línea principal de 10Gb a 15Gb,

(ii) un incremento de la franquicia de datos de la línea adicional de 0,2Gb a 5Gb (ambos incrementos llevaban aparejados un incremento de la cuota mensual de 3 euros); y

(iii) sobre todo, un paquete de 80 canales de televisión.

Además, dado que la modificación con mayor impacto en el VAN (la inclusión de los 80 canales de televisión) estaba previsto que entrara en vigor el 19 de abril de 2020, pero el 14 de marzo de 2020 se decretó el confinamiento obligatorio de todos los españoles como consecuencia de la pandemia provocada por el COVID-19, TELEFÓNICA, pidió adelantar la entrada en vigor de esta mayor prestación del producto al 20 de marzo de 2020. Y la CNMC, ni puso objeción alguna en el análisis de replicabilidad ex ante citado, ni objetó nada a que la modificación del producto se adelantara al 20 de marzo de 2020.

A juicio de la actora, la CNMC ha ignorado un elemento fundamental para llevar a cabo el test: *la fecha a tener en cuenta para calcular el VAR o fecha de referencia*. Las fechas de referencia establecidas en la resolución que aprueba la metodología ERT son el 1 de marzo y el 1 de septiembre. Y, según la referida resolución " *los cambios en precios o prestaciones de los productos BAU emblemáticos que se produzcan con posterioridad a las fechas indicadas serían consideradas en el siguiente expediente de revisión de parámetros*".

La recurrente considera que lo que la Administración ha provocado con la alteración de la fecha en cuestión ha sido un efecto económico que considera carente de sentido porque se ha analizado el producto con unos costes promocionales que no son los de dicho producto sino los del anterior, el Fusión Base 600Mb que no incorporaba 80 canales y otras prestaciones mejoradas.

Alega que la verdadera razón por la que Fusión Base 600MB es irreplicable no es el incremento de los costes promocionales en los últimos meses de 2019, sino que la CNMC sitúa incorrectamente el producto en la 3ª revisión, en un periodo que no le corresponde, considerando unos costes promocionales correspondientes a un producto distinto.

En relación con los costes comerciales utilizados en la revisión litigiosa, la Resolución impugnada incurre en un grosero error metodológico, al realizar el test de replicabilidad aplicando unos *costes comerciales desfasados* (los que se derivan de la contabilidad del año 2018), eludiendo aplicar los que se derivaban de la contabilidad del año 2019, más actualizados y coherentes con el periodo objeto de análisis, pese a disponer de ellos por



haber sido presentados en tiempo y forma por TELEFÓNICA para que se pudiera aprobar con ellos la 3ª Revisión de Parámetros ERT.

Por otra parte, considera que la CNMC para llevar a cabo el análisis de replicabilidad debía haber agrupado los productos Fusión base 600Mb y Fusión + 1 600 al tratarse de productos con idéntica conectividad y dirigidos al mismo nicho de mercado.

En relación con los costes del componente de telefonía móvil, considera que mientras que para analizar el portfolio la CNMC ha ampliado el plazo hasta el 19 de abril de 2020, debió ampliarlo también para considerar los costes, y en concreto, tomar en consideración los costes de la telefonía móvil actualizados.

Por último, en relación con el elemento funcionalidad multicast en NEBA local, la CNMC no ha motivado el por qué de la moderación del 75% del ahorro que implica esta funcionalidad.

El segundo elemento denunciado es la no modificación de la metodología, y la incorporación como " *modificaciones*" de lo que no han sido sino aplicaciones concretas. No hay por tanto justificación alguna a la denunciada alteración de la fecha de referencia.

Continúa alegando la demanda que la bajada del NEBA ha supuesto una carga excesiva para TELEFÓNICA: la mayoría de los acuerdos bajo los cuales TELEFÓNICA comercializa su red mayorista están, directa o indirectamente, referenciados al precio del NEBA regulado, de manera que una subida en este último impacta directa o indirectamente en todo el negocio mayorista.

**QUINTO-** Por su parte, el Abogado del Estado en la contestación a la demanda alega lo siguiente: comienza recordando los antecedentes del caso, y en concreto que la resolución 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 en 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, esta resolución impuso a Telefónica la obligación de ofrecer los servicios NEBA local y MEBA fibra en la zona regulada. El precio de estos servicios es establecido por Telefónica, pero debe superar el test de replicabilidad.

El Abogado del Estado enfatiza la circunstancia de que queda en manos de Telefónica la monitorización del cumplimiento del test, atribuyéndole la responsabilidad de la no superación del test en relación con Fusion Base 600Mb, que según alega viene motivada por un incremento muy intenso del coste promocional del producto.

Al carácter prospectivo y dinámico del test de replicabilidad se suma el tipo de información que Telefónica debe suministrar a la CNMC: se trata de una información de volumen significativo y de entrega constante e ininterrumpida, siendo necesario al regulador comprobar que la información no contenga errores, es decir, comprobarla. La pretensión de Telefónica choca con esta obligación/necesidad, pues la toma en consideración de los datos no contrastados (como los ingresos mayoristas de los OMV) o bien directamente los cálculos imprecisos (como los de costes comerciales) aportados por Telefónica exigen la revisión de estos por la CNMC.

Insiste en lo que denomina " *el carácter vivo y evolutivo del test de replicabilidad*".

Por otro lado, están previstas las consecuencias de la no superación del test de replicabilidad: cuando una iniciativa comercial de Telefónica que recaiga sobre un producto emblemático genere una situación de irreplicabilidad, en el momento de notificación se abriría un procedimiento que, en la práctica, supone activar un mecanismo de aviso a Telefónica dentro del cual este operador podría (i) reducir los precios de NEBA local y NEBA fibra; (ii) adaptar las características del producto para que supere el test de replicabilidad; o (iii) notificar a la CNMC la no comercialización del producto.

Recuerda que en anteriores sentencias de esta Sala y Sección se han abordado alguna de las cuestiones que nuevamente se plantean.

En relación con los costes comerciales tomados en consideración, comienza recordando que el trámite de audiencia se produjo el día 28 de julio de 2020 y Telefónica no aportó la contabilidad del año 2019 el día 31 de julio de 2020. A la vista de la complejidad del análisis requerido, esta contabilidad fue tomada en consideración para la cuarta revisión de parámetros. Y a tal efecto, detectadas varias inconsistencias e irregularidades, la CNMC tuvo que realizar requerimientos a la operadora para que procediera a corregir determinados datos.

Para la telefonía móvil, la actora pretende que se tomen en consideración los datos de costes del semestre de 2020 aportados el 31 de agosto de 2020, después de la fecha del trámite de audiencia. El adelanto no es procedente.



En cuanto a los costes comerciales, se alega que la referencia de la Resolución ERT a " *la última contabilidad presentada*" debe entenderse realizada a unos datos aportados en fecha que no permite al regulador su análisis y comprobación.

En cuanto a los costes de red propia del componente de banda ancha fija y uso del multicast, señala que la actora no niega que el proceso de implementación de la funcionalidad multicast se retrasará hasta el año 2021, por lo que no era procedente considerar un uso al 100% del multicast ahora.

**SEXTO-** La representación procesal de la codemandada alega en su escrito de contestación a la demanda lo siguiente: considera plenamente ajustada a derecho la resolución recurrida y da por reproducidos los argumentos de la contestación a la demanda del Abogado del Estado.

**SÉPTIMO-** El día 6 de marzo de 2018 la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adoptó la Resolución por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas, conocida como Resolución del ERT . Se publica en el BOE de 19 de marzo de 2018.

Esta Resolución está vigente desde el 19 de marzo de 2018, día siguiente al de su publicación en el BOE. La Resolución del ERT prevé la revisión periódica de los parámetros utilizados en dicho test de replicabilidad. Para acometer tal revisión, impone a Telefónica la obligación de entregar con carácter periódico información actualizada de diversa índole, según las especificaciones recogidas en el Anexo IV de la Resolución.

Es objeto de este litigio la tercera revisión de los parámetros ERT.

Los precios de los servicios NEBA local y NEBA fibra son fijados libremente por Telefónica. No obstante, se establece como condición que todos los productos de fibra más representativos de Telefónica (los llamados " *productos BAU emblemáticos*", luego te lo contamos) puedan ser "replicados" (es decir, que puedan ofrecer un servicio equivalente a un precio similar) por un operador alternativo eficiente que utilice estos servicios mayoristas de fibra.

Es pues la resolución de 19 de marzo de 2018 la que establece la metodología que permite comprobar como se lleva a cabo por el regulador el test de replicabilidad.

De los antecedentes de hecho de la resolución impugnada resulta que la anterior revisión se aprobó el día 23 de enero de 2020; en la fundamentación jurídica se recoge cuáles han sido los parámetros utilizados en el test de replicabilidad, y en concreto los siguientes:

**1- Servicios mayoristas de referencia.**

TELEFÓNICA tiene la obligación de suministrar, con carácter mensual, información referida a los servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra, tanto en su modalidad regulada como en la comercial. Específicamente, Telefónica debe comunicar a la CNMC:

- El número de líneas de ambos servicios mayoristas, expresado en términos mensuales, a último día de mes y detallado en función del operador demandante de acceso.
- El volumen de ingresos mensuales correspondientes a los conceptos que figuran en las ofertas reguladas, detallado en función del operador demandante de acceso.

El precio medio de esos servicios que se utilizará como referencia se determinará a partir del ingreso medio por línea y mes obtenido por Telefónica en el último semestre de referencia. Para calcular este ingreso medio, los conceptos que se toman en consideración son la cuota mensual, de alta y de baja generados por todos los operadores demandantes de acceso.

**2- Servicios minoristas de referencia.**

**A) Productos BAU emblemáticos de acuerdo con el primer criterio**

Se trata en primer lugar de los productos mas contratados, hasta llega al 80% de los clientes de Telefónica. En este caso, pág. 9 del acto administrativo, es Fusion +4 600M.

**B) Productos BAU emblemáticos de acuerdo con el segundo criterio**

En cuanto a los productos emblemáticos según el criterio 2, productos que resultan de añadir a productos previamente calificados como emblemáticos nuevas prestaciones o rebajas de precios, la propia resolución recuerda que

" La Resolución del ERT señala que, para calcular los VAN en las resoluciones semestrales de parámetros, "se tomarán como referencia las características comerciales y prestaciones de los productos BAU emblemáticos que se encuentren vigentes los días 1 de marzo y 1 de septiembre de cada año. Es decir, el catálogo comercial que se tendrá en cuenta será el que se esté efectivamente comercializando el último día con que cuenta Telefónica para notificar la información del requerimiento de información semestral que da lugar a la revisión semestral de parámetros". Los cambios en precios o prestaciones de los productos BAU emblemáticos que se produzcan con posterioridad a las fechas indicadas serían considerados en el siguiente expediente de revisión semestral de parámetros."

Pero, aclara la CNMC:

" No obstante, con posterioridad al 1 de marzo de 2020 Telefónica notificó a la CNMC una serie de medidas calificables, según la terminología del test de replicabilidad, como "migraciones directas". Se trata de las siguientes:

- a) Incremento a 5GB de la franquicia de datos de los productos Fusión#0.
- b) Incremento a 15GB de la franquicia de datos en las líneas principales de los productos Fusión Base y los Fusión+1 (exceptuando las combinaciones Selección Plus Fútbol y Selección Plus Ficción).
- c) Establecimiento de una franquicia de datos ilimitados para las combinaciones de los productos Fusión+1 denominadas Selección Plus Fútbol y Selección Plus Ficción, así como para los Fusión+2 y Fusión+4.
- d) Incorporación de Disney Plus a la combinación del paquete Fusión+1 denominada Selección Plus Ficción, así como a los productos Fusión+2 y Fusión+4.
- e) Incorporación de los paquetes del módulo familiar a todos los empaquetamientos Fusión Base.

Todas las medidas anteriores fueron acompañadas de un incremento de precios que sigue la siguiente estructura:

- Los productos Fusión#0 y Fusión Base incrementaron su cuota mensual en 3 euros.
- Los productos Fusión+1, Fusión+2 y Fusión+4 experimentaron una subida de 4 euros mensuales en sus respectivas cuotas.
- Además de lo anterior, los precios respectivos de los módulos Netflix 2S y Netflix 4S subieron 1 y 2 euros mensuales. En el caso de la combinación de Fusión+1 denominada Selección Ficción, que incorpora por defecto Netflix 2S, el paso a Netflix 4S tiene un coste de 4 euros mensuales.

Conforme a los parámetros en vigor en el momento de la comunicación de las medidas anteriores, todos los productos afectados por las migraciones superaban el test de replicabilidad.

En línea con lo realizado en las revisiones de parámetros anteriores a propósito de las migraciones directas e indirectas, y de manera coherente con la Resolución del ERT, en el presente procedimiento se incorporan al cálculo del VAN de los productos de Telefónica las modificaciones del catálogo expuestas en los párrafos anteriores, que se encuentran actualmente vigentes."

### C) Productos BAU emblemáticos de acuerdo con el tercer criterio

La Resolución del ERT establece que la CNMC podrá calificar como " emblemático" según el tercer criterio a productos del catálogo comercial de Telefónica que destaquen por su especial trascendencia o carácter disruptivo.

La calificación de un producto como "emblemático" bajo este criterio por parte de la CNMC se podrá realizar cuando no haya sido categorizado así inicialmente mediante el primer o segundo criterio.

La CNMC llega a la conclusión de que el producto Fusión O2 600Mb debe ser incluido en la lista de productos emblemáticos BAU.

Y ello por las siguientes razones:

- + el producto Fusión O2 600Mb ya es de los más relevantes de la cartera de Telefónica.
- + la gran importancia del producto en el ritmo de captación de nuevas altas.

La CNMC apunta que a la vista de los datos es muy probable que en la próxima revisión semestral de parámetros este producto fuera calificado como emblemático según el primer criterio: Productos más contratados, hasta llegar al 80% de los clientes de Telefónica.

Y aclara:

*" A la vista de las cifras anteriores, es altamente previsible que en la próxima revisión semestral de parámetros el producto de O2 fuera calificado como emblemático conforme al primer criterio. No obstante, el hecho de que en la sección III.5.1 de la presente Resolución se establezca el paso a una revisión anual implica no abordar esta cuestión de nuevo hasta el primer semestre de 2021. Habida cuenta del ritmo de captaciones y de altas expuesto en los párrafos precedentes, así como la elevada presión competitiva que ejerce sobre otros operadores del mercado, esta Sala considera preciso incluir el producto Fusión O2 600Mb en el listado de productos BAU emblemáticos conforme al tercer criterio."*

D-. Y finalmente, los productos emblemáticos de cobre.

En materia de COSTES:

1-. Costes de red del componente de banda ancha

La CNMC recuerda que los costes de red del servicio mayorista NEBA local utilizados en el cálculo del VAN de los productos de Telefónica se describen en el Anexo III de la Resolución del ERT.

Especifica que *" Debido a la introducción de la funcionalidad de replicación de tramas multicast en NEBA local11, desarrollada desde diciembre de 2019 y en pruebas desde febrero de 2020, se ha modificado el cálculo de los costes de red para tener en cuenta que los operadores ya pueden hacer uso de dicha funcionalidad. En efecto, si bien las pruebas sufrieron un cierto retraso debido al estado de alarma, el proceso de migración se encuentra actualmente en marcha, sin que se hayan observado problemas hasta el momento. La previsión es que la migración de los accesos NEBA local de los operadores participantes haya podido ser completada en el primer trimestre de 2021. En ese momento, la funcionalidad estará disponible comercialmente sin restricciones para todos los operadores. Por ello, y teniendo además en cuenta que el test del ERT considera de manera prospectiva los costes y beneficios en un período de 60 meses, se considera que*

*éste es el momento adecuado para considerar, al menos parcialmente, esta funcionalidad en el test del ERT."*

Y tras aportar una serie de datos y consideraciones, concluye en el uso del 75% de la funcionalidad multicast.

2-. Coste promocional medio

La CNMC recuerda que la resolución ERT establece que el cálculo del VAN de cada producto BAU emblemático considerará el importe promocional medio disfrutado por los clientes de cada producto en los últimos 12 meses, tomando como referencia la información procedente de los requerimientos mensuales.

Para calcular este importe promocional medio -expresado en términos de coste por cliente y mes- se considera el coste total de todas las promociones que Telefónica ha realizado sobre cada producto y las respectivas plantas medias de clientes.

3-. Costes comerciales en el test de replicabilidad.

Se mantiene el parámetro de costes comerciales calculado en la revisión anterior.

4-. Valoración del componente de telefonía fija.

Se han recalculado los márgenes correspondientes a la telefonía fija a partir de los tráficos de las tarifas planas incluidas en los paquetes de banda ancha

aportados.

5-. Costes del componente de telefonía móvil.

6-. Costes del componente de televisión de pago.

Aquí se desglosan los costes de los canales y contenidos incluidos en el componente de televisión de pago de Telefónica, y los Costes de red correspondientes al componente de televisión de pago.

**OCTAVO-** A la vista de los escritos procesales de la actora, procede examinar en primer lugar si la modificación del calendario de revisiones de parámetros es o no conforme a derecho. La actora considera que la alteración de la fecha a tomar en consideración ha acarreado un efecto económico sin sentido en primer lugar porque se ha situado el producto Fusión Base 600Mb en un periodo de análisis que no le corresponde, y con unos costes promocionales que corresponden a un producto diferente, el Fusión Base 600Mb que no incorporaba 80 canales y otras prestaciones mejoradas.

Alega que la verdadera razón por la que Fusión Base 600MB es irreplicable no es el incremento de los costes promocionales en los últimos meses de 2019, sino que la CNMC sitúa incorrectamente el producto en la 3ª revisión, en un periodo que no le corresponde, considerando unos costes promocionales correspondientes a



un producto distinto. Es decir, el regulador debió tomar como referencia el catálogo de productos a fecha 1 de marzo de 2020, y no tener en cuenta modificaciones posteriores. Las modificaciones en el catálogo afectadas son la incorporación a Fusión Base del módulo Familiar y el incremento de su franquicia de datos a 15GB.

En esta resolución la CNMC ha previsto la modificación del calendario de revisiones, pasando de semestral a anual. La justificación que da la propia resolución impugnada es la siguiente:

- A) la propia resolución ERT ha previsto la posibilidad de modificar la periodicidad de las revisiones de parámetros.
- B) la CNMC ha realizado tres revisiones, ya tiene experiencia para establecer una periodicidad anual de las revisiones.
- C) es necesario dar mayor estabilidad a los precios NEBA local y NEBA fibra y certidumbre tanto a Telefónica como a los operadores alternativos.

Y añade: " Las revisiones de parámetros ordinarias utilizarán la información del último requerimiento semestral presentado a la CNMC (segundo semestre del año anterior). Asimismo, el cálculo de los costes promocionales se realizará con la información correspondiente a todo el ejercicio anterior."

En cuanto a los elementos tomados en consideración, según se alega por TELEFÓNICA indebidamente, y fuera del calendario establecido en la resolución de marzo de 2018, la CNMC recuerda que la ahora actora le había notificado el día 27 de diciembre de 2019, una serie de modificaciones en el precio y prestaciones de Fusión Base, que entrarían en vigor el día 5 de marzo de 2020.

Precisamente se trataba del aumento de la franquicia de datos en la línea principal de 10GB a 15GB; del incremento de la franquicia de datos en la línea adicional de 0,2GB a 5GB, y por último, del aumento de cuota en 2 euros mensuales, situándose en 74 euros la modalidad de 600Mb y en 67 euros las de fibra 100Mb y ADSL.

Y el día 5 de marzo de 2020, Telefónica notifica la introducción del módulo Familiar a los productos Fusión Base, que tendría lugar el día 19 de abril de 2020. Ambas medidas se incardinan en el concepto de migración directa.

La CNMC justifica su actuación en primer lugar señalando que " de conformidad con lo previsto en la Resolución del ERT se procedió a evaluar si estas medidas podrían generar una situación de irreplicabilidad. Dado el elevado margen con que contaban los productos Fusión Base y teniendo en cuenta, además, el incremento de precios de estos productos (que elevaban más este margen), las modificaciones en el catálogo notificadas no presentaban impacto relevante alguno en los precios de NEBA local y/o NEBA fibra."

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 comienza con una declaración de intenciones:

*"Para promover la inversión eficiente y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, resulta esencial desarrollar una reglamentación previsible. Si se quiere infundir a los inversores la confianza necesaria para diseñar planes de negocio sostenibles, es primordial aplicar un marco regulador coherente y estable a lo largo del tiempo. Para aportar la previsibilidad necesaria durante un período prolongado, es decir, más allá de la vigencia de la revisión concreta de un mercado, las ANR deben aclarar en el mayor grado posible, en las medidas correctoras impuestas conforme al marco regulador, cómo podrían incidir en dichas medidas las modificaciones previsibles de la situación del mercado."*

Y concretamente en materia de replicabilidad técnica el apartado 22 de la exposición de motivos establece:

*"( 22) Dado lo importante que resulta para la competencia garantizar la replicabilidad técnica, es crucial que el proveedor con PSM regulado garantice la replicabilidad técnica de las nuevas ofertas minoristas antes de su lanzamiento y en cualquier momento posterior. En consecuencia, el análisis de replicabilidad técnica puede ser realizado tanto antes como después del lanzamiento de una nueva oferta minorista, a criterio de la ANR. Por ejemplo, cuando las normas de confidencialidad de la legislación nacional no permiten a una ANR hacer públicos los datos comerciales del operador con PSM, la ANR puede optar por realizar el análisis de replicabilidad técnica con posterioridad al lanzamiento de los servicios al por menor."*

Esta sala en la sentencia de 28 de febrero de 2022, recurso 258/2020 ya señaló que " En relación con la obligación de Telefónica en materia de Información, se razona que, dada la frecuencia con que Telefónica introduce modificaciones en los precios y prestaciones de sus productos, o incluso reestructura su catálogo comercial, resulta fundamental que la CNMC disponga de la información más reciente posible y que los procedimientos de actualización de parámetros se lleven a cabo de manera ágil; por lo que se considera necesario modificar las fechas de entrega de los requerimientos semestrales de parámetros a los que se refiere



*el Anexo IV de la Resolución del ERT, adelantando en un mes la fecha de suministro de información. Añadiendo al contenido de la información semestral los importes totales incurridos en los dos últimos semestres de referencia correspondientes a la adquisición o reacondicionamiento de equipamiento en domicilio del cliente necesario para la prestación del servicio de banda ancha. Y ello para facilitar un cálculo actualizado del coste del equipamiento en domicilio del cliente, teniendo en cuenta aspectos como la incidencia de la renovación de este tipo de equipos a clientes existentes."*

La Sala consideró entonces justificado el cambio de fechas, justificación que en este caso igualmente considera dadas las características de los parámetros implicados.

Las consideraciones que se han realizado en relación con las características y finalidad del examen de replicabilidad tanto por la Comisión Europea como por el regulador, como por esta propia Sala en anteriores sentencias, fundamentan y justifican, a juicio de este Tribunal, la toma en consideración de esos elementos del producto Fusión Base 600Mb.

Igualmente abordó esta Sala la cuestión relativa al tratamiento conjunto de FUSION + 1 y FUSION BASE para concluir que es conforme a derecho el establecimiento de agrupaciones independientes en productos con un mismo componente de comunicaciones electrónicas en función de sus respectivas dinámicas comerciales, sus estructuras de precios o la posibilidad de contratar módulos de televisión de pago. En todo caso, como alega el Abogado del Estado, la política promocional de Telefónica es única tanto para los productos raíz como para las combinaciones resultantes de añadir módulos adicionales de televisión de pago.

Efectivamente la regulación ERT cambia la referencia minorista del test de replicabilidad frente a lo establecido anteriormente, de manera que en el test de replicabilidad se toman en consideración lo que la recurrente llama "familias" que no es sino el conjunto del producto raíz con las diferentes combinaciones posibles de otros añadidos. Como señala la Administración este tratamiento es más equilibrado y beneficioso para la operadora, pues permite compensar los VAN positivos de los productos más rentables con los VAN negativos de otros productos. En realidad, estas alegaciones de la actora tienden a escindir la aplicación de los criterios según su punto de vista, de manera que se aplique la Resolución ERT interpretada no en su conjunto sino aislando elementos concretos.

La aplicación de esta Resolución, que ha sido declarada conforme a derecho en las sentencias de esta Sala recogidas en el fundamento jurídico tercero, se ha llevado a cabo en aplicación de los principios generales establecidos por la Comisión Europea, y tomando en consideración la totalidad de los factores en juego.

La CNMC ha justificado su calificación como emblemático del producto debatido: *"Esta Sala considera que este producto debe ser incluido en la lista de productos emblemáticos BAU. La consideración de este producto como emblemático está justificada por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, el producto Fusión O2 600Mb ya es de los más relevantes de la cartera de Telefónica. Como muestra el gráfico 2, tras un período de crecimiento moderado durante los meses inmediatamente posteriores a su lanzamiento, Fusión O2 600Mb ha seguido una acelerada senda de crecimiento. Desde marzo de 2019, la variación intermensual de la planta ha sido, de media, de [CONFIDENCIAL] clientes. La rápida expansión de su base de clientes ha permitido que su planta haya alcanzado los [CONFIDENCIAL] clientes en poco más de dos años desde su lanzamiento, lo que demuestra que Fusión O2 600Mb es uno de los productos más dinámicos de la cartera de Telefónica. Es decir, según los datos más recientes, el producto de O2 [CONFIDENCIAL]."*

**NOVENO-** Es preciso señalar, dado que la pretensión actora se sustenta fundamentalmente en la prueba pericial, que esta Sala en el ejercicio de la facultad que el ordenamiento jurídico le otorga en materia de valoración de prueba, tiene que recordar que la valoración de la prueba pericial debe realizarse "según las reglas de la sana crítica" ( artículo 348 de la Ley Enjuiciamiento Civil).

El Tribunal es libre a la hora de valorar los dictámenes periciales, estando limitado únicamente por las reglas de la sana crítica, que no están recogidas en precepto alguno pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común, y que le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, periodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Juez, etc.), debiendo, finalmente, exponer la sentencia las razones por las que se aceptan o no las conclusiones de la pericia.



A esto cabe añadir que, en aquellos supuestos como es el caso, en los que la pericia ha sido ampliada o aclarada en presencia judicial, cobra especial relevancia la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación.

Por otra parte, se ha de recordar que la prueba pericial practicada en el proceso no goza necesariamente de prevalencia sobre aquellos informes técnicos obrantes en las actuaciones y que constituyen la prueba de la Administración. La finalidad de la prueba pericial es facilitar al Juzgador aquellos conocimientos técnicos necesarios para la decisión de la litis y que, precisamente por su propia naturaleza y finalidad, lo relevante no son las conclusiones dictaminadas por los peritos y sí las razones o justificaciones que en sus informes ofrecen para alcanzar las conclusiones, razones o justificaciones que necesariamente, por razones obvias, debe someterlas el Juzgador a un juicio crítico ( STS, Sección 6ª, de 4 de mayo de 2015, recurso 71/2013).

Como razonan las STS, Sala Tercera, Sección 7ª, de 17/01/2012 y 15/06/2011: «(...) La valoración de la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica implica el que dicha valoración no esté sometida a un régimen de prueba tasada. Y de igual manera impide que el órgano jurisdiccional asuma el informe del perito con un automatismo tal que prescinda de cualquier reflexión o crítica sobre su contenido. En la medida en que la valoración de la prueba sirve a la propia motivación de la sentencia al exponer las razones que llevan a tomar la decisión que finalmente se adoptará, deberán analizarse en dicha valoración -y expresarse, en consecuencia- los elementos considerados para la emisión del informe ponderando tanto la cualificación profesional o técnica de los peritos; las categorías, cantidad o calidad de los datos recabados, así como la conexión de los mismos con el objeto del proceso, y, finalmente, la viabilidad de las conclusiones alcanzadas a partir de tales datos. (...)».

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. Y ello, porque 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.

Como ha establecido el Alto Tribunal en su jurisprudencia, y se ha señalado más arriba, 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.

El informe pericial de la parte actora concluye literalmente que " los criterios empleados por la CNMC en la tercera revisión de parámetros, que le llevan a concluir que el producto Fusión Base 600Mbps no es replicable y a forzar a Telefónica a rebajar el precio del servicio mayorista NEBA local son erróneos, inconsistentes y /o/ injustificados. La consideración de criterios razonables y consistentes con los que la CNMC aplica en el caso de otros parámetros del ERT habría llevado a la conclusión de que el producto Fusión Base 600Mbps es replicable".

Esta Sala considera que en cuanto a las referencias a la toma en consideración de una fecha u otra en este caso, se trata de un informe que excede de lo que constituye un informe pericial económico, ya que analiza lo que es no una cuestión técnica, sino puramente jurídica, es decir, si se puede tomar en consideración la fecha de 1 d e marzo exclusivamente y no otra.

Es propio de la prueba pericial económica la valoración de las consecuencias económicas que se habrían producido por la toma en consideración de una fecha u otra, y en caso de concluir la Sala que la fecha debió ser la que sostiene la recurrente, lo que no es el caso, deberían entonces valorarse las consideraciones económicas en cuanto a la existencia de perjuicios por tal motivo.

En relación con la pericial practicada a instancias de la Administración demandada, por auto de 6 de febrero de 2023, se admitió la práctica de la prueba pericial propuesta por el Abogado del Estado. Y pese a que la parte actora interpuso recurso de reposición contra este auto, no impugnó la admisión de esta prueba de la parte demandada.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en el curso de un recurso ante la propia Sala Tercera, resolvió en auto de 15 de febrero de 2022 , estimando un recurso de reposición contra un auto de prueba que al tratarse de un informe emitido por un funcionario de la administración demandada, el informe debe admitirse como prueba documental, con la única consecuencia de que no es necesaria la ratificación que se había acordado.

**DÉCIMO-** En relación con los costes, ya en vía administrativa Telefónica solicitó que la actualización de parámetros utilizara los datos procedentes de la contabilidad de costes regulatoria del año 2019, que fueron suministrados a la CNMC el día 31 de julio de 2020.



Y ello con base en la previsión de la Resolución ERT según la cual la CNMC " *tomará como referencia la última contabilidad presentada por Telefónica*" para determinar el parámetro correspondiente a los costes de comercialización minorista. Considera la recurrente que la utilización del parámetro derivado de la contabilidad regulatoria de 2019 evitaría el ajuste en los precios de NEBA local y NEBA fibra.

La respuesta del regulador fue que en primer lugar " *la información sobre costes de comercialización minorista a la que se refiere Telefónica aún no ha podido ser contrastada por esta Comisión, por lo que su incorporación al presente procedimiento sería precipitada*". En segundo lugar, y esta consideración es especialmente relevante a juicio de esta Sala, " *los cálculos que se actualizan en la presente revisión deben utilizar unos datos coherentes con el resto de los parámetros*."

En tercer lugar, esos datos no fueron objeto del trámite de audiencia, quedando en conjunto desfasados respecto del resto de los elementos tomados en consideración.

La prueba pericial de la actora se centra en la cuestión de la utilización de la contabilidad de costes del año 2019 " *incluso si entendía necesario analizar los resultados de la contabilidad de costes de 2019 antes de utilizarlos*".

La Sala considera que la CNMC ha justificado adecuadamente las razones por las que, a la vista de las fechas en que se proporcionaron los datos por la operadora, las fechas para las que se estaba analizando la replicabilidad y se ha establecido en cada apartado el coste valorado. La Administración tiene la obligación de analizar los datos presentados por la operadora, elaborar un informe de audiencia, dar traslado de este a todos los implicados en el procedimiento y esto no era factible dada la fecha de aportación, con la contabilidad de 2019 y si con la de 2018 en el extremo debatido.

**DÉCIMO PRIMERO-** So bre los datos del componente de telefonía móvil, se alega que la CNMC " *ha evitado utilizar la última información disponible*" información que, según se sostiene debió ser la más reciente, la del primer semestre del año 2020, en la que se constata una evolución a la baja en el coste de este componente, y que llevaría aun mayor VAN.

En la resolución impugnada la CNMC da una respuesta que no ha sido combatida eficazmente por la recurrente: " *la contestación al requerimiento semestral de septiembre de 2020 solo incluye tres observaciones referidas a las líneas móviles con franquicias de datos ilimitados (correspondientes a dos semanas de abril y los meses de mayo y junio). Esto impide identificar las dinámicas que caracterizarán los consumos que realizan los usuarios de estas líneas y podría introducir importantes sesgos en las estimaciones prospectivas utilizadas por la CNMC en la estimación de los costes. En segundo lugar, estas observaciones corresponden a los meses de vigencia del Estado de Alarma declarado a raíz de la crisis de COVID-19, período que se ha caracterizado por un patrón de consumo anormal por parte de los usuarios y que la propia Telefónica ha solicitado no utilizar en las revisiones de parámetros*".

Se trata a juicio de este Tribunal de razones coherentes con la finalidad del test y deben mantenerse frente a las pretensiones de la recurrente.

Se alega que la previsión del uso de la funcionalidad multicast incurre en un " *grave error metodológico que le lleva a exagerar los costes de red del componente de banda ancha que se contempla en el test*".

La resolución impugnada indica que se ha introducido la funcionalidad de replicación de tramas multicast en NEBA local, desarrollada desde diciembre de 2019 y en pruebas desde febrero de 2020, razón por la cual se ha tomado en consideración que los operadores ya pueden hacer uso de esta funcionalidad.

Ahora bien: teniendo en cuenta la afectación que a todo el proceso trajo consigo el estado de alarma, se constata que en la fecha de la resolución está en marcha el proceso de migración, y se espera que se complete la migración de los accesos NEBA local de los operadores participantes en el primer trimestre de 2021.

El test del ERT debe tomar en consideración de forma prospectiva lo que se espera prudencialmente que vaya a ocurrir en el futuro próximo, y a la vista de esos datos, se acuerda tomar en consideración un 75% de previsión de uso de esta funcionalidad.

La CNMC inicialmente propuso tomar en cuenta el 100% y lo redujo a la vista de las alegaciones de otros operadores. Y concluyó que el 75% " *guarda el necesario equilibrio entre la prospectividad del test de replicabilidad y la prudencia que se ha de guardar a la hora de considerar una funcionalidad cuya implementación se ha visto sujeta a múltiples retrasos*."

La recurrente alega que este porcentaje se fija de manera injustificada e inmotivada: la CNMC tuvo en cuenta las alegaciones de quienes sostenían que el proceso de migración no estaría completo hasta mediados del año 2021, incluso uno de ellos, Orange, sostuvo que era el porcentaje del 50% el que debía establecerse.



Como alegó el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, la recurrente no ha alegado que estuviera disponible esta funcionalidad al 100% a finales del año 2020. Además, en lugar de tomarse en cuenta el uso medio durante este año, se ha tomado en consideración el dato más beneficioso para Telefónica, que es el porcentaje de uso estimado al final del ejercicio 2020.

**DÉCIMO SEGUNDO-** En su recurso contra la resolución ERT de 6 de marzo de 2018, TELEFÓNICA sostuvo que, según se recoge en la sentencia de esta Sala de fecha 25 de enero de 2022 en materia de costes " *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."*

La Sala consideró entonces que " *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. "*

El auto de admisión del recurso de casación limita el objeto de la sentencia a dictar por el Alto Tribunal a estos extremos: "(i) *si es conforme a los principios de transparencia objetividad y previsibilidad del Derecho de la Unión Europea el hecho de que uno de (os 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. "*

Son dos cuestiones relacionadas solo indirectamente con lo que constituye el objeto de este recurso, razón por la cual este Tribunal ha considerado que debía dictar sentencia sin esperar a que el Alto Tribunal resuelva el referido recurso de casación, no habiendo realizado las partes alegación alguna al respecto, ni con anterioridad ni al notificarse la providencia de señalamiento de este recurso para votación y fallo.

**DÉCIMO TERCERO-** La Sala ha revisado las pruebas practicadas, y considera que la conclusión alcanzada por la parte demandada es conforme a derecho.

El informe pericial de la parte actora, en materia de costes, rebate las conclusiones de la CNMC en relación con la toma en consideración de la contabilidad del último semestre de 2018 y no la aportada en julio de 2020, la del último semestre de 2019.

Esta Sala considera que este análisis debe efectuarse partiendo de la base de cual es la finalidad del test: para garantizar que los competidores de Telefónica, específicamente, los competidores alternativos eficientes que utilicen los servicios mayoristas de fibra, puedan ofrecer un servicio equivalente a un precio similar.

En este caso, en aplicación del test ya conocido, la CNMC ha calificado como "emblemático" un producto comercial que, ni siquiera es debatido por la recurrente, destaca por su especial trascendencia, y que es descrito por la resolución impugnada como sigue:

*" El producto Fusión O2 600Mb7 es un empaquetamiento convergente que Telefónica comercializa bajo su marca O2 y dirige al segmento low cost del mercado de banda ancha fija. Incluye servicio de banda ancha fija con*



*600Mbps simétricos, telefonía fija con tarifa plana nacional, telefonía móvil con llamadas ilimitadas y banda ancha móvil con franquicia de 25 GB".*

Y las razones por las que lo considera emblemático son las siguientes: es uno de los más relevantes de la cartera de la actora, con una enorme y rápida expansión y un alto número de clientes.

La pericial de la actora considera que se analizan los productos con unos parámetros que no son correctos, y que de haberse aplicado los parámetros que sostiene, se habría superado el test de replicabilidad.

Esta Sala considera que los parámetros tomados en consideración, específicamente los analizados en los fundamentos jurídicos anteriores, son conformes a derecho.

Por el conjunto de consideraciones expuestas procede la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

**DÉCIMO CUARTO-** 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.

## FALLAMOS

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 12 de noviembre de 2020 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 presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.