

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN OCTAVA**

Núm. de Recurso: 0000922/2018
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 05978/2018
Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
Procurador: SRA. LLORENS PARDO
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA
COMPETENCIA
Codemandado: ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE
SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL),
MASMOVIL IBERCOM
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA Nº:

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

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA
D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a tres de diciembre de dos mil veintiuno.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **922/2018**, interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. Llorens Pardo** y defendido por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y**

LA COMPETENCIA representada y defendida por el Abogado del Estado. Han sido partes codemandadas **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)** representada por el Procurador **Sr. Hidalgo Martínez** y defendida por Letrado, y **MASMOVIL IBERCOM** representa por la Procuradora **Sra. Agulla Lanza** y defendida por Letrado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Eugenio Frías Martínez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

SEGUNDO.- La Administración demandada y ASTEL, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentaron escrito en el que alegaron los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 1 de diciembre de 2021 del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 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, en la que se RESUELVE:

“Primero.- Aprobar 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 empresarial.

Segundo.- Comunicar a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento empresarial.

Tercero.- Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1 de la LGTel”.

La resolución cita como antecedente que con fecha 24 de febrero de 2016, la 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 de banda ancha).

En dicha Resolución se identificó a Telefónica como operador con poder significativo de mercado (PSM) en el mercado mayorista de acceso de banda ancha para la prestación de servicios empresariales (mercado 4) y se le impusieron determinadas obligaciones regulatorias, entre ellas, la obligación de garantizar que las ofertas minoristas dirigidas al segmento empresarial son replicables económicamente a partir del servicio mayorista de acceso de banda ancha en su variante empresarial.

El test de replicabilidad económica empresarial debe llevarse a cabo sobre la base de las ofertas personalizadas a clientes empresariales que Telefónica tiene la obligación de comunicar a la CNMC en virtud de la citada Resolución. En dicha Resolución se indicó que los detalles de la metodología a emplear para el análisis de dichas ofertas personalizadas se abordarían en un expediente específico incoado a tal fin.

SEGUNDO.- Telefónica mantiene en la demanda como motivos del recurso:

1) La resolución es nula en la medida que no ha motivado la necesidad de una metodología “ad hoc” para ofertas empresariales en España.

Se reconoce que la CNMC está competencialmente habilitada por la Ley General de Telecomunicaciones (LGTel) y la Resolución de Mercados para imponer obligaciones a los operadores declarados con poder significativo en el mercado cuando, al definir y analizar los mercados de que se trate, detecte que no son realmente competitivos.

De este modo, entre esas obligaciones se encuentra la aprobación de la metodología para la aplicación del test de replicabilidad económica de las ofertas comerciales de Telefónica en el segmento empresarial.

Entiende que la resolución es arbitraria, por carecer de justificación objetiva o razonable, ser desproporcionada, contraria a la seguridad jurídica, discriminatoria y atentatoria de los otros principios jurídicos generalmente reconocidos.

La CNMC ha aprobado una metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento empresarial que es pionera y única en Europa.

La Resolución impugnada establece una metodología diferencial y única en Europa que cercena la capacidad y la libertad de uno sólo de los operadores del mercado -Telefónica- en favor de unos operadores -aquellos supuestamente orientados a empresas- que no son ni los protagonistas en este mercado, ni los más eficientes en cuanto a su desempeño.

Las ofertas en el segmento de grandes empresas y administraciones públicas están lógicamente ajustadas a las necesidades de cada cliente y nada tiene que ver una oferta diseñada para una pequeña empresa, un cliente empresarial o la Administración Pública.

Resulta muy difícil de concebir la necesidad de una metodología “ad hoc” que pueda servir para cualquier cliente empresarial, y la mejor prueba de ello es que ningún Estado Miembro de la Unión Europea ha publicado una metodología para la determinación de los test de replicabilidad económica en el segmento empresarial.

La CNMC no ha motivado suficientemente la necesidad ni la razonabilidad de una metodología empresarial “ad hoc” y a ello se añade que dicha metodología no es ni adecuada, ni proporcionada, ni cumple con el principio de seguridad jurídica.

II) La resolución es arbitraria al tomar como referencia un operador distinto al operador igualmente eficiente (OIE).

- La CNMC en la Resolución impugnada toma como referencia a la hora de escoger el servicio mayorista a los operadores especializados en empresas, en aplicación del estándar del test del “operador igualmente eficiente ajustado a escala” (test del “OIE ajustado a escala”) y cita como ejemplos relevantes a BT o COLT. Dichos operadores supuestamente especializados en empresas tienen una mayor dependencia de los servicios regulados de acceso indirecto y no disponen de una escala mínima necesaria debido a la menor demanda potencial y mayor dispersión geográfica.

Carece de sentido que la CNMC tome como referencia a este tipo de operadores especializados, cuya presencia es muy minoritaria en la provisión de servicios de conectividad y banda ancha en el segmento empresas, que son más ineficientes y no despliegan infraestructura propia, cuando las ofertas de empresas se tienen que

proveer con servicios adaptados a las necesidades de estas grandes empresas con consumos elevados y necesidades específicas como así lo reconoce la propia CNMC en la Resolución impugnada.

La CNMC no ha motivado ni razonado adecuadamente por qué ha descartado a pesar de ser los principales actores del mercado a los operadores generalista y ha escogido a hipotético e inexistente operador especializado en empresas como referencia para su metodología.

- El “Operador igualmente eficiente ajustado a Escala”, es decir un operador especializado en empresas, es contrario al Derecho de la competencia, los objetivos de la LGTel y a la jurisprudencia.

El objetivo de la regulación sectorial es lograr cuando sea posible, “la competencia basada en infraestructuras”, siendo contraria a la protección de competidores ineficientes como lo son los operadores especializados en empresas.

Asimismo, el cálculo de replicabilidad no puede hacerse depender del rendimiento de un tercero en el mercado conforme el principio de seguridad jurídica.

- La resolución debe de anularse por cuanto la información que se ha analizado y que da soporte a sus conclusiones no es actual, es insuficiente y está desfasada respecto de la realidad del mercado al tener en consideración únicamente la situación competitiva del mercado empresarial de hace 10 años.

III) La resolución incluye errónea y sorpresivamente las tasas y tributos locales dentro de los costes minoristas provocando indefensión a Telefónica y duplicando esos costes que están embebidos en los precios mayoristas.

La CNMC no ha contestado a las alegaciones de Telefónica respecto de la inclusión de tasas y tributos locales. Esta falta de mención y ausencia de respuesta en la Resolución impugnada no resulta admisible y supone una falta de motivación provocando indefensión.

Las tasas y tributos ya estarían incluidos en el propio precio mayorista por lo que incorporar dichos conceptos en los costes minoristas provocaría una doble imputación de dichos costes en el test de replicabilidad empresarial.

TERCERO.- Sobre la existencia de motivación de la necesidad de una metodología “ad hoc” para ofertas empresariales en España, hemos de señalar que Telefónica no discute la competencia de CNMC para establecer la metodología.

La resolución en los antecedentes hace referencia a la resolución de fecha 24 de febrero de 2016 la CNMC 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, analizando esta resolución la situación de segmento de mercado empresarial.

Así, a Resolución de 24 de febrero de 2016 en el apartado II.1.3 analiza el segmento residencial y empresarial señalando:

“es posible distinguir dos segmentos sustancialmente diferentes de la demanda. Así, tal y como la CMT ha señalado en diferentes Resoluciones, existen dos grandes tipos de consumidores en función de la intensidad y requisitos en el uso de los servicios de comunicaciones electrónicas. Por una parte, aquéllos que adquieren los servicios de comunicaciones electrónicas mediante contratos de adhesión, a partir de canales de comercialización masivos y que valoran la facilidad de uso de los servicios y su precio. Este segmento comprende a la mayor parte de los clientes, en particular, los residenciales, pero también a una parte de los clientes empresariales, en especial, los autónomos.

Por otra parte, en la medida en que las empresas crecen en tamaño, sus necesidades se hacen más complejas. Estos clientes cuentan con una estructura más desarrollada, que incluye un mayor número de sedes dispersas geográficamente, lo que les obliga a demandar servicios personalizados con cobertura nacional. Adicionalmente, suelen requerir de un proyecto específico que incluya no sólo la conectividad sino también servicios de valor añadido y asistencia técnica para su implementación. La forma de contratación de este tipo de empresas es también diferente, en la medida en que el contrato no es de adhesión sino que los proyectos suelen negociarse entre el cliente y el operador, o someterse a un proceso de licitación.

Por último, en lo que se refiere al servicio post-venta, existe una clara diferencia entre la especialización y la complejidad técnica que precisan los requerimientos de este tipo de clientes y las que se proporcionan a los clientes residenciales (generalmente a través de canales masivos de atención al cliente). (...)

En efecto, los operadores generalistas, que proveen servicios a los clientes residenciales y a la parte baja del segmento empresarial, requieren, para ser competitivos, alcanzar economías de escala y alcance que difícilmente obtendrán los operadores cuyo mercado objetivo son las grandes empresas. De la misma forma, los operadores dirigidos a este último tipo de clientes no cuentan con la escala mínima necesaria para utilizar de forma masiva los servicios mayoristas situados aguas arriba, como el bucle, o desplegar sus propias redes en una parte significativa del territorio español.

(...)las diferencias en cuanto al despliegue de red basado en el acceso desagregado al bucle son notables entre los dos tipos de operadores que atienden cada uno de estos segmentos. En el caso de los operadores especializados en el segmento empresarial con necesidades complejas su despliegue se limitaría a un número de centrales comparativamente bajo y localizado en núcleos urbanos importantes.(...)

En particular, y en línea con lo indicado en los párrafos anteriores, los informes concluían que las grandes empresas –las cuales representan una parte muy importante de los ingresos del segmento empresarial– cuentan con unas necesidades específicas y diferenciales respecto de las que afronta un cliente residencial. Las grandes empresas presentan una estructura compleja, que puede incluir un mayor número de sedes dispersas geográficamente, lo que les lleva a demandar servicios personalizados con cobertura nacional. Este hecho hace, además, que el peso de servicios más estandarizados, como la voz fija y móvil, pierda relevancia con respecto a otros de mayor valor añadido, como los servicios avanzados de datos.

De forma análoga, los informes señalaban que esta demanda diferencial ha dado lugar a la aparición de operadores especializados⁵⁵, distintos de los operadores generalistas, y con una oferta de servicios adaptada a las necesidades de las grandes empresas con consumos elevados. Estos operadores afrontan unas necesidades diferentes a las de los operadores centrados en el segmento residencial, dada por ejemplo su mayor dependencia de los servicios regulados de acceso indirecto, o dada la importancia decisiva que en este contexto cobran los acuerdos de nivel de servicio que se puedan suscribir con los clientes empresariales”.

Por su parte el apartado IV.1.1.1 Servicios mayoristas de acceso de banda ancha prestados a los clientes empresariales y a los clientes residenciales, señala:

“se distingue entre (i) un segmento residencial que generalmente demanda productos estandarizados de banda ancha (ofertas empaquetadas incluidas) y (ii) un segmento empresarial que generalmente demanda productos complejos personalizados. (...)

Estas particularidades de la demanda empresarial determinan a su vez unas condiciones de oferta diferenciadas para este segmento en contraposición con el segmento residencial. Así, se observa la presencia de un conjunto de operadores especializados en el segmento empresarial sin presencia en el segmento residencial (caso de BT, Colt, Verizon) y viceversa, esto es, operadores generalistas centrados fundamentalmente en el segmento residencial.

Igualmente importante es el hecho de que el tamaño del segmento residencial permite a los operadores focalizados en dicho segmento lograr unas economías de escala en la comercialización de las ofertas estandarizadas de banda ancha que hacen rentable la co-ubicación en un número elevado y creciente de centrales locales (...)

No sucede lo mismo en el segmento empresarial donde (i) no son realizables las mismas economías de escala, ya que el número potencial de clientes alcanzable es significativamente menor; (ii) la dispersión de las líneas a conectar por usuario es mayor ya que, por ejemplo, los grandes clientes empresariales presentan sedes dispersas geográficamente. En este entorno competitivo, el servicio mayorista de acceso desagregado no sería en muchos casos una alternativa viable para conectar

las sedes de los clientes empresariales, que requieren de una conectividad superior a la propia de un cliente residencial, pero tampoco tan elevada como para justificar el uso de otras alternativas como el despliegue de red propia y/o la provisión de un servicio mayorista de líneas alquiladas.

Asimismo, como consecuencia del mayor nivel de calidad en el servicio solicitado por los clientes del segmento empresarial, los operadores especializados en este segmento demandan unos servicios mayoristas de acceso de banda ancha con unas prestaciones superiores a las requeridas por los operadores generalistas que atienden el segmento residencial”.

La resolución impugnada en la introducción del Documento I recoge igualmente las diferencias de condiciones de competencia en el segmento empresarial y en el segmento residencial; recogiendo las características del segmento empresarial.

De las citadas resoluciones resulta que:

-Las empresas tienen necesidades específicas, demandando servicios más complejos que los clientes residenciales, que requieren de ofertas personalizadas.

-Existencia de operadores especializados en este sector. Recogiendo la Resolución de 2016 que la tras Telefónica, que ostentaba en 2014 una cuota de mercado del 67,9% el siguiente competidor con mayor cuota es BT con el 9,5%.

-El número potencial de clientes alcanzable es significativamente menor que el residencial, por lo que es difícil alcanzar economías de escala, teniendo mayor dependencia de los servicios mayoristas.

Debe señalarse que la Resolución impugnada fue notificada a la Comisión Europea que la evaluó y fue aceptada en su totalidad.

Por lo expuesto resulta, que éstas diferencias puestas de manifiesto en las resoluciones de la CNMC motivan y justifican la necesidad de una metodología ad hoc para las ofertas empresariales.

CUARTO.- Como segundo motivo del recurso se mantiene la arbitrariedad de la resolución al tomar como referencia un operador distinto del operador igualmente eficiente. Entiende que la resolución no contiene una motivación adecuada de las razones por la que toma como referencia a la hora de escoger el servicio mayorista a los operadores especializados en empresas, en aplicación del estándar del test del “operador igualmente eficiente ajustado a escala” (test del “OIE ajustado a escala”) y no tiene en cuenta los operadores generalistas que invierten en sus propias redes y rentabilizan sus inversiones de forma más eficiente y que hace tiempo que irrumpieron con fuerza en el segmento empresarial, desplazando a los operadores de empresa por sus mayores economías de alcance y escala.

La resolución impugnada en el apartado II.4.1 recoge las razones por las que utiliza el estándar de OIE ajustado a escala, a la hora de la estimación de los costes asociados al servicio mayorista regulado, al señalar “las condiciones económicas no favorecen la adquisición de escala por parte de este tipo de operadores, quienes mantienen unos bajos volúmenes de líneas y un alcance geográfico significativamente limitado en comparación con el operador con PSM”. Y en el apartado II.4.2 se indica “En aplicación del estándar OIE ajustado a escala, a la hora de escoger dicho servicio mayorista, se valorará que el operador de empresas no tiene las suficientes economías de escala y alcance para usar los servicios mayoristas masivos con la misma intensidad que Telefónica o de otros operadores que se dirigen al mercado residencial”.

La utilización de dicho estándar se justifica por razón de las características del segmento empresarial, que han sido recogidas en el fundamento anterior.

La recurrente sostiene que la resolución se sustenta en informes de situación competitiva basados en datos anticuados de 2008 y 2009, sin analizar la situación competitiva en el año 2016, llegando a error respecto de cuál debe ser el operador de referencia, sin tener en cuenta que los operadores generalistas son los actores relevantes que aprovechan su infraestructura para rentabilizarla tanto en el mercado residencial como de empresas.

No puede admitirse la afirmación de Telefónica, toda vez, que como ya puso de manifiesto la resolución recurrida, se tuvo en cuenta el análisis de la resolución del segmento de mercado efectuado por la resolución de febrero de 2016. En la referida resolución se analizó las condiciones de competencia en el mercado empresarial, donde se recoge en el apartado II.3.1.2 que Telefónica tenía en el año 2014 el 67.9%, siendo el segundo competidor BT con el 9,5%.

Además, el Abogado del Estado en la contestación, pone de manifiesto los datos del Informe REINA de 2018, en cuanto a los gastos en servicios de telecomunicaciones de la Administración General del Estado, en suministradores señala que “el Grupo Telefónica acapara el 87,1% de los gastos, similar a la cifra del pasado ejercicio, mientras BT España, sitúa su participación muy por debajo de este porcentaje, con el 5% del total; VODAFONE y el resto de operadoras participan con menos del 1% del volumen total”.

Estos datos, tenidos en cuenta en la resolución, y señalados en la contestación a la demanda, demuestran Telefónica tiene una cuota de mercado muy elevada por encima del 60%, y que el principal competidor en dicho segmento es BT, un operador especialista en empresas, por lo que está justificado tomarlo como referencia, a la hora de establecer el estándar, al ser su principal competidor en el segmento empresarial.

Se mantiene por la recurrente que el tomar como referencia un operador OIE ajustado a escala es contrario a la normativa de competencia, y va en contra de lograr la competencia basada en infraestructuras.

Dicha cuestión, fue resuelta por la Resolución impugnada señalando: “Respecto a la alegación de Telefónica de que la medida va en contra de la LGTel y jurisprudencia, cabe recordarle que es precisamente en cumplimiento de los objetivos y principios de esta ley que se han analizado los mercados relevantes de los servicios de referencia para el establecimiento del presente test. En efecto, al identificar a Telefónica como poseedor de una posición de especial fuerza en el segmento empresarial se le ha impuesto una serie de obligaciones, entre las cuales la de garantizar la replicabilidad de sus ofertas minoristas por parte de los operadores especializados en empresas. En caso de incumplirse, Telefónica sí podría incrementar sus precios de forma generalizada al dañar o expulsar del mercado a la competencia.... En este sentido, se considera que, por lo ya justificado, los servicios mayoristas son los elementos que en mayor medida vienen condicionados por la limitada escala de los operadores especializados en empresas. En cambio, en el resto de actividades los operadores pueden alcanzar un mayor nivel de eficiencia y por ello se cree necesario mantener el criterio más exigente de OIE estricto”.

La recurrente basa su argumentación sobre la base, ya rechazada en párrafos anteriores, de que son los operadores generalistas los verdaderos competidores en el sector empresarial, mientras que como se ha indicado el principal competidor en el segmento es un operador especializado en empresa, que no tiene las suficientes economías de escala y alcance para usar los servicios mayoristas masivos como Telefónica, resulta lógico el empleo del estándar OIE a escala escogido en los servicios mayoristas para garantizar la competencia.

Hemos de señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2018, citada en la demanda referida a Correos, no resulta aplicable al caso de autos, por cuanto está referida a un sector de actividad distinto, y además tiene en cuenta que el principal competidor contaba con una red propia, supuesto que no concurre en el caso de autos que se justifica el estándar adoptado por los bajos volúmenes de líneas y el alcance geográfico significativamente limitado del operador especializado en empresas.

QUINTO.- La resolución incluye errónea y sorpresivamente las tasas y tributos locales dentro de los costes minoristas provocando indefensión a Telefónica y duplicando esos costes que están embebidos en los precios mayoristas.

No puede apreciarse la introducción sorpresiva de las tasas y tributos locales dentro de los costes minoristas, al haber sido incluidos en la resolución como consecuencia de las alegaciones efectuadas por BT y Euskatel, que reclamaban se tuviera en cuenta las tasas y tributos que los operadores tenían que satisfacer.

Los operadores alternativos a Telefónica para poder replicar la oferta deben pagar un porcentaje de tributos sobre sus ingresos a las haciendas locales. Si los operadores tienen que hacer frente a los tributos locales debe entenderse justificada su inclusión en el test de replicabilidad.

Además, y como pone de manifiesto el Abogado del Estado y ASTEL en sus contestaciones, las tasas y tributos locales se incluyen dentro de los costes minoristas en las ofertas de test de replicabilidad residencial.

SEXO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente, sin que el límite máximo de aquéllas, considerando la complejidad y alcance del asunto planteado, pueda exceder de la suma de 1.500 euros por todos los conceptos.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente hasta un importe máximo de 1.500 euros por todos los conceptos.

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

