



Roj: **SAN 3943/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3943**

Id Cendoj: **28079230082016100481**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **11/10/2016**

Nº de Recurso: **82/2014**

Nº de Resolución: **520/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000082 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00711/2014

Demandante: JAZZ TELECOM, SAU

Procurador: DOÑA BEATRIZ PÉREZ-URRUTI IRIBARREN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a once de octubre de dos mil dieciséis.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso- administrativo nº **82/2014** , promovido por la Procuradora de los Tribunales **doña Beatriz Pérez-Urruti Iribarren** , en nombre y representación de **Jazz Telecom, SAU** , sucedida por **Orange Espagne, SAU** , contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de noviembre de 2013, sobre revisión de precios del servicio de acceso desagregado al bucle de TESAU.

Ha comparecido Administración demandada, representada por la Abogacía del Estado y **Telefónica de España, SAU** , representada por la Procuradora de los Tribunales **doña Carmen Ortiz Cornago** .

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2013, se revisan los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas. La parte dispositiva de la Resolución contiene el siguiente pronunciamiento en lo que aquí interesa:

"Primero.- Aprobar la revisión de precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica que se incluyen en el Anexo II;

"Segundo.- Los nuevos importes, salvo indicación expresa en otro sentido, serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución;

"Tercero.- Conforme a la práctica habitual seguida por esta Comisión en la adopción de medidas de tenor similar a la presente en ocasiones anteriores, los precios fijados operan como un umbral máximo, sin que dicho máximo obste a la posibilidad de que el prestador del servicio mayorista pueda libremente fijar o pactar precios mayoristas inferiores;

"Cuarto.- En el plazo máximo de 10 días tras la notificación de la presente Resolución Telefónica deberá modificar el anexo 3 `Lista de Precios de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA) de acuerdo con el texto recogido en el Anexo III.

Con fecha 26 de noviembre de 2013 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por Jazz Telecom, SAU, Telefónica de España, SAU, y Vodafone España, SAU, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2013, recaída en el procedimiento DT 2012/1555, por la que se revisan los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas. La parte dispositiva de la Resolución contiene el siguiente pronunciamiento:

"Primero.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, SAU, únicamente en lo que se refiere al plazo para realizar los desarrollos necesarios en sus sistemas que requiere la habilitación de las modalidades del servicio de mantenimiento Premium de 8 horas y de 12 horas, en los términos establecidos en el último párrafo de Fundamento Jurídico-material Tercero, y desestimar todas las demás alegaciones de la recurrente;

"Segundo.- Estimar parcialmente el recurso de Jazz Telecom, SAU, únicamente en lo que se refiere al resuelve Segundo de la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2013, por la que se puso fin al expediente número DT 2012/1555, acordándose que los nuevos precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica establecidos en la citada Resolución serán de aplicación a partir del día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y desestimar todas las demás alegaciones de la recurrente;

"Tercero.- Desestimar íntegramente el recuso de reposición interpuesto por Vodafone España, SAU, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2013, por la que se puso fin al expediente número DT 2012/1555.

Frente a dichas resoluciones la representación procesal de Jazz Telecom, SAU, interpuso recurso contencioso-administrativo.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos, en el que termina solicitando de la Sala que dicte sentencia por la que, "con estimación de la demanda, se declare la nulidad de la resolución impugnada, dejándola sin efecto y con todos los efectos anudados a tal declaración, con condena en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dicte sentencia por la que "desestime íntegramente el recurso".

En trámite de contestación a la demanda la representación procesal de Telefónica de España, SAU, interesó una sentencia que "desestime en su totalidad el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Jazztel, con expresa imposición de costas a la misma".

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental interesada por la parte recurrente, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.



CUARTO.- Practicadas las pruebas se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyaron sus pretensiones.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 28 de septiembre de 2016

SEXTO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **don JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de noviembre de 2013, relativa a los recursos de reposición interpuestos por Jazz Telecom, SAU, Telefónica de España, SAU, y Vodafone España, SAU, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2013, por la que se revisan los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas.

SEGUNDO.- Tras delimitar el contexto del recurso, la representación procesal de Jazz Telecom, SAU, plantea, como cuestión que suscita en la demanda, que una modificación al alza de los precios de acceso desagregado al bucle de Telefónica, en particular los precios relativos al acceso desagregado al bucle de abonado -8,60 euros/mes-, perjudica considerablemente a los operadores alternativos y estima que las decisiones impugnadas no se ajustan a Derecho.

Alega que el Regulador se ha extralimitado en ejercicio de sus potestades -arbitrariedad, carencia de justificación y falta de motivación-, pues no existe razón alguna que justifique que un aumento en los precios mayoristas del acceso desagregado tienda a incentivar la inversión en redes de nueva generación por parte de los operadores alternativos, sin que, por tanto, exista relación entre la subida y el fin perseguido, citando al efecto el informe de la CNC.

Señala que el Regulador ha actuado de forma absolutamente arbitraria en contra de la recomendación de la Comisión Europea y el criterio de la CNC al decidir la ponderación -otorgando el mismo valor- de los resultados obtenidos mediante el modelo bottom-up LRIC, la contabilidad de costes de Telefónica y una comparativa internacional sesgada, cuando debería haberse limitado a emplear el referido modelo; arbitrariedad en la que igualmente incurre respecto de las cuotas no recurrentes estableciendo un listado de costes de mano de obra y duración de las distintas actividades que componen las actividades.

Critica el método de fijación del precio final de la cuota recurrente al emplearse tres valores/referencias de forma incorrecta e inadecuada, sin que esté justificado la inclusión de una comparativa de precios internacional cuando existen datos bastantes para fijar un precio en el mercado español, señalando seguidamente los errores e incongruencias en que incurre la Comisión en cuanto a la contabilidad de costes de Telefónica, el modelo BU-LRIC y la utilización de una comparativa internacional.

Considera conculcado el artículo 9.3 CE -interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos- y estima que existe falta de motivación por parte de la Comisión en los parámetros utilizados y en el cambio de metodología al momento de fijar los precios mayoristas del acceso desagregado, y añade que se vulneran los principios de buena fe y confianza legítima pues se aparta de las expresas recomendaciones de la Comisión Europea -otorga el mismo peso al modelo propuesto por ésta con otros criterios adicionales: contabilidad de costes de Telefónica y comparativa internacional-, así como el principio de legalidad, pues la Resolución combatida ni responde al objetivo de fomentar la competencia ni respeta los derechos de los usuarios, quienes a la postre se verían perjudicados por el incremento del precio de la cuota de acceso al par completamente desagregado. Finalmente señala que queda negativamente afectado el principio de estabilidad y seguridad jurídica del mercado.

La Abogacía del Estado, tras concretar el objeto del recurso y sintetizar las razones expuestas por el operador recurrente, se opone al recurso formulando las siguientes alegaciones: a) el Regulador utiliza una metodología que combina tres valores/referencias: el modelo BU-LRIC, elaborado por la Comisión Europea, la contabilidad de costes de Telefónica y las referencias benchmark internacional sobre los precios obtenidos con el modelo BU-LRIC + en países de nuestro entorno, aquilatando, ponderando y justificando de forma razonada estos valores/referencias; b) la Comisión maneja correctamente los principios y objetivos establecidos en la LGTel; c)



el método de cálculo utilizado por el Regulador se atiene a las determinaciones del Reglamento de Mercados; d) la Comisión, en el ejercicio de la discrecionalidad técnica, pondera correctamente el doble elemento que debe presidir su actuación: fomento de la competencia y asegurar el nivel necesario de inversiones en infraestructuras; e) la adopción del modelo BU-LRIC responde una exigencia derivada de la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 2013, que si bien prevé un período de transición hasta el 31 de diciembre de 2013, ello no obsta para que el modelo no pueda ser aplicado con anterioridad.

La representación procesal de Telefónica de España, SAU, igualmente oponiéndose al recurso, formula siguientes alegaciones: a) la CMT ha llevado a cabo un análisis detallado de costes, unos específicos y otros comunes; b) la CMT ha pasado de utilizar un modelo basado en costes corrientes a un método basado en costes hipotéticos, sin que puedan entenderse las razones esgrimidas en cuanto a la vulneración del principio de seguridad jurídica; c) la CMT ha utilizado tres valores/referencias para la determinación de la cuota mensual: resultados del Modelo BU-LRIC+, resultados de la contabilidad de costes de 2011 de Telefónicas y comparativa internacional, habiendo acudido para la determinación de la cuota de alta solo al modelo de costes, habiendo motivado correctamente el regulador las razones que le llevan a la modificación; d) el operador recurrente no aporta elementos objetivos, limitándose a reproducir las alegaciones ofrecidas en vía administrativa; e) el operador recurrente fundamenta la demanda sin aportar prueba alguna, alegando tan solo que la revisión de precios debe ser siempre decreciente; f) la CMT no conculca el principio de confianza legítima.

TERCERO.- Planteada la controversia en los precedentes términos, comencemos por señalar que la ya extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se encontraba facultada para imponer a los operadores obligaciones en orden a proporcionar a terceros el acceso al bucle de abonados, así como determinar los precios de acceso a la red y, en su caso, reordenar o revisar los precios de ofertas de referencia. Ello, claro está, presupone que la potestad de que dispone el Regulador no es ilimitada ni implica soslayar determinados parámetros al punto de poder incurrir en arbitrariedad.

Tras examen y valoración de las actuaciones el parecer de la Sala en que la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2013, confirmada en lo esencial por la de 25 de noviembre del mismo año, resulta ajustada a Derecho, sin que las alegaciones de la recurrente y el resultado que arroja la prueba por ella interesada permitan llegar a diferente conclusión.

En efecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detalla el proceso seguido para llegar a la determinación de los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica. En lo atinente a la cuota mensual de acceso al par desagregado maneja los siguientes valores: revisión de precios de las ofertas OBA, Marco y AMLT en 2010; revisión y fijación de precios de servicios mayoristas en 2012; ponderación de factores; el borrador de la Comisión Europea sobre Recomendación de no discriminación y metodología de costes, en el que recomienda el uso de modelos ascendentes (bottom-up) con metodología de costes incrementales a largo plazo (Long Run Incremental Costs); concreción de la situación actual y las referencias disponibles; verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica -2008, 2009, 210 y 2011; precios regulados en países del entorno europeo -trece países-; valoración del uso y resultados del modelo de costes bottom-up e incorporación al modelo de determinadas modificaciones en función de las alegaciones presentadas por los operadores -metodología de depreciación y valoración de activos, vidas útiles, actualización del WACC, previsiones en materia de compartición de verticales, ajustes de la asignación de inversiones al servicio mayorista MARCO y ajustes en la arquitectura de la red modelada y de costes unitarios; ámbito geográfico.

Seguidamente la Comisión establece la nueva cuota de acceso al bucle desagregado de Telefónica en 8,60 euros mensuales, teniendo en cuenta tres referencias: costes derivados de la contabilidad de Telefónica, modelo de costes eficientes bottom-up y precios establecidos en otros países europeos para servicios análogos, si bien atribuyendo mayor peso relativo a los valores resultantes de los dos primeros factores.

El artículo 11.4 del Reglamento de Mercados establece que "La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, a los efectos del cálculo de coste de suministro eficiente de servicios, podrá utilizar sistemas o métodos de contabilización distintos de los utilizados por el operador, que tendrá en cuenta una tasa razonable de rendimiento de las inversiones efectuadas en función del riesgo asumido por aquél. Además, podrá requerir en cualquier momento al operador para que justifique, sobre la base de dichos sistemas, los precios que aplica o pretenda aplicar y, cuando proceda, exigirle su modificación".

Por otra parte, la Directiva 2002/19/CE señala en el artículo 13.2 que "Las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que el mecanismo de recuperación de costes o el método de fijación de precios que se imponga sirva para fomentar la eficacia y la competencia sostenible y potencie al máximo los beneficios para los consumidores. En este sentido, las autoridades nacionales de reglamentación podrán tener asimismo en cuenta los precios practicados en mercados competidores comparables".



La Sala estima que el Regulador ha actuado en el contexto de referencia, en particular en la fijación de precios, ponderando los valores señalados encaminados a fomentar la competencia en los términos previstos en la Directiva, disponiendo de facultades que le permiten tomar en consideración diversos factores/referencias. Así, como señala la Resolución de 18 de julio de 2013 con referencia al TJUE,

"...las Autoridades disfruten de una amplia facultad para intervenir en los distintos aspectos de la tarificación por la prestación de un acceso desagregado al bucle local, incluida la modificación de los precios y, por tanto, de las tarifas propuestas, amplia facultad que se extiende asimismo a los costes soportados por los operadores notificados... la base de cálculo de éstos y los modelos de justificación contable de tales costes,

"... el mismo Tribunal ha señalado que el propio hecho de que el legislador comunitario no haya dado indicaciones precisas sobre los elementos, métodos y modelos de costes que deben emplearse, milita fuertemente a favor de considerar que dejan un inevitable margen de maniobra a los Estados miembros al aplicar este concepto;

"... el Tribunal ha subrayado que las ANRs pueden elegir y aplicar, según las circunstancias propias de cada Estado miembro en el momento del examen de las tarifas, el método de cálculo de los costes relevantes del operador que estimen más adecuado, buscando siempre una ponderación equilibrada entre el objetivo fundamental de fomentar la competencia en el mercado de acceso al bucle y el objetivo de asegurar el nivel necesario de inversiones en infraestructuras.

La Comisión incorpora en el procedimiento de revisión de precios la Recomendación de la Comisión 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, que si bien prevé un "período de transición" hasta el 31 de diciembre de 2016 para la aplicación de la metodología de costes recomendada -"Como consecuencia de ello, se considera que producirá sus efectos progresivamente y durante un largo período de tiempo. El impacto sobre la inversión, la competencia y los precios minoristas será objeto de un estrecho seguimiento por parte del ORECE y de la Comisión, basándose también en la información facilitada por las ANR con arreglo al punto 55. La presente Recomendación será revisada una vez que pueda evaluarse plenamente su impacto, lo que no se espera ocurra antes de siete años a contar desde su entrada en vigor. La Comisión podría decidir adelantar esa revisión a la luz de la evolución del mercado"-, nada impide que sea tenida en cuenta por el Regulador, pues como en la recomendación se indica "Las ANR deben adoptar una metodología de costes BU LRIC+ que estime los costes corrientes en que incurriría un operador eficiente hipotético para construir una red moderna y eficiente, esto es, una red NGA. Y esto con independencia de si una red NGA en el mercado geográfico pertinente está sujeta a una obligación de precios del acceso al por mayor regulados, abordada en el punto 36 de la Recomendación 2010/572/UE y los puntos 48 y 49 de la presente Recomendación".

Así el Regulador incorpora al procedimiento de revisión de precios los criterios establecidos en la Recomendación, aunque no exclusivamente, pues se valoran con otras referencias de costes habitualmente consideradas en la fijación de precios. Sobre esta cuestión razona la Resolución de 26 de noviembre de 2013 que

"...se ha considerado que dichos resultados debían conciliarse con la contabilidad de costes de TESAÚ y con el benchmark internacional puesto que, hasta que no se pueda confirmar con rotundidad la solidez del modelo BU-LRIC+ y dar la correspondiente preponderancia a los resultados arrojados por el mismo, se ha preferido actuar prudentemente con objeto de evitar una posible afectación al fomento del despliegue de redes NGN utilizando las otras referencias o elementos que componen la metodología empleada y que, anteriormente, han sido determinantes para la fijación de los precios mayoristas. Así, la preponderancia de los resultados que arroje el modelo BU-LRIC+ será progresiva y los otros elementos irán perdiendo peso a medida que el modelo BU-LRIC+ vaya adquiriendo mayor solidez;

"... la CMT prevé la consolidación del modelo bottom-up para su empleo como una de las referencias fundamentales en el próximo ejercicio de revisión de precios en tanto en cuanto los precios de este servicio mayorista sigan estando obligados a estar orientados a los costes de su producción y en la medida en que se confirme la robustez del modelo y la bondad de las previsiones y estimaciones.

En la Resolución de 18 de julio de 2013 la Comisión examina la regulación existente en los países de nuestro entorno sobre la base de precios vigentes en países comparables excepción hecha de Finlandia y Luxemburgo. En este contexto viene al caso recordar la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2014, a propósito de la revisión de precios de servicios mayoristas, citada por la Abogacía del Estado, cuando señala que

"En nuestro caso la Sala estima que la determinación del precio de acceso al bucle de abonados con base en los criterios ponderados, la contabilidad de costes de Telefónica de 2008 y -ante su circunstancial insuficiencia



referida en la propia resolución impugnada- en las referencias internacionales de nuestro entorno, resulta conforme a la regulación expuesta, que atiende no sólo a la orientación a costes, que en este caso, como se ha justificado por la CMT, resulta insuficiente, sino también, precisamente por ello, a precios de mercados competitivos comparables, como en principio resultan los de los trece países referidos de nuestro entorno comunitario, que, según se hace constar en la resolución recurrida, son mercados competitivos comparables, resolución que está suficientemente motivada conforme a criterios razonados y razonables expuestos de forma detenida y en extenso, ponderando los dos criterios utilizados... La referencia en la resolución recurrida a esos 13 países de la Unión Europea como mercados competitivos comparables resulta razonable, y sin que en tal ponderación y resultado de la resolución impugnada la CMT vulnere la Directiva 2002/19 o la regulación interna española..., pues se trata de mercados de nuestro entorno geográfico, jurídico, comercial y económico, y en definitiva de mercados que son competitivos y son comparables, que es lo determinado en las normas referidas. La CMT justifica por qué deben incrementarse los precios de acceso al bucle de abonado, al menos mientras se determine un nuevo sistema de costes independiente, y ello tanto por la tendencia al alza de la contabilidad de costes de 2008 -y la prevista y posteriormente confirmada de 2009-, como por la comparación con precios de mercados competitivos comparables de la Unión Europea, y la CMT pondera, en todo caso, entre el precio vigente anterior y los nuevos criterios, para determinar un precio en su zona intermedia.

"Conforme a lo expuesto la Sala estima que la CMT ha ponderado la situación real del mercado, los costes constatados en la contabilidad de la actora y la comparativa en los países del entorno, justificando la adecuación, necesidad y proporcionalidad de su decisión, no pudiendo entenderse, por tanto, conculcados los preceptos constitucionales que la parte invoca.

Previamente, la misma sentencia señalaba que "la Sala ha confirmado resoluciones anteriores de la CMT en la que los precios de interconexión se han establecido no sólo con referencia a la contabilidad de costes sino también teniendo en cuenta referencias internacionales, entre otras, con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 noviembre 2005 :

CUARTO.- Respecto de la alegada falta de motivación de la Resolución impugnada, el examen de la misma a la vista de las alegaciones formuladas por la actora pone de manifiesto que el Regulador ha dado oportuna respuesta a todas y cada una de sus alegaciones.

Acerca de la motivación el Tribunal Constitucional declara en su sentencia 77/2000, de 27 de marzo , bien que con referencia a las resoluciones judiciales y su relación con el principio de tutela judicial efectiva, doctrina que estimamos de aplicación al caso, que "La motivación de las sentencias, como exigencia constitucional (artículo 120.3 CE) que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho de una efectiva tutela judicial, ofrece, por tanto, una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder, y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan (uno de ellos, el de amparo). Actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad. Sin embargo, para no forzar los conceptos manipulando las palabras, parece necesario distinguir entre la existencia del razonamiento en que consiste la motivación y su discurso. Cuando la haya formal y materialmente, no sólo bastante sino clara e inequívoca, con argumentos extraídos del acervo jurídico, la realidad de su existencia no podrá ser negada o desconocida en función de que se compartan, o no, la argumentación o las conclusiones a las cuales se llegue.

"La motivación no consiste ni puede consistir, por tanto, en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que ésta -en su caso- ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la `ratio decidendi de las resoluciones. Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

"Una vez dicho esto, conviene también dejar constancia de que este Tribunal, en lo que respecta a la falta de respuesta judicial, esto es, a la vertiente omisiva de tal incongruencia, y su incidencia sobre el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE , ha venido manteniendo una doctrina consolidada. En este sentido hemos dicho que las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, `sino que hay que examinar las circunstancias que concurren en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como una desestimación tácita; doctrina que es también la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (decisiones en los asuntos Ruiz Torija c. España e Hiro Balani c. España, ambas de 9 de diciembre de 1994). Y, a estos efectos, hay que distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, pues como han señalado, entre otras muchas, las SSTC 58/1996 y 26/1997 , `respecto a las primeras, no



sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario, para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita .

El Regulador ha seguido una metodología exhaustiva a la hora de determinar el cálculo de las cuotas, teniendo en cuenta los valores/referencias a que se ha hecho mención, siendo menester puntualizar que los costes de Telefónica constituyen un valor/referencia, pero no el único. Para ello, lleva a cabo la actualización -alta- sobre la base de un modelo de costes elaborado por consultores externos, sin que ello implique que deba atenerse miméticamente a todos los conceptos valorados por Telefónica.

Atendida la doctrina que antecede la Sala estima que las resoluciones impugnadas se encuentran debidamente motivadas, resuelven todas las cuestiones sustanciales del debate y dan respuesta a las alegaciones y pretensiones de la recurrente, pues contienen un análisis de las cuestiones sometidas a contradicción en función de los datos existentes y de los elementos y razones de las partes, con una motivación razonada que aventa cualquier atisbo de irrazonabilidad o arbitrariedad. Otra cosa es que la parte que ha visto desestimado su planteamiento y frustradas su pretensiones.

QUINTO.- Invoca el operador recurrente que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha actuado en contravención de la Recomendación de la Comisión Europea en la ponderación de los valores/referencias manejados y que la Resolución combatida conculca los principios de buena fe y confianza legítima precisamente por apartarse de las recomendaciones del organismo europeo.

La Sala no comparte este razonamiento siendo preciso traer a colación el Informe emitido por la Comisión Europea en relación con la Decisión ES/2013/1465 sobre de la preferencia de utilizar los modelos bottom-up frente a las contabilidades de los operadores:

"La Comisión observa, no obstante, que, en lugar de fijar el precio utilizándolos resultados del modelo de costes, la CMT modifica este precio tomando en consideración los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica y los precios en otros Estados miembros. La CMT considera necesarios estos ajustes dado que, al ser la primera vez que se usa el modelo BU-LRIC+, basarse solamente en él sería arriesgado y contrario a los principios de seguridad de la reglamentación y estabilidad de los precios, que la Comisión también considera objetivos importantes.

"Sin embargo, la Comisión desea señalar que el proyecto de medida notificado no explica bien cómo se fija el nivel de precios propuesto, centrándose más bien en la necesidad de apartarse de los resultados que arroja el modelo. Por consiguiente, invita a la CMT a incluir en su medida definitiva una explicación más detallada de cómo se han fijado los niveles de precios propuestos, a fin de garantizar que el proceso de adopción de decisiones sea transparente. Además, con el fin de garantizar la previsibilidad, la Comisión también desea invitar a la CMT a indicar claramente en su medida definitiva cuándo tiene previsto apoyarse únicamente en el modelo de costes desarrollado.

No aprecia la Sala violación de los principios invocados: no hay arbitrariedad puesto que la Comisión ha justificado razonada y razonablemente su decisión, ni violación de los de los principios de buena fe y confianza legítima, precisamente por no apartarse de las recomendaciones del organismo. El principio de seguridad jurídica, en el que se enmarca el principio de confianza legítima, acuñado por la doctrina alemana, y perfilado por el Tribunal Constitucional supone que este principio requiere certeza en la regla del derecho y proscribire fórmulas proclives a la arbitrariedad, y como viene enunciado en el artículo 9.3 CE , no aparece configurado como un derecho subjetivo (STC 28/1994, de 27 de enero), sino como una exigencia objetiva del ordenamiento, que se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado (STC 62/1984, de 21 de marzo); más en concreto, la STC 8/1981, de 30 de marzo , dice que los principios enunciados en el artículo 9.3 CE "son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador". En definitiva, saber el particular a qué atenerse.

Consta, en nuestro caso, Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de julio de 2012 dando inicio al procedimiento de revisión de precios, habiendo evacuado la actora, entre otros operadores, cuantas alegaciones tuvo por conveniente en los correspondientes trámites. Ya señaló la Comisión que los operadores -todos- han tenido oportunidad de analizar el modelo, habiéndose tenido en cuenta sus alegaciones, sin que los precios acordados impliquen obstáculo, antes al contrario, "suponen un incentivo para su despliegue -de redes-, tanto de forma individual como conjunta, debido a que han sido determinados



orientándolos a los costes de la actividad de un operador máximo eficiente lo que exige a los operadores alternativos y al incumbente operar eficientemente y así mantener un alto nivel de competitividad en el sector".

Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar.

SEXTO. - Las costas se imponen a la parte recurrente -ex artículo 139.1 LRJCA .

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

FALLAMOS

PRIMERO.-Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **Jazz Telecom, SAU** , sucedida por **Orange Espagne, SAU** , contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de noviembre de 2013,

SEGUNDO.- Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

TERCERO.- Las costas se imponen a la parte recurrente.

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 **no** tificación; 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO