



Roj: **SAN 5044/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:5044**

Id Cendoj: **28079230082017100523**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/12/2017**

Nº de Recurso: **618/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000618 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06147/2014

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ORANGE ESPAGNE, SAU, EUSKALTEL, SA, XTRA TELECOM, SA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a cuatro de diciembre de dos mil diecisiete.

Visto el presente recurso contencioso administrativo n^o **618/14**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, de fecha 23 de septiembre de 2014, por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas; en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el ABOGADO DEL ESTADO.



Se han personado como codemandadas las entidades: **ORANGE ESPAGNE, SAU** , representada por el Procurador **D. Roberto Alonso Verdú**; **EUSKALTEL, SA** , representada por la Procuradora **D^a. Marta Cendra Guinea** , y **XTRA TELECOM, SA** , representada por el Procurador **D. Carlos Piñeira de Campos** .

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA** , Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de septiembre de 2014, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes fijas, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de Derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, declare inválida y contraria a Derecho la resolución recurrida. Realizando el siguiente pronunciamiento:

"Que se proceda a la anulación de la Resolución recurrida por la que se ha impuesto a mi representada un precio máximo de 0,0817 céntimos de euro/minuto por la prestación del servicio de Terminación y se restituyan los precios que estuvieran vigentes antes de la fecha de entrada en vigor de la citada Resolución recurrida." Con n condena en costas a la Administración demandada.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria del recurso, por ser plenamente ajustada a Derecho la resolución impugnada.

CUARTO: La entidad codemandada ORANGE ESPAGNE, SAU, contestó la demanda oponiéndose al recurso, solicitando su desestimación.

Las entidades codemandadas EUSKALTEL, SA, y XTRA TELECOM, SA, no contestaron a la demanda, y se tuvo por precluido el trámite.

QUINTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la que de la propuesta fue admitida, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 29 de noviembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 30 de enero de 2014.

En los "Antecedentes" de la resolución se expone, en síntesis, que:

1.- Con fecha de 4 de abril de 2014, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC acordó iniciar el procedimiento para la definición y análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, así como la apertura del trámite de información pública y la solicitud de informe a la Sala de Competencia de la CNMC.

La resolución se ha elaborado en colaboración con la Dirección de Competencia, recabándose el informe preceptivo del artículo 21.2.a) de la Ley 3/2013 .

2.- Durante el período de consulta pública presentaron diversos operadores.

3.- Con fecha 3 de julio de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó la Resolución por la que se acuerda notificar a la Comisión Europea, a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y al Ministerio de Economía y Competitividad el proyecto de medida relativo a la definición y análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija.

4.- En fecha 28 de julio de 2014, la Comisión Europea ha dirigido a la CNMC un escrito en el que comunica su ausencia de comentarios a presentar sobre el proyecto de medida notificado.



Con fechas 15 y 17 de septiembre de 2014 respectivamente tuvieron entrada en el registro de la CNMC sendos escritos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, y del Ministerio de Economía y Competitividad por el que realizan una serie de observaciones al proyecto de medida.

En los Fundamentos Jurídicos se razona, entre otras cuestiones, que se aprueba, en su tercera ronda de revisión, la definición y análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, en los términos expuestos en los Anexos que se adjuntan a la presente Resolución, por lo que, queda sin efecto la anterior Resolución de fecha 18 de diciembre de 2008.

Se Resuelve :

"Primero.- Aprobar la definición y el análisis de los mercados mayoristas de terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales de cada operador de telefonía fija, que se adjunta a la presente Resolución como Documento 1, así como sus Anexos.

Segundo.- Considerar que los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija en España son mercados de referencia que pueden ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, apartado 4, de la Directiva Marco y en el apartado 3 del artículo 13 de la LGTel.

Tercero.- Determinar que los citados mercados de referencia no son realmente competitivos, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 16, de la citada Directiva Marco y en el apartado 3 del artículo 13 de la LGTel.

Cuarto.- Considerar que las empresas recogidas en el Anexo 1 de la presente Resolución, en los términos recogidos en el Apartado Cuarto del Documento 1, tienen poder significativo de mercado en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo II, apartado 27 de la LGTel.

Quinto.- Imponer a las empresas recogidas en el Anexo 1 de la presente Resolución las obligaciones recogidas en el Anexo 2, y a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones recogidas en el Anexo 3.

Sexto.- Comunicar a la Comisión Europea la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija en España, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

(...)"

En el documento 1 se describe el servicio mayorista de terminación de llamadas en redes fijas, y se expone que es un mercado susceptible de regulación ex ante; que Telefónica es el operador que cuenta con el mayor número de clientes de acceso directo (su cuota de mercado de accesos minoristas fijos es del 60%, muy por encima de cualquier otro operador alternativo), ninguno de los operadores alternativos puede prescindir de los servicios de terminación de llamadas en la red de Telefónica, con independencia de que exista una obligación genérica de interconexión y un principio general de interoperabilidad; en relación con la demanda de servicios de terminación por parte de Telefónica al resto de operadores de redes de telefonía fija, dado el relativamente limitado número de accesos de estos operadores, en principio podría considerarse que Telefónica tiene la capacidad de prescindir de los servicios de terminación que prestan individualmente el resto de operadores; por ello, en un entorno de ausencia de regulación, el poder de negociación de los operadores alternativos frente a Telefónica es muy limitado, ya que necesitan del servicio de referencia para terminar llamadas en los 11 millones y medio de accesos directos minoristas de Telefónica, por lo que este operador tendría incentivos y capacidad para fijar precios excesivos de terminación en su propia red, limitando así la competencia que afronta en los mercados minoristas de acceso y tráfico y podría forzar a los alternativos a proporcionarle servicios de terminación en sus redes a precios muy reducidos. Se concluye que no existe competencia efectiva en ninguno de los mercados de referencia.

En el apartado V se analizan las obligaciones susceptibles de ser impuestas a los operadores con poder significativo en el mercado, entre ellas, la obligación de control de precios y relacionadas (V.4.2). Se establece la obligación de orientar los precios de terminación en función de los costes, siguiendo el criterio de la Posición Común del ERG y la Recomendación de la CE sobre precios de terminación, en el sentido de que los precios orientados en función de los costes de un operador eficiente deben dar las señales correctas para incentivar la eficiencia productiva. Entendiendo la CNMC que la obligación más proporcionada para solventar el problema detectado de precios excesivos es la orientación de los precios en función de los costes.

Se razona que la Comisión, tras analizar el estándar de costes incrementales prospectivos a largo plazo (LRIC) puro calculado con un modelo ascendente (bottom-up) de un operador teórico-eficiente, ha concluido que es método más apropiado para la fijación de los precios de terminación fija. Por tanto, en esta revisión del

Mercado 3, se considera razonable el criterio de la Recomendación de la CE y se adopta el estándar LRIC puro para la determinación de los costes de terminación de los operadores fijos. Añadiendo que, tal como se señala en la Nota Explicativa de los Servicios de la CE que acompaña la Recomendación, la principal ventaja de aplicar un enfoque de costes incrementales eficientes para la determinación de los precios de terminación es que así se promueven decisiones de producción y consumo también eficientes. Por otra parte, unos precios de terminación por encima de los costes dan lugar a distorsiones entre operadores fijos con cuotas de mercado y flujos de tráfico entrante-saliente asimétricos y crean barreras no sólo a la entrada sino también a la expansión de los operadores fijos más pequeños. Que según el documento de trabajo de la Comisión que acompañaba la Recomendación, el estándar LRIC puro, no sólo maximiza el excedente del consumidor, sino también el bienestar total. Es decir, dadas las especiales características de los servicios de terminación, el estándar LRIC puro es el que maximiza los beneficios para la sociedad en su conjunto.

Se describe la metodología elegida, bottom-up (BU) LRIC Puro, como consistente en la construcción de un modelo teórico de costes que refleje la red de un operador fijo eficiente, dimensionada de acuerdo con reglas ingenieriles de despliegue, según la proyección de demanda esperada, y basada en tecnologías eficientes disponibles dentro del período temporal considerado en el modelo. En este modelo sólo se consideran los costes que serían evitados si el operador no prestara el servicio de terminación. Es decir, el precio de terminación debe permitir recuperar únicamente los costes que se evitarían los operadores si dejasen de prestar este tipo de servicio. Para ello se ha calculado la diferencia entre los costes totales a largo plazo del operador eficiente, prestando la totalidad de servicios, y los costes totales a largo plazo del mismo operador, dejando de prestar el servicio de terminación de llamadas a terceros.

Se explica cómo se ha obtenido el precio resultante del modelo BU-LRIC Puro, a partir del modelo BU-LRIC puro, encargado por la Comisión, en diciembre de 2011, a la consultora externa Analysis Mason, recabando información de Telefónica y abrir un período de consulta pública sobre los requisitos y el marco metodológico empleado en el diseño del modelo, poniendo a disposición de los operadores el propio modelo de costes.

Se añade que de la aplicación de este modelo BU-LRIC puro, en la pasada consulta pública se comunicó un precio de terminación fija de 0,0862 c€/min. Los costes comerciales mayoristas que son incrementales a la prestación del servicio de terminación (fundamentalmente asociados a la facturación) han sido también incluidos en el modelo. Dichos costes comerciales se han actualizado con la contabilidad de costes de 2012, por lo que el precio de terminación fija resultante queda fijado en 0,0817 c €/min. Los costes obtenidos con este estándar suponen una importante reducción de precios respecto de los niveles actuales de terminación.

Se añade que la aplicación se produce de forma simétrica para todos los operadores, y que éstos conocen desde 2009 la Recomendación de la CE, que tales principios ya fueron aplicados a la terminación móvil y que numerosos países de nuestro entorno la están aplicando tanto para terminación móvil como para fija. Que el modelo BU-LRIC puro fue sometido a consulta pública por la CMT entre diciembre de 2012 y enero de 2013, por lo que los operadores conocen desde entonces la intención de fijar las tarifas de terminación fija conforme a dicho estándar de precios.

Se justifica la necesidad de imponer precios de terminación simétricos, de manera que las tarifas correspondientes a un operador eficiente deben aplicarse a todos los operadores, con el fin de proporcionar incentivos para conseguir dicha eficiencia y que estas puedan trasladarse en mejores precios a los consumidores. Concluyendo que si todas las tarifas de terminación de llamadas estuvieran basadas en los costes en los que incurre cada operador, habría una distorsión de la competencia, ya que los operadores menos eficientes se verían beneficiados con la aplicación de tarifas de terminación superiores a las de sus competidores más eficientes.

SEGUNDO: En el escrito de demanda de este recurso combate la entidad actora la anterior resolución, en su apartado V.4.2 y el resultado del mismo, que supone la implantación en nuestro país del modelo LRIC Puro con el que se impone el precio máximo (0,0817 céntimo de euros/min) que pueden cobrar los operadores por la prestación del servicio de terminación de llamadas (el denominado Mercado 3). Se concretan los puntos de discrepancia en:

- i) los principios a aplicar por el regulador en la fijación de la tarifa máxima de Terminación en 0,0817 céntimo de euro/min;
- ii) la utilización de un modelo estándar de costes incrementales prospectivos a largo plazo (CRIC), calculado con un modelo ascendente (bottom up), para un operador ficticio;
- iii) No tiene en cuenta el esfuerzo inversor y riesgos asumidos por cada uno de los operadores.

Invocando los siguientes motivos de impugnación:



1.- La resolución recurrida es contraria a la normativa nacional en materia de telecomunicaciones y artículo 9.3 y 103 CE .

Alega que la resolución implica la implantación del modelo LRIC Puro en la estimación del precio máximo que pueden cobrar los operadores por la prestación del servicio de terminación de llamadas, alejándose del modelo de costes definido por la propia CNMC; que la nueva metodología, que sustituye a la de la contabilidad de costes diseñada por la CNMC, supone básicamente que en este mercado mayorista los operadores con red propia sólo pueden cobrar a otros operadores el coste de las instalaciones que sean adicionales e imprescindibles para atender la demanda de otros operadores pero no el coste, entre otros, correspondiente a la integridad de la red; la resolución no tiene en cuenta lo establecido en el artículo 14.1 e) LGTel, que establece la forma y condiciones en las que la CNMC debe imponer las obligaciones, entre ellas los precios, que han de tener en cuenta todos los costes que conlleva la prestación de un servicio; como consecuencia, no se favorece la competencia y las decisiones se convierten en ineficientes; no se tiene en cuenta la legislación nacional aplicable y sí dos textos de referencia que carecen de carácter vinculante [Recomendación de la Comisión de 7 de mayo de 2009 sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea, ERG Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates (ERG (07) 83 final)], dichos textos no imponen obligaciones, sólo hacen recomendaciones y no imponen una metodología concreta; la LGTel, en su artículo 14, no traspone la recomendación de los textos de referencia de la CNMC emitidos por CE sino que impone a la CNMC, respecto a los operadores, que *"tendrá en cuenta la inversión efectuada, permitiendo una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido, habida cuenta de todos los riesgos específicos de un nuevo proyecto de inversión concreto"*; la resolución de la CNMC impone obligaciones en un marco competencial que no le corresponde, bajo premisas contrarias al derecho de la propiedad, y con la adopción de decisiones que afectan a la esfera de la libertad de empresa de ciertos operadores que ni es reconocido, ni es compensado, como dispone la propia LGTel.

2.- Arbitrariedad de la CNMC en la potestad administrativa de supervisión de los precios de los servicios objeto de este procedimiento que resulta contraria a los principios de legalidad, proporcionalidad, objetividad, al derecho de propiedad privada y seguridad jurídica. Infracción del artículo 9.3 CE .

Se alega que el precio finalmente fijado, 0,0817 céntimos de euro/min, no cumple los principios contenidos en la legislación vigente, toda vez que no permiten ejercer el derecho a recuperar los costes asociados a la prestación del servicio de Terminación, y, además, impide obtener una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido, habida cuenta de todos los riesgos específicos de un nuevo proyecto de inversión concreto, lo que resulta contrario a lo dispuesto en los citados artículos 3 y 14 LGTel en relación con los artículos 2 a 5 del reglamento de Mercados .

El artículo 14.1 LGTel y el artículo 11.3 del Reglamento de Mercados que vienen a imponer a la CNMC su obligación de:

-Permitir la recuperación de los costes incluyendo la prima de riesgo que el desarrollo de las nuevas infraestructuras de acceso pudiera conllevar;

-Asegurar los incentivos económicos suficientes para asegurar el desarrollo de redes alternativas, la inversión eficiente y la competencia sostenible, de acuerdo con el artículo 13.2 de la Directiva de Acceso .

Con la resolución recurrida se está limitando un derecho patrimonial de la recurrente, se le provoca un claro perjuicio económico frente al beneficio de otros, mediante la privación de su derecho legalmente establecido, como es de recuperar sus costes reales y obtener un margen de retorno razonable, al no permitirle cobrar un precio justo por el servicio prestado.

Concluye que la resolución objeto del presente provoca a la recurrente un perjuicio económico sin que haya quedado probado que su adopción favorezca al interés general, vulnerando los principios de proporcionalidad y objetividad.

Añade que con la adopción de un precio sin atender a los principios legalmente establecidos, convierte una medida necesaria y regulada en confiscatoria, puesto que obliga a los operadores de red a prestar un servicio por debajo de su coste real. Vulnera los derechos de propiedad y libertad de empresa recogidos en los artículos 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 38 CE . Y vulnera el principio de seguridad jurídica.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso en su escrito de contestación a la demanda.

Expone que, del informe pericial aportado, resulta que la CNMC no asume en ningún momento que para cumplir los límites impuestos en la normativa sectorial aplicable deba aplicar la Recomendación de la CE.

Las Recomendaciones de la CE, efectivamente, no son vinculantes, pero constituyen actos jurídicos de la Comisión Europea que persiguen una aplicación armonizada de las Directivas y que, de conformidad con la normativa aplicable, han de ser tenidas en cuenta en la mayor medida posible por las autoridades nacionales de reglamentación. La Recomendación de la CE se dicta al amparo del artículo 19 de la Directiva Marco, sobre las medidas que se pueden adoptar por la Comisión Europea en relación con la aplicación armonizada de las Directivas, y, aunque no sean vinculantes desde un punto de vista jurídico, las desviaciones con respecto a los criterios establecidos en tales Recomendaciones han de ser motivadas a la Comisión Europea. Pero, al margen del carácter no vinculante tanto de la Recomendación de la CE como de la Posición Común del ERG, la CNMC, en el ejercicio de su potestad de supervisión de los precios de los servicios mayoristas, comparte y así lo justifica sobradamente en su Resolución, la fundamentación de la Recomendación, en cuanto que el modelo de LRIC puro adoptado conduce a los objetivos pretendidos.

Que no se vulnera la seguridad jurídica pues, tal como se explica en el punto V.4.2.3 de la Resolución, Telefónica conoce desde 2009 la Recomendación de la CE, que tales principios ya fueron aplicados a la terminación móvil en 2012 y que numerosos países de nuestro entorno ya habían aplicado tanto para terminación móvil como para fija. Además, el modelo fue sometido a consulta pública por la CMT, entre diciembre de 2012 y enero de 2013, por lo que Telefónica es perfectamente conocedora desde entonces de la intención de fijar las tarifas de terminación fija conforme a dicho modelo.

Sobre la recuperación de los costes incurridos por Telefónica, se remite a los razonamientos de la resolución recurrida, afirmando que en el conjunto del sector de las telecomunicaciones el saldo neto (ingresos menos pagos) de la terminación fija es cero (los ingresos de unos operadores son los costes de otros). Además, si los tráficos entre cada dos operadores interconectados fueran totalmente simétricos, el importe de la terminación sería indiferente, porque el saldo neto por dicho servicio sería cero con independencia del precio del servicio de terminación.

Añade que mediante la metodología LRIC puro se imputan sólo los costes incrementales, lo que implica que no se pueden imputar los costes comunes. Pero ello no presupone que el operador regulado no pueda recuperar estos costes, sino que deben ser recuperados mediante las tarifas minoristas que se encuentran plenamente liberalizadas. Por otra parte, el argumento de Telefónica referente a la imposibilidad de recuperar todos sus costes no se sostiene en ningún caso, dado que para el Grupo Telefónica el impacto neto en interconexión de aplicar la Resolución recurrida es positivo.

Se rechaza la alegación de Telefónica sobre la vulneración por parte de la Resolución de los diversos objetivos y principios contenidos en las Directivas comunitarias, concretamente en el artículo 13.1 de la Directiva de Acceso y en el marco normativo nacional. Dicha Directiva no define cuál es el modelo concreto que ha de utilizarse para la determinación de los costes de referencia a efectos del cálculo de los precios de terminación.

Se rechaza, asimismo, la pretendida vulneración de la libertad de empresa y los principios de proporcionalidad, objetividad y no discriminación.

CUARTO: La codemandada, ORANGE ESPAGNE, SAU, se opone también al escrito de demanda, alegando que Telefónica, al igual que el resto de operadores, en ocasiones debe abonar el precio de terminación fija pero, en otras, lo percibe. Que la resolución impugnada elimina la asimetría que existía en el mercado con anterioridad, lo que beneficia a Telefónica. Que el cambio metodológico que Telefónica critica es una consecuencia de la adecuación a la Recomendación de la Comisión, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE ("Recomendación 2009/396/CE"), que la Recomendación es clara en cuanto a la necesidad de abandonar un modelo basado en la contabilidad de costes y adoptar un modelo BU-LRIC.

Expone que la resolución impugnada se ha dictado de acuerdo con la normativa sobre revisión de precios y sin vulnerar el principio de legalidad y el de interdicción de la arbitrariedad; es conforme con lo previsto en el artículo 13.2 de la Directiva de Acceso, en los artículos 3 y 13.1 de la LGT de 2003, en los artículos 10.2 y 11 del Reglamento de Mercados y en los artículos 9.3 y 103 de la Constitución. En dicha resolución la CNMC, haciendo uso del margen de discrecionalidad del que dispone, adoptó la metodología de cálculo de los precios, sin que Telefónica acredite que tal opción sea arbitraria o irrazonable, por lo que no cabe hablar de nulidad o anulabilidad que la resolución.

La resolución no es arbitraria, no es confiscatoria, ni contraria al derecho de propiedad privada, ni a la libertad de empresa. Tampoco vulnera el principio de seguridad jurídica.

QUINTO: La cuestión sobre la que gravita el presente recurso, atendidos los términos en que éste se plantea, viene referida al método de cálculo empleado por la Comisión para la determinación del precio máximo para el servicio mayorista de terminación de llamadas en redes fijas. Cuestionando Telefónica el modelo estándar



de costes incrementales prospectivos a largo plazo (CRIC), calculado con un modelo ascendente (bottom up), para un operador ficticio, que considera que no tiene en cuenta el esfuerzo inversor y riesgos asumidos por cada uno de los operadores.

Tal metodología de cálculo ha sido objeto de enjuiciamiento por esta Sala, en sentencia de 28/07/14 (recurso 377/12), con ocasión de la impugnación por parte de TELEFÓNICA MÓVILES, S.A.U, de la resolución de la CMT, de fecha 10 de mayo de 2012, por la que se aprobó la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específica. Se determinaba el nuevo precio de terminación objetivo teniendo en cuenta la Recomendación de la Comisión Europea y las referencias del modelo de costes bottom-up LRIC (long run incremental costs o costes prospectivos incrementales a largo plazo) puro, así como el periodo razonable en que debe alcanzarse dicho precio objetivo. En aquél recurso cuestionaba TME, entre otros aspectos de la resolución, la fijación del precio máximo utilizando el método denominado LRIC puro.

Pues bien, en aquella sentencia se rechazaban los argumentos de la recurrente sobre el carácter expropiatorio y confiscatorio del método en cuestión, y la vulneración de los arts 33.3 y 38 de la Constitución, 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como el derecho de la defensa de la competencia nacional y comunitario y la ley General de Telecomunicaciones.

Se rechazan en las sentencia tales argumentos, recordando que ya habíamos dicho anteriormente que la CMT tiene atribuidas legal y reglamentariamente la potestad de fijar los precios, y que *"para la llevanza y desarrollo de esa potestad de fijación de precios la norma no prevé tasados métodos de ejercicio sino que deja estos en su mayor medida abiertos, es decir, a expensas de su selección por el propio órgano administrativo. Y ello es lógico por la notoria imposibilidad de prever normativamente todas y cada una de las situaciones y necesidades que pudieran llegar a existir en el entorno regulado"; que "orientación a costes" no significa "equivalencia con costes", ni comporta exclusión de márgenes; de modo que la Ley introduce aquí un parámetro referencial contenido en un concepto jurídico indeterminado de evidente amplitud y que está necesitado de integración. Se concluye que el precio fijado no es expropiatorio ni limita el derecho de propiedad. Recordando que el Tribunal Supremo ha dicho, por ejemplo en su STS de 3 de noviembre de 2005, que «la fórmula general de "orientación a costes" permite varias soluciones igualmente válidas en derecho, de modo que difícilmente podría anularse una decisión del organismo regulador que, en los límites de su capacidad, entendiera el término "costes" en un sentido más o menos amplio».*

La cuestión ha sido zanjada, pues el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de junio de 2017 ha desestimado el recurso de casación interpuesto por TME contra la anterior sentencia. Razonando, en referencia al coste del servicio de terminación de llamadas en redes móviles:

«(...) Según la recurrente el método LRIC (long rang incremental costs) puro para la fijación de precios del servicio de terminación de llamadas en redes móviles adoptado por la Comisión incumple la orientación a costes puesto que no se reconocen todos los costes reales del servicio y elimina toda tasa razonable de rendimiento en relación con el capital invertido en infraestructuras necesarias para su prestación.

El motivo no puede prosperar en ninguno de sus apartados. La resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobando la metodología de imputación de costes del servicio de terminación de llamadas móviles sigue, efectivamente, la citada recomendación de la Comisión Europea. Y aunque la argumentación de la recurrente en relación con los principios de orientación a costes y de la rentabilización de las inversiones en infraestructuras es sólida, la referida metodología tiene asimismo una fundada justificación y no es posible afirmar que vulnere los principios y preceptos legales invocados.

La metodología adoptada se basa en la recomendación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea. La recomendación tiene por objeto evitar las incoherencias y divergencias que para la Comisión se dan en la regulación existente en los países de la Unión Europea, a pesar de que, en general, en todos ellos se prevé alguna forma de orientación a costes. Pero las diferencias en cuanto a control de precios y cálculo de los costes originan, según la Comisión, importantes falseamientos de la competencia (considerandos 1 a 3). En dicho contexto, afirma la Comisión, la principal preocupación de las autoridades de reglamentación es la tendencia de los operadores a la fijación de precios excesivos, por encima de los costes, lo que lleva a la Comisión a concluir que "establecer un planteamiento común basado en un nivel de costes eficiente y la aplicación de tarifas de terminación simétricas promovería la eficiencia y una competencia sostenible y maximizaría los beneficios de los consumidores en cuanto a precio y oferta de servicios" (considerando 7).

Con ese objetivo la Comisión Europea justifica la búsqueda de un modelo que denomina "ascendente" basado en un operador eficiente que utilice tecnología moderna, de forma que las tarifas compensen los costes actuales,



y no los históricos contraídos que resulten ya ineficientes. Ese modelo podría asumir que la red central de tales operadores se base en redes de la próxima generación (considerandos 9 a 12).

Tales consideraciones llevan a la Comisión a recomendar un modelo de cálculo de costes en función de los costes incrementales a largo plazo -atenuado en algunos extremos-, en el que se da por supuesto que todos los activos se sustituyen a largo plazo, lo que permite una recuperación eficiente de los costes. En definitiva, ello conduce a un modelo en que sólo se computan los costes evitables, esto es, los "gastos contraídos de manera eficiente, que no se sustentarían si el servicio incluido en el incremento dejara de prestarse /es decir, costes evitables) [...]. Por consiguiente, es razonable aplicar un planteamiento basado estrictamente en los LRIC, en el cual el incremento pertinente corresponde al servicio mayorista de terminación de llamadas e incluye solo los costes evitables" (considerando 11).

(...)

Tras ver la justificación efectuada por la Comisión Europea de la metodología adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, procede examinar si tal metodología atenta, como sostiene Telefónica Móviles en el segundo motivo, contra los derechos de propiedad y de libertad de empresa y contra los preceptos de la Ley General de Telecomunicaciones encaminados a asegurar la rentabilidad de las inversiones. El núcleo de tales imputaciones es que a Telefónica Móviles no se le permite cobrar en las tarifas por el servicio de terminación de llamadas móviles todos el coste generado por el mismo, circunstancia que supondría tanto una indebida restricción de derecho de propiedad y de su libertad de empresa, a la vez que impediría un retorno adecuado a las inversiones realizadas en redes, en contra de lo prescrito por la Ley General de Telecomunicaciones. Como hemos visto en los fundamentos transcritos de la Sentencia impugnada, ésta rechaza tales alegaciones.

Pues bien, ambas alegaciones han de ser rechazadas por la misma razón, y es que si bien la metodología adoptada puede sin duda ser combatida tanto por razones técnicas como por ofrecer resultados insatisfactorios desde la perspectiva de los operadores afectados, en modo alguno puede admitirse que carezca de justificación o, menos aún, que sea manifiestamente irrazonable o arbitraria. Lo cual conduce la controversia al terreno de las discrepancias técnicas antes que al ámbito jurídico.

La decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que la recurrente impugna en la instancia se ajusta a la recomendación de la Comisión Europea que se ha sintetizado antes y la misma es avalada por la Sentencia aquí impugnada en los términos que se exponen en los fundamentos reproducidos.

No se conculca la libertad de empresa de las medidas porque en ningún caso se impide la libre actuación empresarial de Telefónica Móviles -y de las demás operadores con red-. Las telecomunicaciones constituye un sector que, si bien está abierto a la libre competencia, está sin embargo sujeto a un grado relevante de intervención que, precisamente, tiene como una de sus finalidades más importantes la de asegurar y fomentar la competitividad, lo que tiene su explicación en que se trata de un sector que precede de una situación histórica de monopolios estatales privatizados. Pues bien, en ese contexto, no resulta ni excesivamente restrictiva ni desproporcionada respecto de la libertad de empresa una regulación de determinadas tarifas que cuenta con un sólido fundamento técnico y que está encaminada a evitar que tales tarifas sean excesivas, y ello con el objetivo último de fomentar la competitividad en el concreto mercado de las telecomunicaciones referido a la terminación de llamadas en redes móviles.

En cuanto al supuesto carácter expropiatorio y contrario al derecho de propiedad tampoco puede admitirse, porque dicha limitación de tarifas no pretende impedir una rentabilidad razonable de la inversión en redes, sino evitar unas tarifas excesivas respecto de un servicio en que se aprecia una insuficiente competitividad y un riesgo de precios excesivos por parte de los operadores con red física. Semejante limitación de tarifas, fundada en la consideración de los costes contraídos por un operador eficiente en los términos recomendados por la Comisión Europea, ni priva a las empresas de la titularidad de sus redes ni es contraria por sí misma a una rentabilidad razonable de las inversiones realizadas, a reserva, claro es, de sus resultados finales que habrán de verificarse en el futuro.

Por último, debemos examinar si la metodología litigiosa vulnera los preceptos de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003) invocados por la recurrente: el artículo 3 , que recoge los objetivos y principios de la Ley en su apartado a), y el artículo 13.1.e), que prevé la posibilidad del control de precios de acuerdo con los criterios que establece.

(...)

En relación con el artículo 3, Telefónica Móviles arguye que no se cumple el objetivo de promover las inversiones si no se reconocen los costes íntegros que conlleva la prestación de un servicio determinado. Sin embargo, tal como señala la Sentencia y queda claro en los términos de la recomendación de la Comisión Europea y de

la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impugnada en la instancia, la metodología empleada trata de estimular la inversión eficiente. En consecuencia, no computar determinados costes podrá ser objetable técnicamente o podrá ser considerada errónea y que conlleva un resultado contrario a su pretensión, pero ni eso se acredita por Telefónica Móviles ni sería posible afirmarlo por adelantado. Por el contrario, el nuevo modelo trata de que los precios se orienten a los costes necesarios para prestar ese concreto servicio y no aquellos que se entienden ya amortizados.

En cuanto a la invocación del artículo 13.1.e) de la Ley General de Telecomunicaciones, también es acertada la respuesta de la Sentencia recurrida, puesto que la metodología sí se orienta a los costes, lo que no supone a la totalidad de ellos (orientación a costes no significa equivalencia a costes, tal como dice la Sala de instancia), sino sólo a aquéllos que en función de la metodología aplicada estimulan una inversión eficiente.

Digamos por último que una regulación semejante puede revelarse posteriormente como ineficaz, técnicamente inadecuada o incluso excesiva, pero ello no la haría contraria a derecho en el momento en que se adopta sino, en todo caso, desde el momento en que pudiera afirmarse sin género de dudas tal inadecuación. »

La anterior doctrina es de plena aplicación al supuesto ahora examinado y determina que el recurso no pueda ser acogido. Siendo oportuno añadir que los razonamientos de la resolución recurrida, que vienen avalados por el Informe técnico aportado por la demandada, no han resultado desvirtuados por Telefónica, que sostiene y fundamenta su impugnación en consideraciones que han sido rechazadas por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia arriba mencionada, al confirmar la sentencia de esta Sala, en referencia a la aplicación de la misma metodología para la determinación del precio máximo del servicio de terminación de llamadas vocales en redes móviles.

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

SEXTO: En atención a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de septiembre de 2014, a la que la demande se contrae, que confirmamos por su adecuación a derecho.

Con condena en costas a la actora.

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.