



Roj: **SAN 1186/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1186**

Id Cendoj: **28079230082018100136**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **14/03/2018**

Nº de Recurso: **510/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000510 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02513/2016

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

**Procurador:** SRA. ORTIZ CORNAGO

**Demandado:** MINISTERIO DE INDUSTRIA Y ENERGÍA

**Codemandado:** ORANGE ESPAGNE SAU

**Abogado Del Estado**

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

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

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

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

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

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

Madrid, a catorce de marzo de dos mil dieciocho.

**Vistos** los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 510/2015** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Ortiz Cornago** en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.** contra la resolución dictada por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información el día 23 de julio de 2015 frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado, en materia de revisión del precio de la capacidad en PAI del servicio de banda ancha mayorista NEBA (expte. OFE/D TSA/1840/14) con una cuantía indeterminada. Ha sido **codemandada ORANGE ESPAGNE SAU** representada por el Procurador **Sr. Alonso Verdú**. Ha sido Ponente la Magistrado **D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-** Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo el día 28 de octubre de 2015 contra la resolución más arriba indicada.

Por decreto de la Sra. Secretario se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO-** Me diante escrito de 30 de junio de 2016 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando se dicte sentencia declarando contraria a derecho la resolución impugnada, y " *anule la modificación de los precios de la capacidad en PAI de la oferta de referencia del servicio de banda ancha mayorista NEBA, conforme a los razonamientos recogidos en la presente demanda* ".

**TERCERO** -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar su desestimación, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que justifican su oposición al recurso.

La representación procesal de ORANGE ESPAGNE SAU contestó a la demanda para oponerse a la misma y solicitar su desestimación, con base en los fundamentos de hecho y de derecho que dejó expuestos.

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

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

**QUINTO-** La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 7 de marzo de 2018 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO-** Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada por la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) adoptada en sesión celebrada el día 23 de julio de 2015, sobre la revisión del precio de la capacidad en RAI del servicio de banda ancha mayorista NEBA (Expte. OFE/DTSÁ/1840/14/PRECIO CAPACIDAD NEBA).

Se acuerda la modificación de los precios de la capacidad en PAI de la oferta de referencia del servicio de banda ancha mayorista NEBA en los términos recogidos en el Anexo 1.

**SEGUNDO** -. Entre los antecedentes de hecho que se encuentran en el origen del presente recurso cabe destacar los siguientes:

- *El día 22 de enero de 2009* la CMT dicta resolución aprobando la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la dei

- *El día 11 de noviembre de 2010* , se dicta la Resolución sobre la propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha (DT 2009/497):

*"PRIMERO.- Telefónica deberá ofrecer el servicio NEBA especificado en el Anexo V conforme al siguiente calendario:*

.....

*La Fase I del servicio comprende todas las funcionalidades salvo los movimientos de NEBA hacia o desde los servicios de acceso desagregado, y de los servicios actuales GigADSL y ADSL-IP hacia NEBA.*

*La Fase II del servicio comprende todas las funcionalidades del servicio.*

*SEGUNDO.- A partir de la fecha de disponibilidad precomercial Telefónica garantizará una cobertura mínima del servicio NEBA en accesos de cobre del 97% de los pares en zona OBA (centrales con pares prolongados) y del 50% en zona no-OBA (centrales sin pares prolongados).*

*TERCERO.- Telefónica deberá informar sobre la cobertura del servicio NEBA según lo dispuesto en el Anexo III.*

*CUARTO.- Telefónica deberá remitir a esta Comisión antes del 1 de marzo de 2011 la propuesta de oferta de referencia basada en la especificación del servicio, que deberá incluir:*



- Propuesta de precios incluyendo la metodología y detalle de su cálculo en base a la orientación a costes de producción
- Contratos tipo
- Descripción de los procedimientos administrativos, incluyendo la interacción con portabilidad, los mecanismos ligados a activación fallida debida al criterio de validación, migraciones masivas y recuperación de cliente por Telefónica
- Acuerdos de nivel de servicio para accesos GPON
- Definición de los indicadores de calidad a remitir mensualmente

QUINTO.- Telefónica deberá proceder a la migración del servicio ADSL-IP a la nueva plataforma de gestión de provisión, información e incidencias basada en servicios web (NEON), conforme al siguiente calendario:

SEXTO.- Telefónica deberá proceder a la adaptación del servicio AMLT a un canal de comunicación Web Services y a la implantación del procedimiento de alta conjunta AMLT+indirecto conforme al siguiente calendario:

SÉPTIMO.- Se modifica la OBA para incluir en el capítulo de acuerdos de nivel de servicio el texto del Anexo II. Dicha modificación surtirá efecto desde el día de notificación a Telefónica de la presente Resolución.

OCTAVO.- Hasta la disponibilidad efectiva del servicio NEBA, Telefónica ofrecerá una solución de comercialización por terceros de sus ofertas minoristas FTTH conforme a los requisitos del Anexo IV.

NOVENO.- Comunicar a la Comisión Europea la presente Resolución, relativa al análisis de la propuesta de nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha.

DÉCIMO.- Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones . "

- El día 30 de enero de 2014 se dicta resolución por la que se revisan los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GIGADSL, ADSL-IP y NEBA (expte. DT 2011/739)

- El día 24 de febrero de 2016 se dicta 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 (ORECE) (ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

**TERCERO-** Lo s motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- 1-. La fijación de precios mediante el modelo bottom-up le impide la recuperación de los costes del desarrollo del servicio NEBA.
- 2-. Sobreestimación de la demanda del servicio NEBA, que contrasta con la demanda real del servicio.
- 3-. Arbitrariedad de la CNMC en la potestad administrativa de revisión del precio, que resulta contraria a los principios de proporcionalidad. objetividad y seguridad jurídica.

Por su parte el Abogado del Estado alega que la Comisión Europea aboga desde hace años por el uso de modelos bottom-up LRIC13 en el ámbito de la orientación a costes de los precios regulados, en detrimento de los modelos de costes top-down (esto es, las contabilidades regulatorias). De hecho, en la primera resolución de fijación de los precios del servicio NEBA, de 30 de enero de 2014, la CE daba orientaciones muy claras en su recomendación en relación a la conveniencia de orientar los precios a los costes de acuerdo a los resultados del modelo. La resolución se limitó a revisar los parámetros de entrada del modelo con el fin de obtener el resultado actualizado, y no se aprecia la alegada arbitrariedad administrativa a la hora de impedir el retorno de la inversión en un servicio mayorista regulado.

La codemandada alega que las bases fácticas sobre la que se sustenta la demanda de Telefónica -esto es, las alegaciones contenidas en su Informe pericial-, carecen de fundamento.

En la medida en que Telefónica dirige realmente el presente recurso contra la Resolución de 30 de enero de 2014, éste debe inadmitirse, por fraude procesal o, en su caso desestimarse.

La Resolución de 23 de julio de 2015 es conforme con lo previsto en el artículo 14.1.e) de la LGT , el artículo 11.4 del Reglamento de Mercados y el artículo 13.1 de la Directiva de Acceso .



**CUARTO-**. Con carácter previo hay que recordar que esta Sala y Sección dictó sentencia desestimatoria el pasado día 6 de marzo de 2017 en el recurso contencioso- administrativo num. 188/2014 igualmente interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 30 de enero de 2014, sobre revisión de precios de los servicios mayoristas de banda ancha.

La misma decisión fue impugnada por la ahora codemandada, ORANGE ESPAGNE SA en el recurso contencioso-administrativo num. 188/2014 igualmente desestimado por sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2015 .

En la sentencia de 6 de marzo de 2017 la Sala dijo:

*"La recurrente no está conforme con los precios establecidos, encauzando su impugnación por la vía de la denuncia de falta de motivación y arbitrariedad por parte del regulador. Sin embargo, como hemos dicho, tales denuncias no están justificadas ni se pueden considerar acreditadas por el informe pericial que aporta la actora a este recurso, que viene a avalar las tesis de Telefónica sobre los criterios utilizados por la Comisión, desde el punto de vista económico. La disparidad de criterios o los distintos resultados económicos obtenidos por aplicación de distintos modelos no pueden justificar la denuncia de falta de motivación o de arbitrariedad, máxime teniendo en cuenta que el perito que emite el informe realiza habitualmente informes periciales para la misma compañía recurrente. Sin cuestionar la solvencia de la pericial, en relación con los aspectos económicos que estudia, en un análisis de la prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica, no podemos otorgar mayor valor probatorio a dicho informe que a los informes y criterios de los servicios de un órgano regulador independiente, como es la CNMC, ajeno a los particulares intereses de los distintos operadores.*

*Por otra parte, el Informe de la CNC, de 28/02/13, cuestiona el criterio de la CMT de considerar que la aplicación del objetivo de promoción de las inversiones aconsejaba establecer unos precios mayoristas máximos elevados con un mark-up significativo sobre los resultados de los modelos "bottom-up LRIC+" desarrollados por la propia CMT. La CNC entiende que ni el establecimiento de tales precios garantiza que Telefónica siga teniendo incentivos para invertir en redes de nueva generación, ni hay base para afirmar que dichos precios mayoristas elevados lleguen a los operadores alternativos a invertir en redes de nueva generación, sino que, por el contrario, pueden reducir la capacidad de dichos operadores alternativos para desplegar redes de nueva generación. Asimismo, cuestiona la aplicación por la CMT de los distintos criterios para determinar los distintos precios mayoristas máximos, recomendando que la CMT presente un análisis fundamentado de los efectos que pueden tener sobre la dinámica competitiva las modificaciones que introduce en los precios mayoristas máximos. Muestra su absoluto desacuerdo con la aplicación de recargos sobre los resultados de los modelos desarrollados por la CMT a la hora de determinar las cuotas máximas no recurrentes de los servicios mayoristas.*

*La Comisión Europea, además de recomendar la revisión de los mercados 4 y 5, en cuanto a los precios, entre otras observaciones, alerta de que el proyecto que le ha sido notificado no explica adecuadamente cómo se fija el nivel de precios propuesto, recomendando a la CMT incluir en su medida definitiva una explicación más detallada, indicando cuándo tiene previsto apoyarse únicamente en el modelo de costes desarrollado. Con remisión a la normativa de aplicación al mercado de acceso de banda ancha al por mayor, manifiesta sus dudas sobre la metodología empleada en la propuesta, por cuanto se desvía de la orientación a costes estricta, al fijar los niveles de precios hasta un 50% por encima de los niveles de eficiencia con respecto a costes, no estando acreditado que tal medida favorezca la competencia en los servicios de banda ancha. Muestra dudas también de que tales precios incentiven la inversión eficiente y la innovación, tanto por parte del operador con PSM como de los operadores alternativos. Considera la CE que, si la CMT entiende que la orientación a costes no es la medida apropiada para estimular las inversiones e incrementar la competencia, en lugar de añadir márgenes arbitrarios sobre los resultados orientados a costes, debería valorar otro enfoque con una obligación de no discriminación más estricta. Cuestiona la transparencia del modelo aplicado la propuesta de fijación de precios.*

*Pues bien, las anteriores consideraciones se han tenido en cuenta por la CNMC en la resolución definitiva, que se impugna, por lo que carece de fundamento las alegaciones de la actora al respecto, achacando a esta resolución las críticas y dudas manifestadas en los citados informes respecto de la propuesta inicial. La CNMC ha seguido las recomendaciones de la CE, modificando el proyecto de medida, eliminando la desviación de los precios orientados a costes.*

*De tal manera que la pretensión de Telefónica de mantenimiento de los precios vigentes antes de la resolución ahora recurrida choca frontalmente con los informes y recomendaciones de la CNC y de la CE mencionados, que se oponían abiertamente al incremento de precios sobre costes que propugna la actora y que se recogían en la inicial propuesta de la CMT."*

En cualquier caso, y en relación con la alegación formulada por la representación procesal de ORANGE ESPAGNE SA no se considera que se esté impugnando la resolución de la CNMC de fecha 30 de enero de 2014,



sobre revisión de precios de los servicios mayoristas de banda ancha, que como la propia codemandada ha alegado, fue objeto de la sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 2017 . Si bien existe relación entre ambas resoluciones, en este recurso claramente se impugna el acuerdo de la CNMC de 23 de julio de 2015 claramente identificado por todas las partes, no solo la recurrente.

**QUINTO-**. El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente se fundamenta en que el modelo utilizado por la CNMC en la resolución impugnada impide a la misma recuperar los costes del desarrollo del servicio NEBA.

El acto administrativo impugnado explica en el primer fundamento jurídico el objeto del procedimiento: la revisión de los precios asociados a la capacidad en cada Punto de Acceso Indirecto (PAI) de la oferta de referencia del servicio NEBA.

No se discute en este caso la habilitación competencial, ni la obligación de que los precios estén orientados a costes, siendo la aplicación del principio de orientación a costes, cuestión que constituye históricamente una reiterada pretensión de TELEFONICA DE ESPAÑA en los distintos litigios seguidos a su instancia ante esta Sala impugnando resoluciones de la antigua CMT y la actual CNMC.

Con base en las previsiones del art. 14.1.e de la LGT del 2014, el art. 11.4 del Reglamento de Mercados y el art. 13.1 de la Directiva 2002/19/CE se recuerda por la actora que las obligaciones que se le imponen a deben acomodarse a los principios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación, a tenor de lo dispuesto en la L.G.T. art. 12.6 .

El resumen de la cuestión planteada, a juicio de esta Sala, es que la actora considera que el modelo de costes utilizado, el bottom-up no recoge los elementos que a su juicio deberían tenerse en cuenta. Principalmente porque " existe una importante desviación entre la demanda estimada y la demanda real del servicio NEBA de año 2014 " desviación consistente en una sobreestimación de la demanda. En resumen, la actora sostiene que no ha ingresado lo que necesitaba haber ingresado para cubrir los costes del año, y dado que en el año 2015 se ha limitado la Administración a actualizar los datos, la revisión de precios llevada a cabo por la Administración, es contraria a derecho porque no se han tenido en cuenta las pérdidas soportadas por TESAU en 2014.

Concluye señalando que la resolución recurrida incumple el principio de permitir una tasa razonable de rendimiento de la inversión de TESAU.

El informe pericial de parte, de TELEFONICA DE ESPAÑA SAU, en el que fundamenta su pretensión, señala en su encabezamiento que " ha sido preparado por RBB Economics LLP (en lo sucesivo, RBB) para Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica). El informe presenta los resultados del análisis que ha realizado RBB del nuevo precio fijado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para el servicio de capacidad NEBA, en su Resolución de 23 de julio de 2015.... *El informe pericial se estructura de la siguiente forma. La sección 2 describe el servicio NEBA. La sección 3 se centra en el modelo Frontier utilizado por la CNMC para fijar el precio. La sección 4 analiza la revisión del precio realizada por la CNMC en su Resolución de 23 de julio de 2015. La sección 5 concluye.*" .

La primera conclusión no es sino la constatación por el perito de cual ha sido el modelo utilizado por la Administración para fijar los costes.

La segunda conclusión es en la que encuentra su fundamento este motivo de recurso:

*"Las previsiones de demanda consideradas por la CNMC para la fijación del precio del servicio de capacidad NEBA en enero de 2014 se alejaron mucho de la realidad y sobreestimaron la demanda real de forma muy significativa. La desviación en las previsiones de demanda implica que los ingresos percibidos durante el año 2014 fueron insuficientes para cubrir los costes asignados al servicio para este año. A igualdad de costes asignados, los precios fijados y los ingresos percibidos habrían sido más de un 90% inferiores a los necesarios para recuperar los costes asignados por el modelo al servicio en 2014."*

El informe pericial de parte de la Administración, recuerda que " *Es importante destacar que la Comisión Europea aboga desde hace años por el uso de modelos bottom-up LRIC en el ámbito de la orientación a costes de los precios regulados, en detrimento de los modelos de costes top-down (esto es, las contabilidades regulatorias). De hecho, en la primera resolución de fijación de los precios del servicio NEBA, de 30 de enero de 2014, la CE daba orientaciones muy claras en su recomendación en relación a la conveniencia de orientar los precios a los costes de acuerdo a los resultados del modelo.*"

En este informe de la demandada se justifica plenamente, a juicio de esta Sala, como se ha evaluado por Frontier la demanda relevante, y permite a este Tribunal concluir la conformidad a derecho del método utilizado.



Se han estimado los accesos por fibra óptica, mediante los siguientes pasos: estimación de la cobertura de fibra a nivel nacional para Telefónica, estimación de las centrales de cobre que van a tener cobertura de fibra, estimación del número de accesos de fibra a nivel nacional, reparto del número de accesos de fibra a nivel nacional entre las centrales de cobre con cobertura de fibra y determinación de las centrales cabecera.

Se recuerda por el perito que en el informe Frontier se advierte de que no hay consenso sobre la trayectoria desde la fecha de elaboración del informe (el propio informe Frontier) al 2020. Ello porque unos estudios consideran que el crecimiento exponencial se mantendrá durante todo el período, mientras que otros abogan por una trayectoria con forma de curva logística (es decir, con mayor crecimiento en los primeros años y menor en los últimos), ya que consideran que la fibra alcanzará su tope alrededor del año 2020.

El informe Frontier opta por un enfoque intermedio, con un crecimiento exponencial durante la mayor parte del periodo y un crecimiento menor en los últimos años.

Igualmente detallado es en el informe Frontier y en el informe del perito de la Administración, el procedimiento seguido para estimar en primer lugar la cuota de mercado del servicio NEBA teniendo en cuenta la migración al mismo de los diferentes tipos de modelo de clientes mayoristas Adsl. Y para estimar, en segundo lugar, la demanda de tráfico por usuario.

De la valoración conjunta de los dictámenes periciales, así como de los razonamientos contenidos en la resolución impugnada y los documentos obrantes en el expediente administrativo, la Sala concluye que el modelo utilizado por la CNMC en la resolución impugnada no impide a TELEFONICA DE ESPAÑA SAU recuperar los costes del desarrollo del servicio NEBA. No solo porque el modelo utilizado ha sido considerado conforme a derecho por esta Sala y por el Tribunal Supremo en anteriores sentencias donde igualmente se puso dicho modelo en cuestión, concluyendo que es el modelo adecuado si se desea establecer un precio orientado a los costes eficientes de producción, sino que, como señala la codemandada al contestar a la demanda, no se acredita la afirmación que constituye la base de este motivo de recurso.

Según Telefónica una demanda menor a la estimada implica necesariamente que los ingresos no fueron suficientes para cubrir los costes del servicio. Como indica el informe de la CNC, según la contabilidad regulatoria de Telefónica, ésta " *ha obtenido beneficios económicos, adicionales a la tasa de retorno ya embebida en los datos contables, con la prestación del servicio NEBA durante 2014 y 2015. Y más en particular, el servicio de capacidad NEBA le ha generado beneficios durante 2015* ".

No se ha acreditado que los costes teóricos coincidan con los reales, de manera que no puede considerarse acreditado no solo que la demanda esté mal valorada sino que aún si la demanda fuera menor, los beneficios también lo fueran.

En todo caso, una vez más debe señalarse que el modelo de costes establecido en la Resolución de 30 de enero de 2014 tiene como objeto que Telefónica " *obtenga una tasa razonable de rendimiento de las inversiones efectuadas* " ( artículo 11.4 del Reglamento de Mercados ), y este objetivo se habría cumplido según el perito de la Administración, y así se refleja en la contabilidad regulatoria.

Por las razones expuestas procede desestimar el primer motivo de recurso.

**SEXTO-** . Se alega en segundo lugar la sobreestimación de la demanda del servicio NEBA, que contrasta con la demanda real del servicio. La actora sitúa el exceso de la capacidad contratada " *hasta en un 25%* " .

Igualmente se fundamenta la impugnación en el informe pericial suscrito por D. Victoriano elaborado a instancias de la parte actora.

En este informe se concluye que " *Las hipótesis de demanda en que se basa la CNMC para revisar el precio del servicio de capacidad NEBA en su Resolución de 23 de julio de 2015 se alejan de la realidad y nuevamente sobreestiman el número de líneas NEBA, en este caso entre un 39,2% y un 53,6%. Ello se debe a que no tienen en cuenta el desarrollo de las redes propias de los operadores que tradicionalmente han demandado acceso mayorista a la red de Telefónica, que limita el potencial de demanda de los servicios de acceso indirecto como el NEBA.*"

El perito de la Administración por su parte, detalla cómo se llevó a cabo la actualización de la demanda de banda ancha:

" *La resolución actualizó la demanda de banda ancha (mayorista y minorista), introduciendo los datos reales a cierre del ejercicio 2014. Asimismo, se ajustó la demanda de NEBA (fibra y cobre) con datos REALES de 2014, así como las estimaciones para 2015. Las estimaciones se modularon a unos valores más coherentes con la realidad de la planta en aquel momento estableciendo una cifra de conexiones activas más conservadora.*



*En las tablas a continuación se presenta la demanda de los servicios mayoristas y minoristas que generan tráfico en la red de Telefónica, es decir, servicios minoristas de banda ancha (fibra y cobre) y mayoristas de acceso indirecto. Por un lado, se presentan las estimaciones de demanda consideradas en el modelo de costes para fijar los precios, y por otro la demanda real en 2014 y 2015 . "*

Como ya señaló en su momento la CNMC el modelo anticipa los resultados de costes de forma prospectiva, partiendo de la demanda conocida de ejercicios anteriores para estimar la demanda futura. Se precisa así que, en el caso concreto de NEBA, al no disponerse de datos reales, hubo que formular hipótesis a partir de los datos disponibles de demanda del resto de servicios.

Los argumentos de la ahora actora, especialmente la mención del retraso de los operadores alternativos en migrar a NEBA, se compadecen perfectamente con la conclusión de que no solo los precios no fueron bajos como sostiene TELEFÓNICA, sino que fueron altos y por eso desincentivaron la adopción del servicio.

Y en concreto, para 2015, siendo la demanda de NEBA aún descrita como "muy incipiente" la CNMC " *ha optado por ajustar a la baja las expectativas de demanda para este ejercicio, adoptando una cifra muy conservadora de 50.000 líneas, en lugar de las 100.000 inicialmente propuestas en el trámite de información pública "*

No se está comprobando que fue lo que ocurrió, no se resuelve en función de lo constatado, a posteriori, sino que se está resolviendo si lo acordado por la Administración en la resolución impugnada se dictó con sujeción a los principios que la actora entiende infringidos. Y de la prueba practicada en relación con la demanda prevista del servicio NEBA durante 2015 no se aprecia por este Tribunal la infracción de los principios de proporcionalidad, objetividad y seguridad jurídica.

Por otra parte, concluye el perito de Telefónica en último lugar que no se ha tenido en cuenta que los operadores pueden " *disponer de hasta un 25% más de la capacidad contratada sin pagar recargos sobre el precio. Esto implica que, en contra de lo que asume la CNMC, Telefónica en realidad puede estar cobrando el coste medio estimado por una capacidad inferior a la que prevé la CNMC. Como consecuencia, los ingresos percibidos por Telefónica con el precio fijado por la CNMC serían insuficientes para cubrir el coste de provisión del servicio."*

Frente a esto, el perito de la Administración recuerda que " *únicamente el dimensionado y costes de los PAI NEBA dependen exclusivamente de la demanda del servicio NEBA, no así el resto de elementos de red, los cuales dependen de la demanda combinada de servicios mayoristas y minoristas, tal y como se indicaba en el apartado relativo a la metodología del modelo. Y, según lo expuesto, las desviaciones en la demanda del resto de servicios han resultado ser favorables a Telefónica, que ha visto cómo se remuneraba el servicio a un precio superior al del coste de su prestación.*

.....

*En definitiva, puede concluirse que las estimaciones de demanda en las que se basan los precios del servicio de capacidad NEBA que han estado en vigor durante 2014 y primera mitad de 2015 (14,54 euros) y desde la segunda mitad de 2015 (7,98 euros) han resultado ser consistentes (y en algunos casos muy superiores) con las cifras de demanda reales de los servicios mayoristas y minoristas que hacen uso de la mayor parte de los elementos de red cuyos costes contribuyen al precio del servicio, a excepción de los PAI NEBA. Ello implica que la red modelada para calcular los precios no está sobredimensionada y que, en consecuencia, no se han infravalorado los costes de los elementos de involucrados en el coste del servicio."*

**SÉPTIMO** - En último lugar alega la parte actora que la resolución recurrida vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, fijado en el art. 9.3 de la Constitución . Y ello porque la CNMC ha resuelto " *perpetuar el modelo de costes bottom-up que, como hemos analizado en el motivo primero ha resultado absolutamente fallido ara el servicio NEBA; y reducir nuevamente el precio de capacidad en PAI del servicio NEBA con la consiguiente imposibilidad de recuperación de la inversión realizada por TESAU "*

El artículo 14.1.e) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo de 2014, General de Telecomunicaciones ("LGT") establece literalmente:

" *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 5 de este artículo, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones específicas en materia de:*

[...]

e) *Control de precios, tales como la fijación de precios, la orientación de los precios en función de los costes y el establecimiento de una contabilidad de costes, con objeto de garantizar la formación de precios competitivos y evitar precios excesivos y márgenes no competitivos en detrimento de los usuarios finales. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia velará para que estos mecanismos de control de precios que se*



*impongan sirvan para fomentar la competencia efectiva y los beneficios para los consumidores y usuarios en términos de precios y calidad de los servicios. Para favorecer la inversión por parte del operador, en particular en redes de próxima generación, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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 .".*

Por su parte el artículo 11.4 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración ("Reglamento de Mercados") señala:

*" La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a los efectos del cálculo del coste de suministro eficiente de servicios, podrá utilizar sistemas o métodos de contabilización distintos de los utilizados por el operador, que tendrán en cuenta una tasa razonable de rendimiento de las inversiones efectuadas en función del riesgo asumido por aquel.*

*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 último, el artículo 13.1 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 , relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión ("Directiva de Acceso") dice:

*" De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, las autoridades nacionales de reglamentación estarán facultadas para imponer obligaciones en materia de recuperación de los costes y control de los precios, que incluyan obligaciones por lo que respecta tanto a la orientación de los precios en función de los costes como a los sistemas de contabilidad de costes, en relación con determinados tipos de interconexión o acceso, en los casos en que el análisis del mercado ponga de manifiesto que una ausencia de competencia efectiva permitiría al operador en cuestión mantener unos precios excesivos o la compresión de los precios, en detrimento de los usuarios finales. Las autoridades nacionales de reglamentación tendrán en cuenta la inversión efectuada por el operador y le permitirán una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido habida cuenta de los riesgos afrontados por éste ."*

A la vista de la regulación reproducida, no se aprecia por la Sala que hayan tenido lugar las denunciadas infracciones de los principios de interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, objetividad y seguridad jurídica.

El sistema utilizado para calcular los precios ha sido declarado idóneo no solo por la Comisión Europea sino por esta misma Sala y el Tribunal Supremo. La normativa de aplicación ha previsto que la actora obtenga "una tasa razonable de rendimiento de las inversiones efectuadas en función del riesgo asumido por aquel." Pero no, como parece resultar de los escritos de la actora, una contraprestación exacta de lo que ella misma considere debe recibir por la prestación del servicio.

**OCTAVO-** . Incidiendo en lo razonado en los fundamentos jurídicos anteriores, para examinar valorar y desestimar las pretensiones ejercitadas por la recurrente, cabe insistir en cualquier caso, en que ambas partes han presentado en apoyo de sus tesis un informe pericial. El de la actora, elaborado por el Sr. Victoriano , el de la Administración por un funcionario público.

En primer lugar, recordar que tanto la ley como la jurisprudencia conceden al Tribunal sentenciador una gran amplitud para valorar los informes periciales según las reglas de la sana crítica, concepto obviamente indeterminado, pero que finalmente implica que lo único que está proscrito para el juez es la pura arbitrariedad o la valoración absolutamente ilógica.

La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

- . Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial.
- . Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc.
- . Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el Tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes.
- . Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.



Las razones por las que considera esta Sala que la prueba pericial de la parte actora carece de virtualidad para dejar sin efecto el criterio de la Administración son las siguientes: porque el informe no es claro, su valoración no es detallada, y no se recogen los datos suficientes para considerar que deben imponerse las conclusiones que recoge.

No es objeto de informe pericial la descripción del servicio NEBA, ni la descripción del llamado modelo Frontier, aunque estén incluidos en el informe. Si lo es la descripción de los errores en los que considera el perito que ha incurrido el informe Frontier. La elaboración de esta crítica lleva al informante a la siguiente consideración:

*"Bajo la premisa de que la regulación requiere que el precio de los servicios mayoristas permita recuperar el coste y se oriente a costes, lo anterior implica que si las previsiones de demanda utilizadas en un primer momento para el cálculo del coste unitario no se cumplen, y se lleva a cabo una revisión ex post, debe tenerse en cuenta si los precios percibidos hasta el momento han permitido o no recuperar los costes, y en qué medida, y revisar los precios para los años siguientes en consonancia."*

Finalmente en el informe de la actora se llega a la conclusión de que el modelo utilizado es erróneo porque se trata de un modelo prospectivo (pag. 17 del informe) Se insiste en que con este sistema se establece un precio que no permite compensar las pérdidas y costes sufridos en años anteriores o que no han podido ser recuperados (pag. 22).

La Sala considera que el fundamento del informe no es aceptable porque, en primer lugar, el modelo bottom-up es el que la Comisión Europea ha considerado más adecuado frente a los modelos de costes top-down. Y porque, en segundo lugar, el sistema está "orientado a costes", es decir, debe permitir a Telefónica la recuperación de los costes, pero también debe permitir a los operadores alternativos que decidan utilizar los servicios mayoristas de banda ancha replicar las ofertas minoristas de banda ancha de Telefónica. Este principio de orientación a costes, en la normativa comunitaria, posteriormente recogida por la estatal y por las resoluciones sucesivas del regulador, se incorpora a fin de que el operador con poder significativo de mercado cargase un precio por la provisión de un servicio que reflejase los costes en que realmente había incurrido para proporcionarlo. De hecho "orientación a costes" no significa "equivalencia con costes", la Ley introduce aquí un parámetro referencial contenido en un concepto jurídico indeterminado de evidente amplitud y que está necesitado de integración.

Y a este respecto 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* ».

Por el conjunto de razones expuestas procede la desestimación del recurso.

**NOVENO-** . Por aplicación de lo dispuesto en el art. 139 de la ley jurisdiccional procede condenar al pago de las costas a la parte actora que ha visto íntegramente desestimado su recurso.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.** contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 23 de julio de 2015 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte recurrente al pago de las costas.

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.