



Roj: **SAN 2367/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2367**

Id Cendoj: **28079230082016100315**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **30/05/2016**

Nº de Recurso: **377/2014**

Nº de Resolución: **354/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2367/2016,**  
**STS 3343/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000377 / 2014

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 03734/2014

**Demandante:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU,

**Procurador:** D<sup>a</sup>. CARMEN ORTIZ CORNAGO

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

**Codemandado:** ORANGE ESPAÑA S.A.U.

**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 treinta de mayo de dos mil dieciséis.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo n<sup>o</sup> **377/14**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **D<sup>a</sup>. 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 13 de mayo de 2014, en materia de Revisión de precios de la Oferta de Acceso mayorista a la línea telefónica (AMTL) siendo parte demandada la Administración General del Estado dirigida y representada por el Abogado del Estado siendo codemandado **ORANGE ESPAÑA S.A.U.** representada por el



Procurador de los Tribunales **Sr. Alonso Verdú** siendo la cuantía del recurso indeterminada. Ha sido Ponente la magistrado **D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO** .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 17 de julio de 2014, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de la Sala se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 24 de noviembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, y se declare la nulidad de la resolución de la CNMC de fecha 13 de mayo de 2014 y declare inválidos los precios establecidos en el resuelve primero de dicha resolución.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 17 de diciembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

La representación procesal de la parte codemandada igualmente contestó a la demanda manifestando su oposición a la misma y la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

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

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

**QUINTO.-** Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 18 de mayo de 2016, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día 13 de mayo de 2014 resolución sobre la revisión de los precios de la Oferta de Acceso Mayorista a la línea telefónica (AMLT) expediente OFE/DTSA/1189/13/PRECIOS AMLT.

Se recurre el resuelve primero de la resolución que señala

### **AMLT-cuotas mensuales Nueva cuota**

Cuota mensual línea analógica 9,85 euros

Cuota mensual RDSI básico 11,89 euros

### **AMLT- cuotas de alta Nueva cuota**

Alta sobre línea activa 2,48 euros

Alta sobre línea analógica inactiva 57,90 euros

Alta sobre línea RDSI inactiva 80,13 euros

Son antecedentes relevantes para la resolución de este recurso los siguientes:

- La ahora codemandada Orange España SAU presentó el día 13 de junio de 2013 solicitud a la CMT de revisión de precios de la Oferta AMLT de Telefónica de España, S.A.U. la mercantil ahora recurrente. En su escrito Orange solicitaba la revisión de la cuota mensual del servicio AMLT, reclamando que se hiciese de forma acorde con los principios de causalidad.

- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procedió a la incoación e instrucción de un procedimiento administrativo para examinar todos los aspectos relacionados con dicha solicitud.

- Dado traslado a los interesados para alegaciones, las presentaron Jazztel y Telefónica.

- Con fecha 12 de julio de 2013 tuvo entrada en la Comisión nuevo escrito de Orange, en el que ampliaba su solicitud inicial para incluir ahora la rebaja de las cuotas de alta de preselección y de AMLT sobre línea inactiva.



- El proyecto de resolución de la CNMC fue notificado a la Comisión Europea conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva Marco, en su redacción modificada por la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, y al artículo 5 del Reglamento MAN.

**SEGUNDO-** La parte actora, en su escrito de demanda comienza por concretar el objeto de recurso, que como se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, se centra en lo dispuesto en el resuelve primero de la resolución impugnada.

Comienza alegando que la CNMC " *ha cambiado de manera absolutamente discrecional a juicio de esta parte la metodología utilizada para la determinación de los precios y ha tomado como referencia los precios ya aprobados de otro servicio mayorista, el servicio de prolongación de par completamente desagregado (ULL) que entiende, a nuestro juicio de manera errónea, relacionado con el AMLT* ". Igualmente señala que " *la CNMC ha aprobado estos precios del servicio AMLT de manera arbitraria sin tener ni siquiera en consideración las observaciones efectuadas al respecto por la Comisión Europea y el Ministerio de Economía y competitividad* ".

A continuación recoge su definición del servicio AMLT, la del servicio de prolongación de par completamente desagregado, y concluye en lo que, siempre a su juicio, constituye la diferencia básica entre ambos servicios: el AMLT es un servicio de reventa de la línea con el que Telefónica presta la voz a los clientes finales del operador alternativo; y el ULL requiere la inversión del operador alternativo a fin de que este último preste el servicio al usuario final, de forma que puede prestar servicios diferenciados en cuya prestación no interviene Telefónica.

Continúa recordando el contexto regulatorio, las obligaciones que en el marco del mismo tiene Telefónica, destacando la obligación que le compete de aplicar unos precios orientados a costes y disponer de una contabilidad de costes. A este respecto expone los cuatro tipos distintos de metodología para calcular los costes, en concreto, a) costes históricos totalmente distribuidos, b) costes corrientes totalmente distribuidos, c) costes incrementales a largo plazo y d) retail minus.

El *primer motivo de impugnación* (folio 19 del escrito de demanda) se fundamenta en que la CNMC no ha respetado el principio de orientación a costes que establece la normativa de aplicación.

Alega que la CNMC anteriormente utilizaba la contabilidad de costes de Telefónica para reflejar el precio del servicio AMLT y ahora ha cambiado de metodología y no ha utilizado esta contabilidad de costes, o solo la ha utilizado parcialmente para unos conceptos del servicio y para otros no.

Así la resolución es nula de pleno derecho pues de haberse tenido en cuenta el precio que resulta de la contabilidad de costes, el *precio mensual* del servicio hubiera alcanzado los 10,84 euros para la línea analógica y los 13,94 euros para la RDSI (frente a los 9,85 euros y 11,89 euros que se establecen por la CNMC).

Sus alegaciones a este respecto se concretan en los siguientes extremos:

- Debe tomarse en cuenta "la inversión inicial del propietario de los recursos" y no la inversión estimada.
- No debe tomarse en cuenta el precio del ULL entre otras razones porque no es un servicio orientado a costes.
- Si bien el principio de orientación a costes no significa "equivalencia de costes" el regulador "nunca podrá fijar un precio inferior al que resulta de la contabilidad".

En relación con los precios de la *cuota de alta*, igualmente sostiene que se ha ignorado la contabilidad de costes, se ha llevado a cabo únicamente sobre la base del transcurso del tiempo desde la última revisión, y sin analizar el mercado.

En este caso los precios deberían ser en el caso de la línea analógica inactiva y RDSI inactiva 78 y 104 euros, frente a los 57,90 y 80,13 fijados en el acto administrativo impugnado.

El *segundo motivo* de impugnación se fundamenta en la arbitrariedad de la CNMC y la infracción del principio de confianza legítima (folio 29 del escrito de demanda). Y ello porque la CNMC no ha utilizado el método de orientación a costes, cambiando así la metodología utilizada anteriormente. Esto supone la infracción del principio de confianza legítima, y la referencia a los precios del ULL supone arbitrariedad pues no existe similitud alguna entre ambos.

El *tercer motivo* se construye sobre la alegación de que la resolución impugnada es contraria a la LGTEL y a su normativa de desarrollo. En concreto se alega la vulneración de los principios de necesidad, proporcionalidad y simplicidad.

El *cuarto motivo* de recurso se fundamenta en que la CNMC no debió llevar a cabo esta modificación sin la revisión, que entiende preceptiva, del mercado 2.



El Abogado del Estado en su contestación a la demanda comienza por recordar los elementos de juicio de necesaria consideración para la fijación de precios mayoristas regulados. Recuerda que los precios regulados mayoristas deben permitir razonablemente el fomento de la competencia, tener en cuenta las recomendaciones de la Comisión Europea, y cuales son las limitaciones de la contabilidad de costes.

Analiza los distintos modelos de costes y concluye que de la normativa de aplicación resulta que los criterios a tomar en consideración por el regulador para fijar los precios mayoristas regulados son en primer lugar una orientación a costes, en segundo lugar la toma en consideración de la inversión efectuada, pero sin necesariamente partir de la contabilidad de costes del operador incumbente, y por último, se pueden emplear referencias internacionales para la fijación de los precios. No es cierta la propugnada identidad entre la procedencia de garantizar un retorno razonable a la inversión y el resultado de la contabilidad de costes.

Continúa poniendo de relieve que si bien los servicios de acceso al bucle desagregado y AMLT resultan cualitativamente diferentes, cuantitativamente no lo son tanto, pues la inversión en una red troncal es relativamente pequeña en relación con la necesaria para el despliegue capilarizado hasta el cliente siendo por tanto razonable desde el criterio de eficiencia administrativa que se empleen las conclusiones del modelo de costes encargado a un consultor externo.

Respecto de la contabilidad de costes alega que la contabilidad es una mera herramienta de aproximación a una realidad pero no es una herramienta de medición.

Concluye señalando que es procedente la revisión de precios aunque igualmente sea procedente la revisión de un mercado de más profundidad.

La codemandada se opone al recurso alega que el recurso de la actora carece de fundamento: el acto administrativo impugnado es conforme a derecho, habiendo sido dictado de conformidad con la normativa sobre revisión de precios, y concretamente según lo previsto en la Directiva de Acceso, art. 13.2 en la LGTel y en los arts. 10.2 y 11 del Reglamento de Mercados. Recuerda el tratamiento jurisprudencial que el Tribunal Supremo ha dado en sus sentencias de 6 de octubre de 2010 y 10 de febrero de 2014, sobre el principio de orientación a costes.

Continúa alegando que los arts. 13.1 LGTEL y 10.2 del Reglamento de Mercados "no constituyen en ningún caso un seguro de inversiones realizadas para Telefónica" y así se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de 19 de junio de 2014 asunto C- 556/2012 señalando en el considerando 51 que "para favorecer la inversión por parte del operador, en particular en redes de próxima generación, las ANR deben tener en cuenta la inversión efectuada por este último y permitirle una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido, habida cuenta de todos los riesgos específicos de un proyecto de inversión concreta". Igualmente señala que no puede identificarse el resultado con la contabilidad de Telefónica y como debe tomarse en consideración el WACC, una tasa razonable de retorno del capital que se calcula cada año por la CNMC y se incluye en los precios mayoristas.

La resolución impugnada no es arbitraria ni vulnera el principio de confianza legítima y no contradice los requisitos regulatorios establecidos por el art. 11.5 LGTEL y en el art. 4 de la ley 2/2011. Por último, recuerda que la actualización de precios AMLT es completamente independiente de la revisión del Mercado 2.

**TERCERO** -. La recurrente sostiene que la CNMC no ha respetado el principio de orientación a costes que establece la normativa de aplicación y mientras que con anterioridad utilizaba este criterio para reflejar el precio del servicio AMLT, ahora ha cambiado de metodología y no ha utilizado esta contabilidad de costes, o solo la ha utilizado parcialmente para unos conceptos del servicio y para otros no.

Antes de entrar a valorar esta concreta alegación, resulta procedente indicar que la lectura del acto administrativo impugnado a la luz de las alegaciones de la parte actora permite comprobar que se justifica la revisión en el tiempo transcurrido desde que se llevó a cabo la última revisión de precios, abril de 2011, es decir, en que han transcurrido más de tres años. No parece que tal conveniencia sea discutible en un mercado de las características del que subyace en la regulación litigiosa.

Cuestión diferente es que Telefónica sostenga que no deben revisarse los precios sino todo el mercado 2, es decir, el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija.

En cuanto a la revisión del mercado correspondiente que sería lo que según la actora habría debido hacer la CNMC, esta comunicó a la Comisión Europea el día 1 de abril de 2014 lo siguiente:

*"Aprobar el Proyecto de Medida que se adjunta como Anexo a la presente Resolución, y acordar su notificación a la Comisión Europea, a las Autoridades Nacionales de Reglamentación de otros Estados miembros de la Unión Europea, al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), al Ministerio de*



*Industria, Energía y Turismo y al Ministerio de Economía y Competitividad, para que en el plazo máximo de un mes presenten sus observaciones al mismo"*

La Comisión Europea en el documento ES/2014/1584 de 5 de mayo de 2014 emitió sus observaciones. En estas, parcialmente reproducidas por el acto administrativo impugnado se indica que *"El artículo 16, apartado 6, letra a), de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) prevé un período de tres años entre revisiones del mercado. La Comisión subraya que la revisión del mercado previa correspondiente al mercado de originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija en España fue realizada y notificada a la Comisión en 2008, hace aproximadamente seis años. Posteriormente, la CNMC actualizó los precios en 2011, pero todavía no ha llevado a cabo una nueva revisión del mercado."*

Y añade la conveniencia de "una evaluación adecuada de la situación del mercado" e insta a la CNMC a revisar el mercado 2.

En este conjunto de circunstancias no aprecia la Sala un motivo de nulidad de la resolución impugnada.

Entrando ya a valorar la alegación principal de la actora, sobre el no respeto del principio de orientación a costes cabe recordar que esta Sala, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en anteriores sentencias que la normativa comunitaria, posteriormente recogida por la estatal y por las resoluciones sucesivas del regulador, incorpora este principio a fin de que el operador con poder significativo de mercado pidiese cobrar un precio por la provisión de un servicio que reflejase los costes en que realmente había incurrido para proporcionarlo.

Así el art. 13.1 de la ley 32/2003 establece que la CMT puede imponer obligaciones a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, entre otras, *"e) Control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales."*

La CNMC tiene atribuida legal y reglamentariamente la potestad de fijar los precios, y *"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."* (sentencias de esta Sala de 28 de julio de 2014 y la de 8 de septiembre de 2010). En estas sentencias se señaló igualmente que *"orientación a costes"* no significa *"equivalencia con costes"*, ni comporta exclusión de márgenes; la Ley introduce aquí un parámetro referencial contenido en un concepto jurídico indeterminado de evidente amplitud y que está necesitado de integración. Para aclarar estos conceptos el Tribunal Supremo ha declarado que esta fórmula de *"orientación a costes"* permite varias soluciones igualmente válidas en derecho.

Por este conjunto de razones esta Sala ha concluido que el precio no tiene que ser en todos los casos el resultado aritmético de la contabilidad de costes de Telefónica.

En este caso concreto, la CNMC ha explicado por qué no se aplica el mecanismo de retail minus que pretende Telefónica: porque choca con la orientación en función de los costes de producción.

Como recuerda el Abogado del Estado en la contestación a la demanda y resulta de la propia resolución impugnada y del expediente administrativo, se ha utilizado una metodología mixta con un modelo elaborado por un consultor externo, más la contabilidad de costes de Telefónica, más las referencias a los precios de los países de nuestro entorno, según el modelo BU- LRIC+.

Este modelo toma en consideración los costes en que incurriría un operador eficiente en la prestación de los servicios litigiosos, pero en el momento de efectuar el cálculo concreto, junto a esta configuración teórica se toman en cuenta los costes de la operadora según los datos que refleja la contabilidad de costes. Y en último lugar, una vez obtenidos los datos correspondientes sobre esta base, se comparan con los que resultan en otros mercados comparables en los que se ha llevado a cabo el cálculo de la misma forma.

El coste en que habría incurrido un operador eficiente está expresamente previsto por la normativa de aplicación. El art. 11.4 del Real Decreto 2296/2004 recoge expresamente la mención al *"suministro eficiente de servicios"* y contempla la utilización de métodos de contabilización distintos de los utilizados por el operador que tomen en cuenta *"una tasa razonable de rendimiento de las inversiones"*.

Igualmente está previsto en la Directiva de acceso que en su art. 13.2 menciona igualmente la *"eficacia y la competencia sostenible"* ligadas a la potenciación del beneficio para el consumidor.

En este caso no se ha concretado en el recurso, y a tales efectos la prueba pericial no ha resultado en modo alguno concluyente, que como se denuncia, la CNMC no ha respetado el principio de orientación a costes



que establece la normativa de aplicación y mientras que con anterioridad utilizaba este criterio para reflejar el precio del servicio AMLT, ahora ha cambiado de metodología y no ha utilizado esta contabilidad de costes, o solo la ha utilizado parcialmente para unos conceptos del servicio y para otros no.

El perito Pedro Jesús analiza el cálculo de la cuota de alta realizado por la CMT y pone el acento en lo que considera errores del análisis.

Las conclusiones del informe pericial son las siguientes:

- Falta de transparencia en general
- Errores graves en cuanto a los costes laborales. Por la errónea interpretación del nuevo Convenio colectivo, por subestimar los restantes componentes de la remuneración del personal, y por no tener en cuenta las horas reales que trabajan los empleados, sobre todo las dedicadas a formación. Este conjunto de circunstancias conllevaría una subestimación del coste por hora trabajado por el personal de Telefónica y por el subcontratado "que participan en los trabajos de alta del par".
- La CNMC subestima el coste no relacionado con el personal que interviene en el proceso de alta, instalaciones, equipos informáticos, etc.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013, recurso 6387/2011 la Sala recuerda que precisamente los reproches que la prueba pericial hace, entonces de la sentencia, aquí de la resolución de la CNMC impugnada, pueden aplicarse exactamente al propio informe (a la sentencia entonces). Decía el Alto Tribunal que " *no basta con lamentarse de que no se informe de donde se obtiene ese coeficiente, sino que resulta menester acreditar que el aplicado no es el correcto* ". En el supuesto de autos, se denuncia la falta de transparencia del acto administrativo, que esta Sala no aprecia, dejando a salvo las exigencias que el tratamiento confidencial de determinadas informaciones aportadas por las partes impone, pues el contenido necesariamente esquemático de la resolución que fija los precios se completa con los estudios previos realizados. Si tal utilización de elementos de cálculo y de enjuiciamiento de los costes es o no conforme a derecho es una cuestión que se examinará, en la dimensión anulatoria que la actora pretende darle, en el siguiente fundamento jurídico de esta sentencia.

Como igualmente recordaba el Tribunal Supremo en la sentencia citada " *la obligación de motivar los actos administrativos, que es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de las arbitrariedades de los poderes públicos, garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución española, y que se enmarca en el deber de la Administración de servir con objetividad los intereses generales y de actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, como le impone el artículo 103 de la Constitución, se traduce en la exigencia de que los mismos contengan una referencia sucinta pero precisa y concreta de los hechos y de los fundamentos de derecho que permitan conocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitándole el ejercicio de su derecho de defensa, tanto en la vía administrativa previa como en la ulterior jurisdiccional contencioso-administrativa. Ahora bien, respetado ese límite infranqueable, la concreta motivación exigible en cada caso dependerá de la potestad administrativa ejercitada, del acto administrativo de que se trate y de las circunstancias concurrentes [véanse, por todas, las sentencias de 5 de octubre de 2012 (casación 4430/10, FJ 10º) y 24 de marzo de 2011 (casación 2885/06, FJ 4º)], habiendo sido tales exigencias satisfechas en este caso por las razones expuestas ut supra.*"

La Sala considera que debe prevalecer el resultado obtenido por la resolución impugnada frente al que resultaría de tomar en consideración la conclusión del informe pericial de la parte actora, valorando esta de conformidad con las reglas de la sana crítica, y específicamente porque como se indica en sus primeras líneas "no analiza ni evalúa la idoneidad de la metodología empleada por la CMT para fijar las cuotas de alta y alquiler mensual del par. Por el contrario partiendo de dicha metodología, nos limitamos a analizar los cálculos realizados por la CMT con el objeto de determinar si existe algún error o inconsistencia".

Y porque si bien hace referencia a que "hemos contado con información procedente de varias fuentes" no se especifican estas.

Por el conjunto de consideraciones expuestas debe desestimarse el primer motivo de recurso.

**CUARTO-** Continuando con el examen del recurso, la actora considera infringido el principio de confianza legítima porque la CNMC no ha utilizado el método de orientación a costes, cambiando así la metodología utilizada anteriormente.

El cambio de metodología no tiene, a juicio de esta Sala, las consecuencias que pretenderle la actora darle. El coste sigue siendo tomado en consideración, pero no como estrictamente los datos ofrecidos por TELEFÓNICA, sino que, sobre las bases de estos, se elabora un modelo teórico sobre cuales serían los costes en que en igualdad de condiciones incurriría un operador razonablemente diligente.



En primer lugar, hay que tener en cuenta que la finalidad última del sistema no es otra que lograr las mejores condiciones para los consumidores, y ello según el sistema constitucional nacional y el sistema normativo de la Unión Europea pasa por el aseguramiento de una competencia efectiva en el mercado. Por lo tanto, las decisiones del regulador deben ir orientadas a lograr en primer lugar esta finalidad, siendo el establecimiento del precio un elemento fundamental en la toma de decisiones pero en esta no debe primarse el aseguramiento de las previsiones que el operador dominante haya establecido. Por eso no se puede equiparar precio con coste, sino "orientado a costes". Y esa orientación se cumple si el coste tomado en consideración es el que tendría para un operador eficiente pues de lo contrario el sistema estaría primando la ineficiencia y en resumen, desincentivando la competencia entre los operadores.

La CNMC le indica claramente que en cualquier caso se trata de una "orientación en función de los costes de producción".

La propia interesada reconoce en su escrito de conclusiones que la CE ha establecido la aplicabilidad de los modelos de costes eficientes, aunque, según alega, de este modelo quedaría excluido el servicio mayorista del AMLT. La Sala no aprecia la alegada "contradicción manifiesta" pues como a su vez alega el Abogado del Estado, en las ofertas reguladas mayoristas subyace la idea o la intención de favorecer el aumento de la competencia, a fin de que no consolidar indefinidamente la ventaja competitiva de la que disponen los operadores que por razones históricas disponen de una red.

En relación con la utilización de los datos que a su vez determinaron el establecimiento de los precios del servicio desagregado, la resolución claramente deja establecido que dado que ya hizo una tarea de evaluación para determinar los costes de determinados elementos relevantes a la hora de fijar la cuota del par completamente desagregado no estima procedente realizar tales cálculos otra vez. En concreto, y esto no es negado por TELEFONICA, hay elementos para los que ya se calculó el coste en el otro procedimiento, y dada la circunstancia de que los elementos son los mismos, y que el cálculo se llevó a cabo en fechas próximas con la participación de la operadora, teniendo en cuenta "toda la información de costes disponible", esta Sala concluye que tal decisión de no volver a recalcular de nuevo lo que ya se ha calculado con pleno respeto a los derechos de los interesados es conforme a derecho.

No ha ocurrido lo que la actora denuncia, sino que se han utilizado parámetros de cálculo ya establecidos y cuya predeterminación contribuye a asegurar la coherencia de un sistema que funciona como un conjunto, y no como partes aisladas sin relación alguna. El sistema debe estar presidido por la coherencia y la neutralidad entre los diferentes servicios mayoristas.

La propia Administración reconoce que los servicios de acceso al bucle desagregado y AMLT resultan cualitativamente diferentes, pero el principio de eficacia administrativa justifica que se utilicen las conclusiones alcanzadas por un estudio elaborado por expertos independientes sobre el modelo de costes en aquellos aspectos que incluyen elementos comunes.

Revisando el contenido de la resolución impugnada, en la misma se establece con claridad que solo una fracción de los costes se determina por referencia directa a la revisión de la cuota del par completamente desagregado, a fin de asegurar la coherencia entre ambas cuotas de acceso y establecer el valor "razonable y coherente con la cuota del par desagregado de los componentes coste correspondientes a la red de acceso".

Luego continúa concretando como se han calculado otros aspectos: dado que la cuota del bucle desagregado no incluye los costes correspondientes a los equipos de línea en central, y en relación con este elemento obtiene los datos directamente de la contabilidad de Telefónica.

A continuación concreta como calcular la partida "mantenimiento servicio cliente", y otros elementos adicionales que va detallando.

Esta Sala concluye que si bien son servicios distintos AMLT y ULL no resulta como pretende la actora, que "no se encuentran en modo alguno relacionados" y que hay una justificación razonable para la utilización por la CNMC de los cálculos efectuados al establecer aquellos precios en la determinación de estos, por la existencia de elementos comunes.

Debe igualmente desestimarse el segundo motivo de recurso.

**QUINTO-** Se alega por la parte actora, como tercer motivo de recurso, que la resolución impugnada es contraria a la LGTEL y a su normativa de desarrollo, habiéndose vulnerado los principios de necesidad, proporcionalidad y simplicidad. Este motivo enlaza directamente con el cuarto, según el cual, la CNMC no debió llevar a cabo esta modificación sin la revisión, que entiende preceptiva, del mercado 2.



El resumen de ambas pretensiones de la parte actora podría ser el siguiente: es arbitrario revisar los precios de un mercado sin conocer el nivel de competencia y la necesidad de regulación del mismo, máxime cuando debía revisarse este mercado.

La Comisión Europea recomienda, en efecto, la revisión de determinados mercados, y así en sus observaciones ES/2014/1584 pone de relieve la conveniencia de revisar el mercado 2, pero es evidente, a la vista del conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el expediente administrativo, que existía la necesidad de introducir cambios en la oferta para el Acceso Mayorista a la Línea Telefónica. Se ha establecido y no hay sido objeto de debate en este litigio, que la última revisión se llevó a cabo en el año 2011 sobre la base de la contabilidad de costes de Telefónica del año 2008, datos que, dadas las características del mercado afectado, y vista la solicitud de de Orange, justifican la revisión.

En consecuencia, el hecho de que se haya puesto de manifiesto la conveniencia de revisar el mercado no es obstáculo a la revisión de los precios. No se han acreditado los denunciados por la parte actora "graves errores" que invalidarían los "modelos", no habiéndose demostrado la alegada arbitrariedad de la resolución impugnada.

En resumen: la revisión no es arbitraria, y está justificada por ser la anterior fijación de precios obsoleta, y por la existencia de nuevos criterios de cálculo, específicamente por la introducción del nuevo sistema de consideración de los costes del operador eficiente.

En relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014, el Alto Tribunal considera que el cambio de criterio no es de suyo reprochable pero si lo es el que para valorar el coste de los mismos elementos en un caso se llegue a un resultado y en otro a otro "en función del servicio al que estos costes se van a aplicar". La Sala entiende que precisamente es lo que no ha hecho la CNMC en este caso, cuando utiliza parámetros de coste ya establecidos al calcular los precios en el ULL cuando tales parámetros de coste son necesarios para calcular los precios en el AMLT. Y en este litigio, es lo que critica Telefónica.

El Alto Tribunal concluyó entonces que el cálculo del precio fijado por la CMT no había arrojado un resultado fiable que pueda ser corroborado en su revisión jurisdiccional como plenamente acorde con el criterio de la "orientación a costes". Esta Sala entiende que en este litigio, se ha acreditado que los precios debatidos se han establecido de conformidad con el referido criterio, siempre sobre la base de que el precio no es el resultado matemático de la aplicación de la contabilidad de costes de la recurrente, sino que sobre la base de dicha contabilidad se toma en cuenta el coste para un operador eficiente.

Como pone de relieve el Abogado del Estado, la contabilidad en este caso es un instrumento de aproximación a la realidad de los costes, pero no un instrumento de medición.

Por último, en relación con la prueba pericial practicada a instancias del Abogado del Estado, cuyas conclusiones son rechazadas por la actora acusando de falta de imparcialidad a los autores del informe por ser personal al servicio de la Administración, no se formuló tacha alguna en el momento de la proposición de prueba y admisión de la práctica de la misma. Ofrece dicho informe una simulación del resultado que pondría de manifiesto la contabilidad de costes de Telefónica y se concluye que solo con diferencias de la vida útil de ciertos elementos resultaría un coste inferior al precio fijado por la Administración, lo que corrobora indudablemente el cálculo que ha hecho la CNMC.

Por el conjunto de razones expuestas, procede desestimar el presente recurso contencioso-administrativo, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho.

**SEXTO-** La completa desestimación del recurso impone la condena a la parte actora al pago de las costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, en la redacción dada por la Ley 37/2011.

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

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** como DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. **Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 13 de mayo de 2014, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la recurrente al pago de las costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se **no** tificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la



LJCA , y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ