



Roj: **SAN 4437/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:4437**

Id Cendoj: **28079230082015100644**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **03/12/2015**

Nº de Recurso: **80/2014**

Nº de Resolución: **428/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4437/2015,**
STS 2672/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000080 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00686/2014

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. (TESAU)

Procurador: SR. GARCÍA SAN MIGUEL

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

Codemandado: ORANGE S.A.Y ASTEL

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

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 tres de diciembre de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 80/2014, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. (TESAU)**, representada por el Procurador **Sr. García San Miguel** contra resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de noviembre de 2013, representada por el Sr. Abogado del Estado, en materia de penalizaciones por notificación de falsas averías sobre bucles desagregados en cualquiera de



las modalidades existentes. Siendo codemandados **ORANGE S.A.** representada por el Procurador **Sr. Alonso Verdú** y **ASTEL** representada por el Procurador **Sr. Hidalgo Martínez**, con una cuantía indeterminada y siendo Magistrado Ponente **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2014, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de fecha 21 de febrero de 2014 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 28 de mayo de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, y se anule la resolución impugnada junto con el precio de 26,12 euros como penalización por notificación de falsa avería establecido en dicha resolución.

Acuerde devolver el procedimiento a la CNMC para que dicte una nueva resolución que contenga los siguientes criterios:

- Que con el nuevo precio que se fije Telefónica cubra sus costes, en concreto, los costes que le supone realizar las comprobaciones asociadas al diagnóstico y tratamiento de una falsa avería.
- Que se utilice la contabilidad de costes para la cuenta de falsas averías de Telefónica. Subsidiariamente para el caso de que la CNMC optase por un modelo extracontable, que se tomen en consideración y se apliquen correctamente los costes laborales y los costes de los medios adicionales, incluyendo una parte adecuada de los costes de estructura de Telefónica.
- Que el precio incentive al operador a realizar las comprobaciones oportunas para determinar si la avería se ubica en la parte de la red que está bajo su responsabilidad.
- Que el nuevo precio resulte de aplicación a partir de la misma fecha de eficacia de la Resolución recurrida.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito 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 ASTEL contestó a la demanda y solicitó su desestimación.

La representación procesal de ORANGE contestó a la demanda y solicitó su desestimación.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la testifical-pericial a instancias de la parte actora 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 25 de noviembre de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de fecha 26 de noviembre de 2013 por la que se establece un precio de 26,12€ para las falsas averías, tanto de acceso directo como de acceso indirecto.

SEGUNDO.- La actora comienza explicando el concepto de avería y de "falsa avería" señalando que son aquellas averías que el operador notifica a Telefónica para que esta proceda a su resolución, y una vez realizadas las comprobaciones y actuaciones pertinentes por parte de Telefónica esta concluye que la avería radica en la parte de responsabilidad del operador, quién debería haberla resuelto directamente.

Las penalizaciones cuyo importe fija el regulador no tienen la finalidad de resarcir a Telefónica del coste de la reparación sino resarcirle del coste de detectar que no estamos en presencia de una avería que deba resolver dicho operador, sino aquel en cuyo ámbito de responsabilidad se encuentra.

Y por franqueo indebido, continua aclarando, se entiende una avería atendida por Telefónica respecto de la cual, el operador alternativo considera que no se ha resuelto satisfactoriamente.



La recurrente señala cuales son las obligaciones que tiene impuestas en los mercados 2, 4 y 5, y recuerda que el sistema descansa sobre unos precios orientados a costes, los cuales tienen la finalidad de que la actora cubra sus costes y recupere su inversión.

El siguiente punto en el razonamiento descansa sobre la contabilidad de costes y las funciones que al respecto tiene la CMT (ahora CNMC) para concluir que el objetivo de imponer a Telefónica la obligación de disponer de una contabilidad de costes es "hacer posible y facilitar el cumplimiento de la obligación de orientación a costes".

La actora señala que la resolución impugnada viene a establecer un único precio promedio de 26,12 euros para las penalizaciones por falsas averías con independencia de si existe desplazamiento o no del técnico al domicilio del cliente, siendo esta una de las partidas que mayor coste supone, o de si se trata de un servicio completamente desagregado o compartido. A su juicio tal precio, muy inferior a los anteriormente establecidos por el regulador, se justifica por este en la circunstancia de que el precio disuasorio no ha cumplido su objetivo. Y, por otro lado, en que las tareas que se llevan a cabo para realizar el diagnóstico de falsas averías en la OIR son más complejas que las que se llevan a cabo en los servicios indirectos GigADSL y ADSL IP, al igual que AMLT por lo que el precio de estas falsas averías debería asemejarse al precio de las falsas averías para el servicio de prolongación de par de bucle desagregado.

El eje de la pretensión actora se constituye en su alegación de que se han bajado los precios sin tomar en consideración la contabilidad de costes de Telefónica, "*contabilidad de costes que, no podemos olvidar, se realiza por mandato directo de la CNMC*" acudiendo a un modelo extracontable. Según la recurrente, es contrario a derecho el que, una vez realizada esta opción, se realicen promedios, sin justificar debidamente los criterios utilizados para determinarlos cometiendo errores graves como no respetar el coste de personal implicado en el diagnóstico de la avería.

Por último, es contrario a derecho, siempre según la tesis de la actora, el que los precios establecidos no cubran los costes de Telefónica.

Por su parte el Abogado del Estado recuerda igualmente la razón de ser de la existencia de las penalizaciones por falsas averías, los precedentes, el modo de cálculo con anterioridad, poniendo el acento en la finalidad disuasoria, para entrar a analizar los motivos de recurso de Telefónica.

En este sentido alega que no puede olvidarse la discrecionalidad de la CNMC para fijar los precios regulados, y que según establece el Reglamento MAN la CNMC podrá introducir cambios en la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA) y en la oferta de acceso mayorista a la línea telefónica. Y desde luego podrá fijar el precio. Toda la regulación conlleva una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa.

La CNMC para establecer el precio aplicable a la notificación de una falsa avería ha tomado como referencia idónea el modelo de costes de altas de los servicios de acceso al bucle en que basan los precios de la resolución DT 2012/1555, resolución de 18 de julio de 2013 por la que se revisan los precios de acceso desagregado al bucle de Telefónica.

Considera que la CNMC ha calculado el precio por falsas averías de modo razonado basándose incluso en la propia contabilidad de costes aportada por la ahora actora. La contabilidad es una herramienta que la actora desarrolla en cumplimiento de la normativa aplicable, y suministra información relevante sobre los costes de producción de los servicios, pero los resultados unitarios de la contabilidad no son una referencia vinculante para la fijación de precios, sino una herramienta más a disposición del regulador.

La representación procesal de ORANGE alegó que a la vista de los antecedentes que en materia de averías detalla, junto con los porcentajes correspondientes, se puso de manifiesto lo excesivo de los precios existentes y la ausencia de efectos disuasorios de tales precios.

Pone de relieve que ningún operador, por una mera cuestión de eficacia e imagen para sus usuarios tiene interés alguno en reenviar la avería, existen una serie de requisitos que deben ser satisfechos para poder comunicar a TESAU la existencia de una avería que afecta a su ámbito de responsabilidad, y que la comunicación de la falsa avería exige en todo caso un pago, que alto o bajo se ahorra la operadora si lleva a cabo la reparación por sus propios medios.

La CNMC ha justificado y explicado de manera motivada las razones por las que ha acordado fijar un precio único para penalizar las falsas averías, y analizando punto por punto lo acordado en la resolución impugnada llega a la conclusión de que la misma es ajustada a derecho.

La representación procesal de ASTEL igualmente pone el acento en el extremo de que "el operador alternativo no gana nada en derivar directamente y en primera instancia la solución de las averías a TESAU tal y como



da a entender TESAU en su demanda" detallando las razones por las que al operador alternativo no le interesa tal reenvío.

Considera que si se han calculado los precios utilizando un modelo de costes y que la CNMC partió de su resolución de 18 de julio de 2013 sobre los precios del acceso desagregado, para que los precios de las falsas averías guarden coherencia con el resto de los precios no recurrentes.

TERCERO -. La cuestión litigiosa se resume en la consideración por la recurrente de que la CMT ha impuesto un único precio promedio para las falsas averías y que dicho precio no respeta la obligación de tomar en consideración el principio de orientación a costes, porque se ha apartado de la contabilidad de costes de Telefónica, y se ha utilizado un sistema extracontable en el cual se han ignorado los datos aportados por Telefónica, con la consecuencia de que con estos precios se ocasionan graves perjuicios económicos a Telefónica quién no cubre costes.

Sustenta toda su argumentación al respecto en el informe pericial de D. Rubén y lo manifestado por este en el acto de ratificación de dicho informe celebrado ante esta Sala.

Antes de entrar a valorar la prueba pericial es preciso efectuar algunas puntualizaciones.

La primera, en cuanto al principio de orientación a costes pues aunque no se está debatiendo el principio en si mismo, si se parte de una interpretación del mismo que de ser admitida condicionaría la decisión a adoptar por este Tribunal. En efecto, de los escritos de la actora parece derivarse que esta obligación de Telefónica dice en el escrito de conclusiones " *no solo persigue salvaguardar la posición competitiva de los competidores de Telefónica sino que, adicionalmente, persigue que mi mandante cubra sus costes y recupere su inversión* " (pag. 4). Por lo tanto, el precio fijado sería de plano contrario a derecho si la actora " *pierde dinero* " .

En primer lugar hay que recordar que no se trata, como en el supuesto de la STJUE de 24 de abril de 2008 , del acceso desagregado al bucle, ni de los precios de la oferta del bucle de abonado como en la STS de 18 de noviembre de 2014 , sino que se trata de un precio relacionado con falsas averías en acceso indirecto al bucle de abonado y oferta mayorista; en segundo lugar, que en este caso igualmente se parte de un precio no disuasorio como era hasta la fecha de la resolución impugnada, sino orientado a costes una vez comprobado que que el precio anterior era ineficiente e improcedente porque no disuade la generación de falsas averías.

Continuando con la interpretación del principio de orientación a costes, 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 cargase 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.* "

Ahora bien: como reiteradamente ha señalado esta Sala en anteriores sentencias, entre otras las de 28 de julio de 2014 y la de 8 de septiembre de 2010 , 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.* "

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.

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* ».

En resumen: el principio no implica que la contabilidad de costes de Telefónica sea la única herramienta válida, ni que el precio sea un mero resultado aritmético obtenido tomando en consideración no solo tales costes sino el peso específico que cada coste en concreto debe tener en la ponderación del precio final.

Partiendo de esta base, la relectura del acto administrativo impugnado permite comprobar que la CNMC justifica la razón de la modificación de los precios en la existencia de un elevado volumen de notificaciones de falsas averías, alimentado en gran medida por los criterios unilaterales favorables a si misma utilizados por

Telefónica al asignar la responsabilidad de las averías, sin que la actora haya combatido la certeza de tales razonamientos.

Continúa la CNMC analizado por qué está justificado el abandono de un sistema de precios disuasorios que no ha logrado tal disuasión y el paso a un "precio único promedio", partiendo como "referencia idónea" del modelo de su resolución de 18 de julio de 2013 por la que se aprueban los precios del servicio de acceso desagregado al bucle.

Esta circunstancia supone una primera corrección: se establece un precio único promedio con independencia de que se trate de un servicio desagregado, indirecto o AMLT, y expresamente se tiene en cuenta que hay casos que tienen un mayor coste, el desplazamiento a domicilio. Al calcularse un promedio, se introduce un factor corrector, incrementado de forma relevante para los supuestos de servicios de acceso indirecto y AMLT.

El modelo toma en cuenta el tiempo necesario para completar las tareas que exige la comprobación, a este tiempo se le aplica el coste por hora de trabajo del personal que ha de realizarla, el mayor coste del desplazamiento a domicilio, incluyendo el correspondiente factor corrector, sobre la base de los datos aportados por Telefónica y considerando que el operador está coubicado en la central. Establecida la cifra se utiliza un nuevo factor corrector, a fin de tomar en consideración los errores que comete Telefónica cuando determina que es el operador responsable, error reconocido explícitamente por la ahora recurrente si bien con discrepancias en el porcentaje entre la actora y la ahora codemandada ORANGE.

En resumen: el examen del acto administrativo impugnado a la luz de las alegaciones de la parte actora, y con independencia de las consideraciones que se realizarán en relación con el informe pericial, lleva a esta Sala a la conclusión de que el mismo es conforme a derecho.

CUARTO- El perito de la parte actora considera que no se ha utilizado un modelo contable porque no se ha tenido en cuenta la contabilidad regulatoria, y así lo pone de manifiesto en el informe si bien claramente indica que "nuestro análisis se centra específicamente en los costes laborales unitarios y en los costes comunes". (pag. 10).

En cuanto a los "costes comunes" si bien el perito señaló que no incluye en este concepto costes ajenos a la estricta prestación del servicio, o costes no tomados en consideración por la CNMC, de la lectura del informe, y de lo manifestado en el acto de ratificación del mismo resulta que en su cálculos se están incluyendo costes por instalaciones, personal, vehículos, infraestructura, así como el coste de los cursos de formación, que son "costes comunes" a toda la actividad de la operadora, no relacionados con falsas averías.

Sin justificación alguna, el informe pericial considera que hay costes adicionales a tomar en consideración, y sobre la base de que hay que tomar en cuenta todo el coste del mantenimiento del bucle desagregado y compartido calcula el "resto de costes" que suponen un 23,5% adicional en el caso del par desagregado y el 22,6% en el caso del par compartido, realiza una media ponderada y alcanza un porcentaje de gastos comunes a sumar al cálculo del coste para Telefónica de las falsas averías que alcanza el 23,4%.

Esta valoración del peso porcentual que han de tener los costes comunes de la compañía para calcular el precio de las falsas averías no puede prosperar, a juicio de esta Sala. Como indica el Abogado del Estado, en la contabilidad los costes son "totalmente distribuidos" entre una gran variedad de servicios, no estando justificada cual es precisamente la vinculación directa con una o con otro, y aquí no se ha justificado el por qué debe ser el 23,5 o el 22,6% adicional para las falsas averías.

No es procedente trasladar automáticamente un coste a un servicio sin mayores justificaciones. Las tareas de gestión, están incluidas en el modelo de costes de la Administración, pero no en forma de sobrecoste aplicable al coste horario como sostiene el perito sino en forma de horas de trabajo. Los costes de estructura están incluidos como costes comunes en un porcentaje que es calificado como no explicado por la Administración pero que guarda relación con la trascendencia de esta actividad en el conjunto de la llevada a cabo por la operadora, al contrario de lo que ocurre con el porcentaje que esta pretende se admita, que otorga a esta actividad un peso del 23,4% .

El segundo punto sobre el que se sustenta la conclusión del informe pericial y la tesis de la recurrente guarda relación con los costes de personal. Tras calificar el cálculo que hace la Administración de "poco transparente" y señalar que "adolece de errores que llevan a subestimar el coste laboral en que realmente incurre Telefónica" detalla los supuestos errores.

El primer error sería que la CNMC no explica como calcula el salario base medio para cada categoría, y considera que añadir al salario base un 15% para tener en cuenta otros conceptos de remuneración y los costes internos asociados a la formación a cargo de la empresa, bajas de personal, absentismo otras cargas sociales etc. no es razonable: "a nuestro juicio resulta más razonable añadir al salario base los conceptos de



remuneración adicional (es decir aquellos que suponen desembolso para Telefónica) y sustraer de las horas trabajadas la formación, el absentismo o las bajas, dado que estos últimos se traducen en una reducción del número de horas efectivamente trabajadas por cada empleado".

Al respecto hay que puntualizar que la CNMC no ha pretendido realizar un cálculo que refleje con absoluta identidad los gastos de personal de la operadora, sino integrar un modelo que refleje con aproximación y objetividad, utilizando datos lo más objetivos posibles, los costes de Telefónica. Esta Sala considera que los salarios reflejados en los convenios colectivos, de público conocimiento, son un instrumento objetivo para establecer el coste por hora trabajada en cada categoría laboral.

En cuanto al factor corrector incluido por la Administración como sobrecoste por beneficios sociales, no incluye efectivamente beneficios sociales que pueda incluir Telefónica en determinadas circunstancias por no considerarse representativos de la situación laboral de la generalidad del sector, y estar sujeto a modificaciones o incluso ser de carácter excepcional como el coste relativo a la absorción de la antigua mutualidad de Telefónica por la Seguridad Social.

Respecto del número de horas anuales de trabajo, como igualmente pone de relieve el Abogado del Estado en su escrito de conclusiones, la actora repercute los costes por absentismo simultáneamente en varias partidas: el cómputo de horas trabajadas, en la partida de beneficios y cargas sociales, en los costes de Seguridad Social, lo que no toma en consideración la Administración para calcular las horas de trabajo anuales.

La cuestión relativa a las horas de formación, no es tenida en consideración por la Administración como reducción en las horas de trabajo, sino como "sobrecoste" lo que a juicio de esta Sala es adecuado en el contexto en que se están calculando las horas anuales de trabajo.

Igualmente debe desestimarse la consideración relativa a los salarios por hora del personal, que según los cálculos del informe pericial lleva a un sueldo base de 2.720 euros mensuales, salario que según el Convenio no corresponde sino a empleados cualificados que razonablemente no puede considerarse sean los que habitualmente se dedican a tramitar las denuncias por averías.

Por el conjunto de consideraciones expuestas el recurso debe ser desestimado: la Administración ha calculado el precio litigioso de conformidad a derecho.

QUINTO- . Deben imponerse las costas de este recurso a la parte demandante que ha visto totalmente desestimadas sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional .

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 **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU** contra la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 26 de noviembre de 2013 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.