



Roj: **SAN 4348/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:4348**

Id Cendoj: **28079230082015100621**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **23/11/2015**

Nº de Recurso: **187/2014**

Nº de Resolución: **411/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso: 0000187 / 2014**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 01678/2014**

**Demandante: ORANGE ESPAGNE S.A.**

**Procurador: SR. ALONSO VERDÚ**

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

**Codemandado: TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. Y JAZZ TELECOM 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 veintitres de noviembre de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **187/14** , que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **Sr. Alonso Verdú** en nombre y representación de **ORANGE ESPAGNE S.A.** contra resolución de fecha 30 de enero de 2014, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia representada por el Sr. Abogado del Estado, por la que se revisan los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GIGADSL, ADSL-IP Y NEBA en el expediente DT 2011/739, con una cuantía indeterminada y siendo codemandadas **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U** . representada por la Procuradora **Sra. Ortiz Cornago** y **JAZZ TELECOM SAU** representada por la Procuradora **Sra. Pérez-Urruti Iribarren** . Ha sido Magistrado Ponente D<sup>a</sup> **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 1 de abril de 2014, contra la resolución antes mencionada.

Por Decreto de la Sra Secretario de esta Sección 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 10 de octubre de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando dicte sentencia por la cual, se anule la resolución de la CNMC de 30 de enero de 2014 por lo que respecta a la entrada en vigor de los precios establecidos para los servicios de acceso de banda ancha, declarando que los precios definitivos de los servicios GigADSL y ADSL-IP se aplicarán desde el 3 de mayo de 2012 y que el 19 de julio de 2012 se aplicarán los precios definitivos del servicio NEBA.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito de 13 de enero de 2015, 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 codemandada TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU igualmente 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.

La representación procesal de JAZZ TELECOM SAU no contestó a la demanda.

**CUARTO.-** La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la 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 18 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 NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) de 30 de enero de 2014 por la que los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GIGADSL, ADSL-IP y NEBA (Expte. DT 2011/739)

La parte dispositiva de la resolución tiene el siguiente tenor literal:

*"PRIMERO.- Modificar la oferta de referencia del servicio NEBA para incorporar los precios que se incluyen en el Anexo 1.*

*SEGUNDO.- Modificar la OBA para incorporar los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP que se incluyen en el Anexo 2.*

*TERCERO.- La presente Resolución surtirá efectos al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo de aplicación los nuevos precios a partir de dicha fecha.*

*CUARTO.- Comunicar a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas la revisión de los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GigADSL, ADSL-IP y NEBA.*

*QUINTO.- 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 General de Telecomunicaciones ."*

**SEGUNDO.-** La recurrente se muestra en desacuerdo con determinadas cuestiones concretas:

-. La resolución impugnada vulnera el art. 11 y ss de la ley 32/2003 entonces en vigor en relación con el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración aprobado por el R.D. 2296/2013 así como la Directiva 2002/19/Ce; y el art.54 de la ley 30/1992 así como el principio que proscribiera el enriquecimiento injusto en este caso de Telefónica al permitir que el retraso de años en la aprobación de un procedimiento administrativo determine la imposición de unos precios no orientados a costes y discriminatorios.

El Abogado del Estado por su parte alega que es improcedente la retroactividad pretendida con base exclusivamente en sendas sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo dado que no existe la pretendida identidad entre ambas situaciones. Entonces se justificó la conformidad a derecho del carácter



retroactivo de los precios en que existió un incumplimiento por Telefónica de su obligación de orientación de los precios incluidos en su oferta mayorista en función de los costes. En este caso, los precios ya estaban orientados a costes y las medidas cautelares no tuvieron otra misión que actualizar los precios una vez constatados los menores costes.

Por la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU se alega que no existe justificación alguna para la aplicación retroactiva pretendida. En primer lugar porque equivaldría a transformar unas medidas cautelares de naturaleza provisional y puntual en una resolución final. En segundo lugar, porque no se hizo tal previsión en las propias medidas cautelares, en tercer lugar, por la congruencia de la resolución con otras anteriores de la CMT en ninguna de las cuales se acordó la retroactividad pretendida. En cuarto lugar porque sería contrario al principio de seguridad jurídica, poniendo de relieve las diferencias entre el supuesto litigioso y el examinado por las sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo traídas a colación.

**TERCERO-** Es preciso recordar, en primer lugar, lo que resolvió el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el 18 de febrero de 2014, por cierto posterior a la resolución ahora impugnada, puesto que en gran medida conforma la base argumental de la recurrente.

En la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 18 de febrero de 2014 se analiza una alegación de la ahora codemandada en relación con el despliegue de eficacia retroactiva de un acto administrativo. Lo que el Alto Tribunal dijo entonces es que no hay efectividad retroactiva, que es precisamente lo que pretende ahora la representación procesal de ORANGE ESPAÑA S.A.

En concreto el Alto Tribunal dijo:

*"El motivo no puede prosperar, porque la resolución OIBA impugnada en el proceso no desplegó realmente una efectividad retroactiva prohibida por el artículo 57 de tanta cita.*

*La parte recurrente parte de un planteamiento erróneo, al minusvalorar la importancia que reviste a estos efectos la resolución Mercado 12 de 1 de junio de 2006 e intentar disimularla de lo sucedido conjuntamente. Muy al contrario, esta resolución es singularmente relevante a los efectos que ahora importan, porque desde ella (y antes, por tanto, de que se dictara tanto la resolución cautelar de 21 de diciembre de 2006 como la propia resolución OIBA ya en 2008) la entidad ahora recurrente quedó vinculada por la obligación de orientación de precios a costes. El contenido de dicha resolución Mercado 12 era claro en el sentido de que el operador con poder significativo en el mercado estaba obligado a publicar y presentar una oferta de referencia en la que los precios estuvieran orientados a costes, a salvo de la potestad de la CMT de revisar y modificar dichos precios en el supuesto de que no dieran debido cumplimiento a la obligación así establecida de orientación a costes. Todas las actuaciones sucesivas trajeron causa de este punto de partida, que había configurado un auténtico deber jurídico para la ahora recurrente desde esa misma fecha, y en el que las actuaciones desarrolladas con posterioridad no hicieron más que operativizar la potestad referida del regulador para valorar las propuestas de Telefónica y aquilatar en definitiva los precios conforme a esa regla de orientación a costes que ya estaba vigente y vinculante para la hoy recurrente, a la hora de formular sus propuestas, desde aquella fecha de 2006. Así las cosas, el hecho de que el regulador (la CMT) fuera reduciendo el quantum de las propuestas de Telefónica no se debió más que a la constatación por el propio regulador de que es criterio de orientación a costes no había sido debidamente observado por Telefónica a la hora de formular y presentar sus propuestas (pues si esas propuestas se hubieran confeccionado conforme al principio señalado, el regulador las habría confirmado y por consiguiente la reducción no se habría acordado).*

*Desde esta perspectiva, cobran sentido las razones dadas por la Sala de instancia cuando apunta que la resolución OIBA es resultado último de una larga y compleja secuencia de actuaciones insertas en el procedimiento administrativo de su razón, dirigidas a fijar correctamente los precios orientados a costes (tal como se había acordado ya en la resolución Mercado 12, y en cuyo curso se dicta una resolución de carácter confesadamente cautelar que no tenía más propósito que fijar una metodología y determinar unos precios que fueron concretándose de forma acorde con esa metodología en función de los datos de los que se iba disponiendo, que permitían llevar a cabo la fijación del precio conforme a la premisa de orientación a costes así establecida.*

*No hay, pues, en el presente caso una retroactividad prohibida, sino un proceso de concreción y determinación de precios orientados a costes bajo la fiscalización de la CMT, cuyas bases estaban ya determinadas y resultaban vinculantes para la ahora recurrente desde aquella resolución Mercado 12, que es la base sobre la que se sustentan las actuaciones subsiguientes, en cuyo curso se fueron sucediendo diversos hitos que iban ajustando esos precios hasta finalizar en la última resolución del procedimiento, cuya fecha de efectividad se sitúa en el espacio temporal posterior a la resolución Mercado 12. En atención precisamente a este dato, no cabe sino concluir que la resolución definitiva impugnada en el proceso no determina unos precios con carácter retroactivo, sino que fija y concreta definitivamente los precios como resultado de un procedimiento que tenía por objeto*



*precisamente avanzar en esa concreción de acuerdo con la premisa previamente afirmada, desde 2006. de orientación a costes.*

*No hay propiamente retroactividad, pues la obligación de orientación de los precios a costes se había establecido con anterioridad, en concreto, con la resolución Mercado 12 en la que se imponía dicha obligación a TESAU. La cuestión litigiosa surgió con posterioridad, con ocasión a la determinación de los precios de los servicios, pues proponiendo unos TESAU, no fueron considerados ajustados a costes por la Comisión que los rebajó de manera cautelar y con posterioridad los volvió a reducir en la resolución definitiva. Por tanto, una vez establecida la obligación, procede después la concreción de precios como resultado de un procedimiento que se desarrolla en varios momentos que tiene por objeto precisamente avanzar en esa determinación del concepto de "orientación a costes". El procedimiento concluye con la resolución definitiva en la que la Comisión constata un sobreprecio de los servicios de banda ancha respecto a los fijados en la medida cautelar.*

*Podría hablarse de retroactividad si ciertamente se estableciera ex novo la obligación de orientación de precios a costes, pero una vez determinada y comunicada la obligación a TESAU, procedía su inmediato cumplimiento. Sucede en este caso que la determinación del contenido específico de la obligación exigía un complejo proceso de objetivación de los precios correspondientes al servicio, en cuyo seno debían valorarse los datos y elementos que se suministraban por TESAU y los operadores a fin de procurar una aproximación precisa a los costes de producción. Y este proceso de concreción de los precios, que conlleva una serie de operaciones hasta lograr el ajuste definitivo, en modo alguno puede desvincularse de la obligación propiamente dicha a los efectos de invocar de forma autónoma la retroactividad. Se trata de la sola delimitación del contenido de la obligación que incumbía a TESAU desde que se adoptó e impuso por la Comisión y si bien su cumplimiento exigió su ulterior definición a través de una concreta metodología, una vez fijada de forma definitiva, es lógico que se exija a TESAU desde el momento inicial en que exista esta obligación, en este caso desde la determinación de los precios de forma cautelar, en cuya adopción se advertía de forma expresa a TESAU que "el ajuste de los costes considerados se se realizara en el marco de la resolución definitiva". TESAU, pues, conocía y era consciente, de que estos precios tenían un carácter meramente provisional y que podían ser modificados en atención a los resultados de los estudios sobre los costes de la prestación del servicio ADSL. Ello no implica retroactividad contraria al artículo 57 invocado, pues, la obligación y los parámetros esenciales existían con anterioridad a la exigencia y ambos eran conocidos por TESAU de forma fehaciente.*

*En fin, la Comisión de las Telecomunicaciones corrige a la baja los precios tras la obtención de los datos contables esenciales y la realización del cálculo con arreglo a una determinada metodología, tal como había anunciado en la propia resolución cautelar, en la que se subrayaba el carácter provisional y condicionado a lo que se decidiera en la resolución definitiva. Y en efecto, el ajuste de los precios orientados a costes considerados se realiza en la resolución que pone fin al expediente en la que se toman en consideración el conjunto de datos y estudios externos que permiten establecer con precisión los costes de prestación del servicio y de forma coherente se exigen a Telefónica desde el momento que le incumbía la obligación de orientar sus precios a costes, pues lo contrario implicaría la existencia de un sobrecoste recibido por TESAU durante el tiempo necesario para la culminación del expediente.*

*Se explica también desde esta perspectiva que no existe retroactividad, menos aún retroactividad prohibida, por el hecho de que la resolución OIBA fijase unos precios inferiores a los determinados en la resolución cautelar de diciembre de 2006. Al adoptar tanto esta resolución cautelar como la definitiva que culminó el procedimiento, la CMT no hizo más que cumplir con la función que le corresponde de revisar y controlar la adecuación de los precios propuestos por Telefónica a la premisa referida (orientación a costes). Cuestión distinta es que en ese procedimiento de revisión y control se adoptase la cautelar de diciembre de 2006 con los datos de que entonces se disponía, pero sin que esa cautelar fuera la última palabra al respecto (mal podría serlo partiendo de su confeso carácter meramente cautelar), al estar el procedimiento abierto y supeditado a la recopilación, examen y valoración crítica de todos los datos necesarios, que es lo que hizo justamente la resolución OIBA. Lo que importa resaltar es que la obligación de la empresa recurrente de orientar precios a costes ya había nacido, como se ha explicado, antes de esta cautelar, la cual de hecho se adoptó precisamente porque no se había observado en debida forma esa obligación.*

*No es obstáculo para esta conclusión el hecho de que la propia resolución impugnada en el proceso emplease la expresión "retroactivamente" para referirse a la proyección de efectos de lo acordado a la fecha de la resolución cautelar de diciembre de 2006. Esta expresión no tiene más alcance que el puramente descriptivo de hacer visible la fecha de efectividad de los precios finalmente determinados, pero sin por ello explicitar una retroactividad propiamente caracterizable como tal en los términos del artículo 57 LPAC. En todo caso, partiendo de que, como ha resaltado esta Sala, ( sentencias de esta Sala de 27 de mayo de 2008, recurso de casación 5748/2005 , 9 de marzo de 2011, recurso de casación 3037/2008 , y 17 de septiembre de 2012, recurso de*



casación 4119/2010 ), lo relevante es que, como se ha explicado, aquí no nos hallamos real y sustancialmente ante un acto dotado de eficacia retroactiva en el sentido de ese artículo 57 tantas veces mencionado . "

La Sala concluye con el Abogado del Estado y la codemandada que no existe la identidad alegada entre ambos supuestos que justificaría, según la tesis de la actora, la estimación de su recurso.

En primer lugar porque en aquel expediente, se había planteado en vía administrativa y se había resuelto expresamente por la entonces CMT la cuestión, previo análisis de la procedencia de establecer la aplicación " retroactiva " de los precios desde la aplicación de las medidas cautelares.

La Sala tiene que comprobar si en este caso concurren precisamente las circunstancias que se dieron entonces: si la concreción y determinación de los precios dependía de unas bases "ya determinadas" y que "resultaban vinculantes" para TESAU.

La circunstancia principal entonces tomada en consideración fue precisamente que desde el año 2004, estudiada la contabilidad de costes de TESAU del ejercicio 2004 se comprobó la existencia de un sobreprecio de los servicios mayoristas de banda ancha, y se concluyó que estaba justificado que dicha mercantil no se beneficiase de su propio incumplimiento.

No es este el caso: la revisión del expediente administrativo y la lectura de los antecedentes que recoge la propia resolución impugnada, que no son negados ni puestos en entredicho por la parte actora, recogen lo sucedido y fundamentan la imposibilidad de acceder a la retroactividad pretendida.

**CUARTO** -. En las consideraciones previas del acuerdo se recuerda que la nueva Recomendación prevé un escenario donde los productos de acceso a banda ancha sobre redes NGA no estén necesariamente regulados a costes si se cumplen una serie de requisitos y en función de las condiciones de competencia que existan en el mercado nacional o en el mercado geográfico afectado.

Continúa señalando que " esta Recomendación se justifica en sus primeros Considerandos por la necesidad de promover una inversión e innovación eficientes en nuevas infraestructuras, manteniéndose la competencia, para alcanzar los objetivos de la Agenda Digital Europea<sup>14</sup> . En un momento tan complejo como el actual, en el que se están regulando los primeros precios del NEBA sobre fibra, en el que se están desplegando redes NGAsobre la base de varios acuerdos entre operadores, y con una próxima revisión de los mercados 4 y 5, estos principios han de tenerse especialmente en consideración, como se hace más adelante."

Se trata de mantener la coherencia de los precios de acceso teniendo en cuenta la presencia de tres servicios de nivel inferior al nacional, de dos estructuras de precios divergentes, la red legada de cobre y la nueva red de fibra e incluso lo que se define como "riesgo" de la transformación de la red de cobre en una red de fibra óptica. Junto a todo esto, " proporcionar los incentivos suficientes para la inversión en redes alternativas " .

Y junto a NEBA, dada la incompleta cobertura de esta, debe seguir ofreciéndose GigADSL y ADSL-IP como servicios regulados, y los precios de estos igualmente deben ser convenientemente actualizados "y no pueden quedar congelados como los de un servicio a extinguir". Y así, dadas las obligaciones vigentes, los precios deben seguir siendo fijados con orientación a los costes.

En el marco de todas las consideraciones a tener en cuenta, la CNMC recuerda un extremo capital: " la prudencia aconseja dar más peso a los resultados de la contabilidad de costes ya verificada ". Con este fundamento se van revisando uno a uno los elementos a tomar en consideración y así se comparan los precios en las distintas etapas, las referencias internacionales, y se subraya la necesidad de coherencia entre los diversos precios de acceso. Tal coherencia se considera un "requisito" y se concluye que no debe existir una divergencia injustificada entre los precios de los servicios mayoristas ADSL de NEBA y los de GigADSL y ADSL-IP: a tal fin se estableció un concreto precio en la media cautelar, en concreto 6.50 euros mensuales de cuota de acceso a ADSL NEBA.

A la hora de fijar los nuevos precios la CNMC constata " una importante divergencia entre los costes obtenidos del modelo y los de la contabilidad de 2011 para los mencionados componentes de red, siendo los costes de la contabilidad mucho más elevados. La contabilidad de 2012 (pendiente de verificación) indica una tendencia decreciente de los costes, situándose en un valor intermedio.

La presente resolución elimina la incertidumbre en los precios de NEBA, y lo hace con reducciones en muchos conceptos que hacen más atractivo el servicio en general y NEBA-cobre en particular. Muy en especial, el nuevo precio de la capacidad best- effort en PAI (14,56) supone reducir a menos de la mitad el precio cautelar vigente (32,62), situándolo en la parte baja de la horquilla de precios del benchmarking (véase anexo 4). Este precio tendrá necesariamente una importante influencia en la decisión del operador de migrar a NEBA, pues aplica a volúmenes de tráfico por usuario cuya tendencia es creciente e incierta (no así la cuota fija por acceso) y tiene mayor importancia relativa en el caso de NEBAcobre frente a NEBA-fibra. También se incluyen en esta resolución



*importantes reducciones en el coste de los puertos en PAI (ver apartado 5.4), que son los precios que deben asumir en primera instancia los operadores para ofrecer servicios basados en NEBA.*

*.....la coherencia entre servicios es un requisito contemplado en las propias obligaciones de los mercados; no debe penalizarse a las áreas sin cobertura NEBA con un diferencial de precios; y aun manteniendo la citada coherencia existen elementos suficientes de incentivo a la migración a NEBA."*

Continuando con el estudio de la resolución impugnada, a la vista de las alegaciones de la parte actora, se comprueba que, y esto no es discutido, se calcula un valor en función de los costes, que además tiene en cuenta otras consideraciones. Se insiste por la Administración en la relevancia para un proceso de determinación de precios en el que se consideran los costes, la contabilidad de costes, y el modelo de costes, de tener a la vista los datos obtenidos de la contabilidad y planes de negocio de Telefónica.

Entre otras consideraciones, se alude a que " *La contabilidad de costes es una herramienta que con sus ventajas e inconvenientes constituye una referencia de claro interés, especialmente para servicios que se han prestado ya durante varios ejercicios, como es el caso de GigADSL y ADSL-IP. Por este motivo, para las cuotas mensuales de dichos servicios se ha priorizado la contabilidad frente al modelo, lo cual es lógico para estos servicios ya muy consolidados en la contabilidad de costes.* "

La consecuencia que se extrae es que solo son válidos y actualizados los resultados del ejercicio a tomar en cuenta cuando se ha podido verificar la contabilidad y como los modelos de costes constituyen la principal referencia de costes para configurar los precios salvo el caso de las cuotas de los indirectos actuales de GigADSL y ADSL-IP.

**QUINTO** - La actora pone de relieve el "importante lapso temporal" existente desde el inicio del procedimiento hasta su finalización. Y concluye que deberían haberse impuesto los precios desde la fecha en que se adoptaron las medidas cautelares.

En el expediente consta que el 20 de junio de 2011 la CMT dirigió a Telefónica un requerimiento de información para la elaboración de un modelo de costes de los servicios NEBA y ADSL-IP. Con fecha 7 de julio de 2011 Telefónica presentó un recurso de reposición contra dicho requerimiento y el requerimiento fue reiterado por medio de escrito de fecha 25 de julio de 2011, una vez desestimado el recurso. Con fecha 5 de agosto de 2011, Telefónica respondió de forma incompleta al requerimiento, éste fue reiterado el 21 de septiembre de 2011 y con fecha 13 de octubre de 2011 se recibió escrito de Telefónica mediante el cual completaba su respuesta.

Entre el 10 de mayo y el 20 de diciembre de 2011 se formularon alegaciones por las distintas mercantiles interesadas en el expediente. El día 5 de octubre de 2011, se comunicó a los interesados la ampliación del objeto del procedimiento para incorporar la revisión de precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP.

Las medidas cautelares relativas a los precios de los servicios GIGADSL y ADSL-IP se adoptaron el 3 de mayo de 2012. Las medidas cautelares relativas a los precios del servicio NEBA se adoptaron el 19 de julio de 2012 por la CMT.

Mediante Resolución de la CMT de fecha 24 de enero de 2013, se acordó la apertura del trámite de información pública y la solicitud de informe a la Comisión Nacional de Competencia (CNC). El anuncio correspondiente fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 34, de 8 de febrero de 2013. Con fecha 23 de mayo de 2013, la CMT aprobó la Resolución por la que se acordaba notificar a la Comisión Europea (CE), a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y al Ministerio de Economía y Competitividad un proyecto de medida sobre los precios de los servicios GigADSL, ADSL-IP y NEBA.

Con fecha 6 de junio de 2013 la CMT recibió un requerimiento de información de la Comisión Europea (CE) en relación con el proyecto de medida notificado. Dicho requerimiento fue atendido por la CMT el 11 de junio de 2013. Con fecha 28 de octubre de 2013, en virtud del punto 5 del artículo 7 bis la Comisión Europea emitió una recomendación en la cual solicita a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) que modifique o retire el proyecto de medida.

Los precios que resultaron al final no son los mismos que se establecieron en las medidas cautelares, lo que ya constituye un argumento sólido en contra de la pretensión actora: lo ocurrido con posterioridad no ha sido irrelevante, máxime cuando el regulador nacional debió acoger modificaciones que efectúa la Comisión Europea en mayo del 2013. Y el descrito desarrollo del proceso pone de manifiesto que desde la adopción de las medidas cautelares, es la Administración la que ha llevado a cabo las sucesivas actuaciones, sin participación de Telefónica, y sin que la actora adoptase iniciativa alguna dirigida a la consolidación como precios definitivos de los adoptados como "cautelares", al igual que no formuló alegaciones sobre la fecha de efectividad de los precios en el trámite de audiencia.



De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso, al no apreciarse que concurra justificación alguna para declarar la pretendida retroactividad de los precios aprobados por la CNMC el día 30 de enero de 2014 en relación con los servicios mayoristas de banda ancha Gig-ADSL, ADLE-IP y NEBA en el expediente DT2011/739.

**SEXTO** -. Deben imponerse las costas de este recurso a la parte actora 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 **ORANGE ESPAGNE S.A.** contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 30 de enero de 2014 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 **no** tificará haciendo constar que contra la misma 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.