



Roj: **SAN 1279/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1279**

Id Cendoj: **28079230082017100155**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **06/03/2017**

Nº de Recurso: **188/2014**

Nº de Resolución: **117/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000188 / 2014

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01680/2014

**Demandante:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA

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

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

**Codemandado:** JAZZ TELECOM, ORANGE ESPAGNE, SAU

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

### **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 seis de marzo de dos mil diecisiete.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo n<sup>o</sup> **188/14**, 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 fecha 30 de enero de 2014, sobre revisión de precios de los servicios mayoristas de banda ancha, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el ABOGADO DEL ESTADO.



Se han personado como codemandadas las entidades **JAZZ TELECOM, SAU**, representada por la Procuradora **D<sup>a</sup>. Beatriz Pérez-Urruti Iribarren**, y **ORANGE ESPAGNE, SAU**, representada por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 30 de enero de 2014, por la que se revisan los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GigADSL, ADSL-IP y NEBA.

La cuantía del recurso se ha fijado como indeterminada.

**SEGUNDO:** Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de Derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, declare nula de pleno Derecho la Resolución de fecha 30 de enero de 2014 por la que se revisan los precios de los servicios mayoristas de Banda Ancha GigADSL y ADSL IP y NEBA, realizando el pronunciamiento siguiente:

I.- En atención a los Fundamentos de Derecho de la demanda:

*"Que se proceda a la anulación de la Resolución recurrida por la que se ha impuesto a mi representada una bajada de precios de los servicios GigADSL, ADSL IP y NEBA y se restituyan los precios que estuvieran vigentes antes de la fecha de entrada en vigor de la citada Resolución recurrida."*

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

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

La entidad codemandada JAZZ TELECOM, SAU, no contestó a la demanda, y en diligencia de ordenación de 26 de octubre de 2015 se tuvo por precluido el trámite.

En diligencia de ordenación de fecha 9 de mayo de 2016, se acordó acceder a la solicitud de ORANGE, teniéndola por sucedida en la posición procesal de JAZZ TELECOM, SAU.

**QUINTO:** Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la que de la propuesta fue admitida, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 1 de marzo del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se dirige el presente recurso contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 30 de enero de 2014, por la que se revisan los precios de los servicios mayoristas de banda ancha GigADSL, ADSL-IP y NEBA.

En dicha resolución se **RESUELVE** :

« **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 . »



En los "Antecedentes" de la resolución se expone que el expediente, inicialmente abierto para definir los precios del servicio NEBA, se amplió para incorporar la revisión de los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP. Que Vodafone presentó escrito en el que solicita la revisión cautelar de los precios de ADSL-IP. Por su parte, Orange presentó escrito solicitando la revisión urgente de los precios de los servicios actuales de acceso indirecto GigADSL y ADSL-IP. Y, abierto trámite de audiencia, Telecable de Asturias, S.A.U., Orange, Telefónica, BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U., Jazztel, Vodafone y Ono presentaron alegaciones. Que, con fecha 3 de mayo de 2012 se aprobó la Resolución por la que se adopta una medida cautelar en relación con los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP; en Resolución de fecha 4 de octubre de 2012, la CMT desestimó el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra dicha medida cautelar. Con fecha 19 de julio de 2012 la CMT aprobó la Resolución por la que se adoptaba una medida cautelar en relación con los precios del servicio NEBA, y mediante Resolución de fecha 31 de octubre de 2012, la CMT desestimó los recursos de reposición interpuestos contra dicha medida cautelar. Que 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), presentando alegaciones varios operadores e Informe la CNC y el Ministerio de Economía y Competitividad. Asimismo, se consigna que, con fecha 28 de octubre de 2013, en virtud del punto 5 del artículo 7bis 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.

Se razona, en los "Fundamentos Jurídicos" que la CNMC resulta competente para introducir cambios en las ofertas de referencia de acceso mayorista de banda ancha, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento MAN . Que en el Anexo 3 de la Resolución sobre los mercados 4 y 5 se disponen las obligaciones a imponer en el mercado 5, en concreto, se impuso a Telefónica la obligación de ofrecer los servicios de acceso mayorista de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción ( arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento MAN ; art. 13 de la Directiva de Acceso .

Sobre las objeciones y dudas que había manifestado la Comisión Europea, se manifiesta que: *"Dado que la CMT no modificó ni retiró el proyecto de medida antes del 27 de septiembre, en virtud del punto 5 del artículo 7bis la Comisión Europea ha emitido el 28 de octubre una recomendación en la que solicita a la CNMC (cuya puesta en funcionamiento tuvo lugar el 7 de octubre) que lo modifique o lo retire, y en la que se incluyen propuestas a tal efecto.*

*Los plazos indicados en el citado artículo 7bis se han cumplido ya, de modo que la CNMC puede ya adoptar la medida presentando la justificación motivada de su no retirada o modificación, según lo establecido en el punto 7 del mismo artículo 7bis."*

Se añade que *"teniendo en cuenta las respuestas de la consulta pública y las observaciones de la Comisión Europea y el ORECE al proyecto de medida, esta CNMC ha procedido a completar la revisión de precios..."*

Se razona que Telefónica ofrece los servicios mayoristas de banda ancha denominados GigADSL y ADSL-IP, y el nuevo servicio NEBA, que se comercializa desde el 1 de julio de 2012.

Se expone que la revisión de precios habrá de realizarse en función de las circunstancias concurrentes en el mercado y de la conciliación de la competencia efectiva con la promoción de la inversión en infraestructuras, dentro del margen de apreciación de que goza la CNMC para ponderar ambos aspectos; teniendo presente la obligación impuesta a Telefónica de orientación a costes aplicable a los servicios del mercado 5, la Recomendación de la Comisión Europea relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA), sobre la necesaria imposición de la orientación a costes, y la Recomendación sobre obligaciones de no discriminación y metodologías de costes, en la que se plasma un cambio muy claro en el tratamiento de la cuestión de la regulación de los precios de acceso a productos de banda ancha por parte de la CE. Si bien, dado que la actual medida se refiere a la concreción de las obligaciones impuestas en la resolución de Mercados 4 y 5 de 2009, no procede en este procedimiento analizar la implementación de las alternativas descritas en las mencionadas Recomendaciones. Pero en la regulación de los precios de los productos sobre fibra, es fundamental tener en cuenta la evolución indicada de las Directivas y la Recomendación de la CE de 2013, así como el momento actual de despliegue de las redes NGA.

Se concluye que hay que 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, de dos redes de diversa índole (la red legada de cobre y la nueva red de fibra), y el riesgo específico de la transformación de la red de cobre en una red de fibra óptica. Y, al mismo tiempo, proporcionar los incentivos suficientes para la inversión en redes alternativas.



Se justifica la necesidad de revisar los precios de los servicios GigADSL y ADSL-IP por la íntima conexión de esos servicios con NEBA, ya que forman parte del mismo mercado mayorista, y NEBA y ADSL-IP usan, además, numerosos elementos de red comunes. Si bien el servicio NEBA está destinado a sustituir a los servicios GigADSL y ADSL-IP, su cobertura incompleta en accesos de cobre (NEBA-cobre) obligará a que en las zonas en las que no esté disponible deberán seguir ofreciéndose GigADSL y ADSL-IP como servicios regulados, según lo previsto por la resolución de los mercados 4 y 5, por lo que los precios deben seguir siendo fijados conforme al criterio de orientación en función de los costes, manteniendo al mismo tiempo la coherencia de los precios de acceso.

En cuanto a los precios del servicio NEBA, partiendo de lo establecido en el artículo 11.3 del Reglamento MAN, conforme al cual el principio de orientación a costes supone que los precios se determinan en función de los costes incluyendo una tasa razonable de rendimiento de la inversión o retorno del capital, se expone la metodología de cálculo del coste del capital medio ponderado (WACC) de los operadores declarados con poder significativo de mercado y de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación, conforme a las resoluciones de 13 de diciembre de 2012 y 28 de febrero de 2013. Se determina en el 5% el margen de costes comunes que se aplicará cuando sea preciso en los precios de los servicios GigADSL, ADSL-IP y NEBA.

Considerando que los resultados de costes de 2011 suponen una reducción de un 10% y un 21% en el coste medio por conexión de GigADSL y ADSL-IP respectivamente respecto los resultados de 2007, lo que ya dio lugar a la reducción de las cuotas establecidas cautelarmente respecto de los precios entonces vigentes, se reconoce la necesidad de un mayor ajuste de los precios atendiendo a los datos de costes disponibles. Dando más peso a los resultados de la contabilidad de costes ya verificada, pues se trata de una herramienta con la que ya se dispone de amplia experiencia en la fijación de los precios de los indirectos actuales. Más aún, dada la inminente desregulación de los servicios GigADSL y ADSL-IP en las zonas con cobertura NEBA, no parece oportuno relegar dicha herramienta de referencia de cálculo de costes de dichos servicios.

Se concluye que la contabilidad y el escenario sin IPTV se ubican en un nivel de precios muy similar, y a su vez se encuentran ambos dentro de la horquilla de precios del benchmarking. Por contra, los resultados del escenario base se sitúan significativamente muy por debajo de cualquier otra referencia disponible.

La propuesta de precios basada en la contabilidad de costes verificada supone, además, una reducción porcentual del 18% con respecto a las cuotas vigentes (o lo que es lo mismo, supresión del mark-up del 23% que presentan las cuotas vigentes sobre la contabilidad). Esta reducción está plenamente alineada con el objetivo de orientar los precios en función de los costes, eliminando el mark-up que presentan los precios sobre la referencia más adecuada de que se dispone para los servicios GigADSL y ADSL-IP provincial, que son los resultados de la contabilidad de costes. En cuanto a las cuotas de ADSL-IP nacional, procede aplicar una reducción en la misma proporción (18%) para mantener la coherencia de los precios de los diversos niveles de acceso.

Concretada la propuesta de cuotas para las distintas modalidades, en los servicios GigADSL y ADSL-IP se aplica un recargo mensual a las conexiones sin servicio telefónico (los accesos naked) para sufragar el coste de acceso de par de cobre. Y, por coherencia, idéntico recargo se considera de aplicación a las conexiones sin servicio telefónico del servicio NEBA sobre cobre.

Se expone que las peticiones de alta o cambio de modalidad tanto en los actuales servicios de acceso indirecto GigADSL y ADSL-IP como en el nuevo indirecto NEBA, están sujetas a una cuota no recurrente que depende del supuesto considerado. Que las actuaciones vinculadas a las cuotas no recurrentes de NEBA son equivalentes al caso de los servicios actuales GigADSL y ADSL-IP. Se establecen como cuotas no recurrentes para los accesos GigADSL, ADSL-IP y NEBA xDSL los resultados del modelo de costes.

Se analiza y da respuestas a las solicitudes de Telefónica y a las alegaciones de los otros operadores.

**SEGUNDO:** En el escrito de demanda de este recurso combate la entidad actora la anterior resolución, invocando los siguientes motivos de impugnación:

1.- La resolución recurrida no ha sido motivada de forma suficiente.

Alega que si bien la CNMC goza de discrecionalidad en su actuación para imponer obligaciones como las que nos ocupan en este procedimiento, ésta no debe excederse en su competencia y vulnerar principios legales. Para ello, debe tener en cuenta todos los intereses en juego, la documentación aportada, y los actos propios siendo en todo momento congruente y precisa una fundamentación jurídica que motive no sólo los conceptos facturables de los Servicios GigADSL, ADSL IP y NEBA, sino cómo se alcanzan los precios de los servicios. Que en este tipo de procedimientos, cuya orientación a costes es incuestionable, se debe tener en cuenta que Telefónica debe obtener una tasa de retorno del capital incluyendo la prima de riesgo y una serie de gastos



comunes. Que dado que la CNMC establece una obligación a Telefónica, la resolución recurrida debe ser objetiva, transparente, proporcionada y no discriminatoria, en virtud del 11.5 LGTel y por ende, la metodología utilizada y la ponderación de cada referencia utilizada debería ser transparente y objetiva con el fin de evitar que la actora vea limitado su derecho a aportar documentación o información adicional que permita, al menos, defender sus intereses. Que la resolución debe ser motivada pues su decisión ha provocado un perjuicio económico importante a la actora, y se le está privando de recuperar sus costes reales y obtener un margen de retorno razonable. Que la Resolución recurrida, a la hora de imponer la obligación a Telefónica de ofrecer los Servicios mayoristas GigADSL, ADSL IP y NEBA a un precio determinado, debe respetar, en todo caso, el principio de orientación a costes y además, la metodología, esto es, el medio utilizado para imponer los precios, debe cumplir lo dispuesto en el artículo 3, en relación con el artículo 11 y 13 de la derogada LGTel (principios éstos que se mantienen en el artículo 12 de la vigente LGTel).

Añade que la Resolución recurrida no motiva suficientemente la metodología utilizada para fijar los diferentes precios, pues las referencias utilizadas para aplicar cada una de las cuotas de alta mensuales para los servicios no siguen un criterio uniforme. Y las referencias utilizadas, contabilidad de costes, comparativa internacional y los modelos de costes, son tan dispares que no confirman una tendencia. Que los modelos de costes elaborados por las consultoras externas resultan completamente desproporcionados a la baja con respecto del resto de referencias utilizadas y la CNMC en la resolución recurrida reconoce su falta de fiabilidad, por lo que es una referencia que no debería haberse tenido en cuenta o por lo menos, que debería haberse motivado de forma suficiente su grado de utilización. En la comparativa internacional, la CNMC no motiva las razones por las que solo se utilizan los datos de Alemania, Francia, Italia y Reino Unido, cuando en otras comparativas se han utilizado otros países, lo que provoca inseguridad jurídica a la actora.

El principio de orientación a costes supone que los precios se determinan en función de los costes incluyendo una tasa razonable de rendimiento de la inversión o retorno del capital, conforme dispone el art. 11.3 Reglamento de Mercados. En cuanto a la tasa de retorno del capital, incluyendo la prima de riesgo y el margen de costes comunes, la Resolución recurrida viene a establecer unos porcentajes derivados de resoluciones que no son objeto de este expediente y que han resultado aplicables para la revisión de los precios del servicio desagregado, sin que se motiven las razones que llevan a aplicar el mismo porcentaje cuando se trata de servicios diferentes. Lo que evidencia la falta de transparencia en cuanto a la metodología utilizada por la CNMC, contraviniendo lo dispuesto en el art. 3.3 de la Directiva de Acceso y el artículo 13 LGTel.

2.- Arbitrariedad de la CNMC en la potestad administrativa de supervisión de los precios de los servicios objeto de este procedimiento que resulta contraria al principio de confianza legítima. Infracción del 3.1 LRJPAC Y 9.2 CE.

Se alega que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia coinciden en la necesidad de una ponderación de los intereses en conflicto que, en este caso serían los de Telefónica, los de los operadores y los de los usuarios finales.

Las obligaciones que Telefónica debe cumplir y CNMC garantizar mediante la fijación de unos precios que cumplan los requisitos establecidos en el art 13.1 e) de la LGTel, 11 del Reglamento de Mercados y art. 13 de la Directiva de Acceso son:

- Permitir la recuperación de los costes incluyendo la prima de riesgo que el desarrollo de las nuevas infraestructuras de acceso pudiera conllevar;
- Replicabilidad de las ofertas minoristas de banda ancha de Telefónica;
- Asegurar los incentivos económicos suficientes para asegurar el desarrollo de redes alternativas, la inversión eficiente y la competencia sostenible;
- Asegurar la coherencia de las tarifas de los servicios mayoristas.

Con la Resolución recurrida, la CNMC ha propuesto una reducción de precios para el servicio NEBA sobre los inicialmente aprobados mediante medida cautelar y, en lugar de definir las condiciones de extinción para los servicios ADSL IP y GiGADSL, parece querer la perpetuar estos servicios fijando el mismo precio que para el nuevo servicio NEBA y aplicando un nuevo descenso del adoptado mediante medida cautelar. Por ello, los incentivos al despliegue de Redes de Nueva Generación pueden verse afectados por cualquier precio que sea artificialmente bajo. Los beneficiarios de la Resolución recurrida son los operadores alternativos y el mayor perjudicado es Telefónica, que no obtiene un retorno de su inversión, lo que va en detrimento con el fin perseguido por el artículo 3 LGTel que, en sí mismo, persigue una búsqueda de un interés general que está por encima de los intereses patrimoniales de los operadores alternativos.



Concluye que la resolución objeto del presente recurso es nula de pleno derecho puesto que provoca a la recurrente un perjuicio económico sin que haya quedado suficientemente probado que su adopción favorezca al interés general y sin que haya quedado acreditado que se hayan respetado los principios de transparencia y objetividad que rigen en el sector de las telecomunicaciones.

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

Expone que las herramientas fundamentales con las que contó la CMT para la determinación de los precios fueron, por un lado, la contabilidad de costes de Telefónica, que recoge los costes de los servicios GigADSL y ADSL-IP ya desde hace varios ejercicios y, por otro, los modelos de costes encargados a consultoras externas, siendo dichos modelos una referencia imprescindible en el caso de NEBA, dado que se trata de un servicio nuevo y por tanto aún no reflejado en la contabilidad de Telefónica.

La CMT proponía situar determinados precios en niveles superiores a lo que sería el estricto resultado de costes, ya que consideraba que se daba un contexto de oportunidad para la competencia en infraestructuras de nuevas redes de acceso, de modo que los precios debían incluir un retorno comercial atractivo que enviase señales adecuadas al mercado para apoyar este tipo de inversiones.

La CNC emitió informe contrario a la tesis anterior. Reclamaba que se fijaran los precios en función de los costes sin márgenes adicionales. La CNC señaló que los precios mayoristas elevados pueden reducir la capacidad y los incentivos de los operadores a invertir en redes de nueva generación alternativas y podrían llevar a una reducción de la presión competitiva de los operadores alternativos, lo que puede perjudicar a los consumidores en forma de mayores precios y peor servicio.

Finalizada la consulta pública, en mayo de 2013 se notificó el proyecto de medida a la Comisión Europea (CE), que remitió una carta de serias dudas el 27 de junio, lo cual implicó que la medida no pudo adoptarse en los tres meses siguientes; dudas que fueron compartidas en cierta medida por el ORECE y que se referían a la inclusión en los precios de márgenes excesivos de sobre costes, así como a la falta de transparencia e insuficiente justificación de la metodología de cálculo.

La CMT no retiró ni modificó el proyecto de medida. Con posterioridad, el 7 de octubre de 2013, se produjo la entrada en funcionamiento de la CNMC. El 28 de octubre la CNMC recibió la recomendación de la CE en la que se le solicitaba que modificase o retirase la propuesta de precios de la CMT.

La resolución modificó sustancialmente el proyecto de medida instruido por la extinta CMT, integrando de manera coordinada los criterios de regulación y supervisión de las antiguas CMT y CNC. Dando respuesta a las serias dudas de la CE y a los comentarios del MINECO.

Partiendo de estos antecedentes, razona la Abogada del Estado, en síntesis, que resulta de todo punto contradictorio que Telefónica aporte como argumentos de su recurso unos comentarios que la CNC, el MINECO, la CE y el ORECE efectuaron en el trámite de información pública y la notificación del proyecto de medida a la Comisión, y que tuvieron como consecuencia precisamente que la resolución final fuese enmendada en aspectos sustanciales atendiendo a dichas observaciones. Destacando que la postura de la CNC está recogida en la misma resolución, dado que dicho organismo y la CMT se integraron en la actual CNMC antes de que se adoptase la decisión aquí recurrida. Por lo que carece de fundamento la denuncia de falta de coherencia y transparencia en la utilización de las diferentes referencias de costes de que disponía la CNMC. Que es ejemplo de transparencia que los modelos de costes utilizados fueron publicados en la web de la CMT durante el trámite de información pública, y en la resolución se proporcionan los parámetros numéricos relevantes correspondientes a los supuestos e hipótesis de entrada considerados. Los modelos reflejan los costes de un operador eficiente, lo cual es acorde con las mejores prácticas y las recomendaciones de la Comisión Europea.

En los casos en que el precio fijado se aparta de los resultados del modelo, se ha justificado adecuadamente en la resolución, como sucede con los servicios GigADSL y ADSL-IP, para los cuales el precio se ha basado en los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica. Y en el caso del servicio NEBA, al tratarse de un servicio nuevo, todavía no está reflejado en la contabilidad de Telefónica, por lo que los resultados del modelo de costes adquieren una especial trascendencia.

Sobre la orientación a costes, razona la Abogada del Estado que las modificaciones efectuadas supusieron la reducción de algunos de los precios, dado que se eliminaron una serie de mark-up sobre costes que se consideraban arbitrarios e injustificados, al apartarse de los resultados orientados a costes que ofrece el modelo. Telefónica aboga por mantener dichos mark-up, en detrimento de los operadores, argumento que no tiene nada que ver con cuestiones metodológicas, sino con sus intereses económicos, en detrimento de los de los operadores alternativos. Que la resolución, en su fundamento sexto, detalla motivadamente las modificaciones adoptadas atendiendo a la recomendación de la CE, que manifestó serias dudas de que el



establecimiento de niveles de precios hasta un 50% por encima de los niveles de eficiencia con respecto a costes pudiera contribuir a salvaguardar y fomentar la competencia. La resolución atendió a dicha observación y suprimió los mark-up, lo cual conllevó una significativa reducción de los precios.

Considera que la demanda de Telefónica carece de fundamento, por cuanto se basa, en gran medida, en apreciaciones efectuadas por la Comisión Europea, la CNC y el MINECO a un proyecto de medida que fue revisado en aspectos esenciales, precisamente a causa de dichas apreciaciones, y no se refieren al contenido de la resolución finalmente aprobada. Por lo demás, Telefónica aboga por precios superiores a los establecidos por la CNMC, mientras que las observaciones de la CE y la CNC solicitaban la supresión de los márgenes sobre costes y, por ende, la reducción de los precios. En contra de lo alegado por Telefónica, los criterios y metodología utilizados por la CNMC fueron perfectamente detallados y motivados. Los precios fijados satisfacen adecuadamente el objetivo regulatorio de fomentar la competencia entre operadores, al tiempo que salvaguardan los necesarios incentivos a la inversión en redes alternativas.

**CUARTO:** La codemandada, ORANGE ESPAGNE, SAU, se opone también al escrito de demanda, alegando que Telefónica denuncia falta de motivación y arbitrariedad de la resolución impugnada, sin acreditar ni justificar que ello sea así. Que el expediente de revisión de precios se demoró durante años, pese a ser evidente que los precios establecidos para el acceso indirecto eran excesivos y contrarios a derecho, lo que obligó a la adopción de medidas cautelares que establecieron, con carácter provisional, los precios del servicio mayorista, inferiores en un 14% a los vigentes hasta entonces en los superiores en un 18% a los determinados definitivamente por la resolución recurrida. Dado que se establecía la vigencia los nuevos precios desde su aprobación, la Comisión permitió a Telefónica un enriquecimiento injusto a costa de los demás operadores, al haber mantenido durante cinco años unos precios no orientados a costes.

Considera que la resolución impugnada se ha dictado de acuerdo con la normativa sobre revisión de precios y se ha motivado correctamente, siendo conforme con lo previsto en el artículo 13 de la Directiva de Acceso, los artículos 11 y 13 de la LGT y en los artículos 10.2 y 11 del Reglamento de Mercados, así como con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo ( STS 06/10/10 y 10/02/14 ). En dicha resolución la CNMC, haciendo uso del margen de discrecionalidad del que dispone, adoptó la metodología de cálculo de los precios, sin que Telefónica acredite que tal opción sea arbitraria o irrazonable, por lo que no cabe hablar de nulidad o anulabilidad que la resolución.

La resolución no es arbitraria, como denuncia la recurrente, que no acredita las afirmaciones que realiza en relación con la protección del interés público, siendo lo cierto que cualquier reducción de los costes se trasladó inmediatamente al consumidor, a fin de ofrecer tarifas más atractivas. Tampoco acredita Telefónica su alegación en cuanto a la desincentivación de las inversiones. Por otra parte, alega arbitrariedad en la resolución haciendo referencia a la propuesta, que no fue finalmente aprobada en los mismos términos.

**QUINTO:** Planteado el litigio en los términos expuestos, hemos de concluir que ninguno de los dos motivos en los que se fundamenta el recurso pueden ser acogidos, a la vista de los fundamentos de la resolución recurrida y de las actuaciones que integran el expediente administrativo, pues se basan en consideraciones subjetivas de la parte actora, carentes de respaldo probatorio y que, además se asientan en hechos y datos que no coinciden con los que se derivan del expediente.

Efectivamente, como ya se ha expuesto en el fundamento primero, la resolución no sólo hace una detallada exposición sobre la situación que dio lugar a la incoación del expediente de revisión de precios de los servicios mayoristas de banda ancha, habiéndose tramitado previamente expediente de revisión cautelar, que se resolvió en resoluciones de la CMT de 3 de mayo 4 de octubre de 2012, de las que ha conocido esta Sala y Sección (St. 03/11/14, rec. 758/12), sino que justifica la necesidad de introducir cambios en las ofertas de referencia de acceso mayorista de banda ancha para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva de Acceso ( art. 9.2), en el Reglamento MAN (art. 7.3) y a lo dispuesto en el Anexo 3 de la resolución sobre los mercados 4 y 5, que, entre las obligaciones que se imponen a Telefónica, se establece la de ofrecer los servicios de acceso mayorista de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción. Asimismo se recogen y valoran las alegaciones e informe presentados en trámite de audiencia, especialmente el informe de la CNC, así como las observaciones de la Comisión Europea y el ORECE, al proyecto de medidas inicialmente elaborado por la CMT.

Siendo, precisamente, tales observaciones y recomendaciones las que determinan que la CNMC modifique los criterios y precios que se proponían inicialmente por la extinta CMT, teniendo en cuenta no sólo la orientación a costes (incluyendo una tasa de rendimiento de la inversión o retorno del capital y prima de riesgo) sino también la necesidad de proporcionar y garantizar incentivos suficientes para la inversión en redes alternativas. Y ello teniendo en cuenta la coexistencia en el mismo mercado mayorista de los servicios GigADSL, ADSL-IP y NEBA.



Se explica en la resolución la evolución de costes, las herramientas tenidas en cuenta para su valoración, la circunstancia de la inminente desregulación de los servicios GigADSL y ADSL-IP, el modelo empleado, partiendo de la contabilidad de costes verificada, eliminando el mark-up, la necesidad de aplicar un recargo mensual a las conexiones sin servicio telefónico sobre cobre, etc.

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 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 de 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.

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

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

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





## FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D<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 fecha 30 de enero de 2014, a la que la demande se contrae, que confirmamos por su adecuación a derecho.

Con condena en costas a la actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS