



Roj: **SAN 1605/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1605**

Id Cendoj: **28079230082014100238**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **18/03/2014**

Nº de Recurso: **715/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1605/2014,**
STS 5574/2016

SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

VISTOS por la *Sección Octava* de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **715/2011**, promovido por el Procurador de los Tribunales **don Manuel Lanchares Perlado**, en nombre y representación de **Telefónica de España, SAU**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de abril de 2011, sobre revisión de precios.

Ha comparecido la Abogacía del Estado en la representación que legalmente le corresponde, **Vodafone España, SAU**, representada por el Procurador de los Tribunales **don Cesáreo Hidalgo Senén y France Telecom España, SAU**, representada por el Procurador de los Tribunales **don Roberto Alonso Verdú**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de abril de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Acuerdo sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, SAU, cuya parte dispositiva contiene, en lo que aquí nos interesa, el siguiente pronunciamiento:

Primero.- Modificar el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado y el recargo mensual para las conexiones de acceso indirecto sin servicio telefónico se establecen en los valores indicados en los apartados 1 y 5.

Segundo.- Modificar el apartado de precios de la oferta de AMLT, de manera que las cuotas mensuales de la línea analógica y del acceso básico de RDSI pasan a ser las indicadas en el apartado 6.

Tercero.- Modificar el apartado de precios de la oferta MARCo, de manera que las cuotas mensuales pasen a ser las indicadas en el apartado 7.

Cuarto.- Los nuevos importes, salvo indicación expresa en otro sentido, serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución.

Contra dicho Acuerdo la representación procesal de Telefónica de España, SAU, interpuso recurso contencioso-administrativo.

Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos.



En dicha demanda formula en síntesis las siguientes alegaciones: a) la CMT infringe el ordenamiento jurídico al haber sobrepasado los límites de su propia potestad discrecional en materia de precios de servicios regulados, potestad limitada por la normativa de aplicación, por los actos administrativos generales dictados por la CMT y por la adecuada satisfacción de los fines que deben inspirar el ejercicio de dicha potestad; b) la comparativa de precios llevada a cabo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es ajustada a Derecho.

Termina solicitando a la Sala que dicte sentencia "por la que, estimando el recurso: a) declare inválida y contraria a Derecho la cuota mensual de acceso completamente desagregado al bucle de abonado establecida en el `Resuelve primero de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de abril de 2011; b) disponga la aplicación, en su sustitución, i) de un precio de 9,14 euros/mes o, ii) subsidiariamente, del precio que determine la propia sentencia o, en su ejecución, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que en todo caso habrá de ser superior al precio fijado de 8,23 euros/mes; c) declare la aplicación del nuevo precio a partir de la misma fecha de eficacia de la Resolución recurrida".

SEGUNDO.- Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia por la que se desestime el recurso.

Tras concretar el objeto del recurso formula las siguientes alegaciones: a) la revisión de precios realizada por la CMT se ha efectuado de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el mercado y la competencia efectiva con la garantía de inversión, ponderándose ambos aspectos; b) inexistencia de arbitrariedad y de desviación de poder, pues la CMT pretende salvaguardar la promoción de la competencia e incentivar una inversión eficiente; c) adecuación a derecho de la metodología empleada para la determinación de la cuota mensual de acceso al bucle de abonado.

En trámite de contestación a la demanda la representación procesal de France Telecom España, SAU, interesa una sentencia por la que se den por válidas las pretensiones formuladas, así como la consecuente desestimación del recurso.

La codemandada plantea que goza de una posición de independencia en defensa de sus intereses, que puede no coincidir totalmente, como en el caso sucede, con los de la Administración demandada y sí en parte con los de la recurrente, posición de independencia que es plenamente congruente con la obtención de un pronunciamiento favorable a su postura.

A estos efectos formula las siguientes alegaciones: a) errónea fundamentación de la revisión de costes en la contabilidad de Telefónica de España, SAU, y de la comparativa empleada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, adoleciendo la Resolución impugnada de vicio de arbitrariedad; b) en cuanto a la imputación de costes e ingresos al acceso desagregado al bucle, los resultados de la contabilidad no son concluyentes sobre la necesidad de revisar al alza la cuota de acceso completamente desagregado al bucle, sobre todo teniendo en cuenta los ingresos reales que está obteniendo Telefónica de España; c) el examen de la situación del mercado desaconseja el sentido de lo acordado en la Resolución recurrida; d) la revisión acordada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha realizado bajo un enfoque superficial de la problemática de fondo que presenta el actual nivel de competencia en el mercado de banda ancha español y su desarrollo, sin considerar el fomento de la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados y la maximización del beneficio del consumidor, así como la exigencia de la guarda de una proporción entre el problema detectado y la proporción de la medida escogida.

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental y pericial propuestas por las partes personadas, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 17 de abril de 2013 se tuvo por precluido el trámite para contestar a la demanda de Vodafone España, SAU.

Por escrito presentado el 6 de septiembre de 2013 la representación procesal de Vodafone España, SAU, manifestó su voluntad de apartarse del procedimiento.

QUINTO.- Practicadas las pruebas se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyaron sus pretensiones.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 26 de febrero de 2014.

SÉPTIMO.- La cuantía de este recurso es indeterminada.



Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de abril de 2011, por la que se resuelve sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, SAU, según los términos que han quedado expuestos.

Es preciso señalar que el Acuerdo de 7 de abril de 2011 ya fue objeto de examen por esta misma Sala en su sentencia de 10 de febrero de 2014, dictada en el recurso 1141/2011, al resolver el recurso formulado por otro operador contra el Acuerdo de la CMT de 22 de septiembre de 2011, que desestima el recurso de reposición deducido frente al primero. La sentencia desestimó el recurso.

SEGUNDO.- Con carácter previo a cualquier otra consideración es menester examinar la conducta procesal de France Telecom España, SAU, cuestión ya resuelta por esta Sala en anteriores sentencias en aplicación del criterio sustentado por el Tribunal Supremo en el sentido de que sus alegaciones deben tenerse por no hechas.

En efecto, ex artículo 21.1.b) LRJCA, se consideran parte demandada "Las personas o entidades cuyos derechos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante".

A estos efectos, nuestro Alto Tribunal, bien que con referencia a la antigua Ley de la Jurisdicción, señala en sentencia de 23 de abril de 2003 que "el artículo 96.3 de la Ley Jurisdiccional reconoce legitimación para interponer el recurso de casación a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento a que se contraiga la Sentencia o resolución recurrida. Sin embargo, al codemandado, según la Sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 1999, no puede reconocérsele otra actividad procesal que la enderezada a defender la legalidad de los actos impugnados en el proceso ni, en consecuencia, legitimación para interponer recurso de casación contra una sentencia desestimatoria de las pretensiones ejercitadas contra aquéllos. En el mismo sentido se pronuncian los autos de esta Sala de 9 de junio de 2000 y 22 de enero de 2001 el último de los cuales declara que en tales casos no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues como titular de derechos e intereses legítimos la parte pudo actuar en su momento como recurrente impugnando la resolución de que se trata".

Más recientemente el mismo Tribunal, en sentencia de 22 de febrero de 2006, en este caso ya con relación a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pone de manifiesto que

"... aún cuando la figura del coadyuvante ha desaparecido con la nueva Ley Jurisdiccional y la legitimación para el ejercicio de acciones frente a la Administración se regule de forma que englobe a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sin embargo, ello no implica la posibilidad de que dichos interesados puedan personarse en un recurso interpuesto por otro interesado fuera del supuesto contemplado en el apartado 21.1.b) de la Ley. En efecto, el artículo 19 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regula la legitimación activa ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, estableciéndose en los artículos 31 y siguientes, al demandante, como la única persona que puede pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. De otro lado, es el artículo 21 de la Ley, el que regula la figura del interesado en el proceso, cuya personación se produce después de haberse iniciado éste, y cuyos derechos o intereses legítimos son contrarios a los del demandante, ya que pueden quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

"Por tanto, en lo único que ha cambiado la regulación actual es en la desaparición de la figura del coadyuvante, entendiéndose que todo el que se persone en el recurso como titular de un derecho subjetivo o interés legítimo para sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta de la Administración, actúa como codemandado, pero si con la Ley Jurisdiccional de 1956 no se acogía la figura del coadyuvante del demandante, con la actual tampoco se permite la posibilidad de personarse como tercero interesado con pretensiones contrarias al acto recurrido y en apoyo de las tesis del demandante.

France Telecom España, SAU, se ha personado en las presentes actuaciones en calidad de parte codemandada, y como tal se le tuvo en la diligencia de ordenación de 2 de septiembre de 2011, si bien en su escrito de contestación a la demanda abandona esta posición procesal para convertirse en parte recurrente, pues aunque en el suplico del mismo solicita "la consecuente desestimación del recurso", lo cierto es que prácticamente toda su argumentación se desarrolla en sentido contrario, y bien lo dijo, no sin cierta ambigüedad, en el Fundamento de Derecho de carácter material Cuarto: "El examen de la situación del mercado desaconseja el sentido de lo acordado en la Resolución recurrida". La Sala estima que France



Telecom España, bajo el prisma de que "goza de una posición de independencia en defensa de sus intereses, que puede no coincidir totalmente, como en el caso sucede, con los de la Administración demandada y sí en parte con los de la recurrente, posición de independencia que es plenamente congruente con la obtención de un pronunciamiento favorable a su postura", lo cierto es que prácticamente formula una oposición en toda regla frente a la resolución combatida por Telefónica de España, SAU, que no por ella.

Esta conducta procesal no puede ser admitida por la Sala, pues France Telecom España, haya o no deducido recurso contencioso-administrativo frente a la resolución que aquí se combate, se ha personado en calidad de parte codemandada, "posición procesal en la que únicamente podría apoyar la desestimación del recurso", no pudiendo pretender prácticamente lo contrario.

Este cambio de posición procesal es contrario a la ley, de modo que, como señalara la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006, y más recientemente la de 23 de noviembre de 2010, "si bien la Sala no puede inadmitir el proceso en relación con quien no es demandante en el mismo, si puede desconocer la posición de la demandada que no postula el rechazo del recurso sino que por el contrario pretende su estimación".

En atención a las precedentes consideraciones la Sala tiene por no hechas las alegaciones realizadas por France Telecom España, SAU.

TERCERO.- Como ya hemos avanzado la representación procesal de Telefónica de España alega en primer término que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones infringe el ordenamiento jurídico al haber sobrepasado los límites de su propia potestad discrecional en materia de precios de servicios regulados, potestad limitada por la normativa de aplicación, por los actos administrativos generales dictados por la CMT y por la adecuada satisfacción de los fines que deben inspirar el ejercicio de dicha potestad.

Plantea la actora que si bien las autoridades reguladoras gozan de un amplio margen de discrecionalidad para establecer los niveles de precios aplicables a las ofertas de referencia, sin embargo las técnicas de control de los precios de los operadores están uniformadas en UE y son objeto de recomendaciones vinculantes de la Comisión.

Señala que aunque en la Resolución impugnada se diga que se ha fijado el precio mensual de alquiler del bucle desagregado atendiendo, exclusivamente, a una comparativa internacional y teniendo en cuenta también el precio que resulta de la contabilidad, esto último, sin embargo, no es así pues el precio establecido por la CMT no resulta de la contabilidad de costes, habiendo tenido solo en cuenta la comparativa internacional. Conforme al Reglamento de Mercados la CMT no está facultada para fijar precios atendiendo a esa comparativa cuando el sistema de control de los precios de acceso al bucle de Telefónica es el de orientación a costes.

Seguidamente alega que la CMT infringe el principio de orientación a costes por haberse aprobado un precio que no permite a Telefónica recuperar los costes incurridos en la prestación del servicio de alquiler mensual del bucle desagregado, más un margen razonable de beneficio, como así se acredita en el informe pericial que acompaña. Y si bien "orientación a costes" no equivale a "equivalencia de costes", disponiendo el Regulador de un margen de discrecionalidad, lo que no puede Telefónica es perder dinero a consecuencia del precio fijado por la Comisión.

Mantiene que la obligación de orientación a costes de los precios permitiendo una rentabilidad razonable de la inversión se encuentra recogida en la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 "las autoridades de reglamentación tendrán en cuenta la inversión realizada y permitirán una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido habida cuenta de los riesgos afrontados"- y en la normativa nacional - artículos 13.e) LGTel y 11 del Reglamento de Mercados -, y aunque esta mecánica es aceptada por la CMT, sin embargo, ésta termina aprobando un precio inferior al que resulta de la contabilidad de costes.

Finalmente señala que si bien Telefónica tiene la obligación de permitir a terceros el uso de su red de telecomunicaciones a un precio fijado administrativamente, limitación que tiene su justificación en el artículo 33.2 CE, lo que supone una restricción a las facultades inherentes al derecho de propiedad de Telefónica sobre su red, la limitación al derecho de propiedad debe respetar los requisitos que la Norma Fundamental establece para toda limitación de la propiedad. Siendo esto así, tal limitación no debe impedir al propietario obtener una rentabilidad económica razonable. En suma, alega, Telefónica se ve obligada a sufrir pérdidas en la cuenta de desagregación del bucle de abonado, pérdidas que atentan al núcleo esencial del derecho de Telefónica a su propiedad y que constituyen una injustificada y desproporcionada vulneración del principio de orientación a costes.

Con base en estos presupuestos la representación procesal de Telefónica de España, SAU, plantea que la Resolución impugnada infringe la LGTel y el Reglamento de Mercados -artículo 11-, que aluden a la aprobación



de sistemas de control de precios y de contabilidad de costes, contrariando el principio de seguridad jurídica e incurriendo en arbitrariedad, pues mediante un acto administrativo de fijación de precios altera la metodología de determinación de éstos establecida con carácter general en actos previos de la CMT. Una vez aprobado el sistema de control de precios y, en su caso, un sistema de contabilidad de coste, la CMT no puede apartarse de ellos en las resoluciones concretas que dicte aprobando los precios de los servicios regulados. En este caso la Resolución impugnada se aparta del principio de orientación a costes al considerar que la metodología en vigor no ofrece una visión adecuada de los costes en que incurre Telefónica.

Alega también que el Acuerdo impugnado resulta manifiestamente arbitrario, pues prescinde del sistema de control de precios impuesto a Telefónica y del sistema de contabilidad de costes aprobado por la propia CMT. Esto es así, dice, porque: a) Telefónica no ha variado de forma sustancial en los últimos años y la eventual sobrecapacidad carecería de relevancia significativa; b) no existen elementos de hecho que permitan considerar que con el estándar de costes incrementales los costes de acceso al bucle de abonado se reducirán de forma considerable, antes al contrario, la experiencia italiana en un cambio similar demuestra lo contrario; c) la doble contabilidad de falsas averías es un hecho insignificante, siendo injustificado que se utilice este extremo para prescindir de la contabilidad; d) con anterioridad, la CMT ha aprobado incrementos de precio que resultan de la contabilidad más sensibles, por lo que el cambio que hubiera resultado de aprobar un precio de 9,14 euros/mes no hubiera constituido una alteración significativa.

En esta línea de razonamiento añade que aun admitiendo que la CMT disponga de un amplio margen de discrecionalidad en la determinación de los precios de los servicios regulados, tal discrecionalidad tiene límites que han sido sobrepasados.

La Abogacía del Estado, por su parte, tras planteamiento y exégesis de las actuaciones, expone que para fijar debidamente el precio del par desagregado la CMT requiere información de costes de prestación del servicio, pudiendo para ello acudir a tres herramientas: la contabilidad de costes que ofrece la propia Telefónica, los modelos de costes desarrollados por terceros independientes y las referencias internacionales o benchmarking en los países de nuestro entorno que ofrecen los mismos servicios sujetos a idéntica regulación. En análogos términos y sobre una cuestión idéntica, señala, se manifestó el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 octubre 2010 .

Estima que la CMT tiene en cuenta la contabilidad para justificar la necesidad de incrementar la cuota vigente; que la contabilidad de costes no es una referencia vinculante; que Telefónica no pierde dinero; que el Acuerdo no contraviene el criterio de la Comisión Europea y que el sistema empleado por el Regulador es correcto.

CUARTO.- Ex artículo 13 de la Directiva 2002/19/CE , de 7 de marzo, sobre Acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados,

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

"2. Las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que el mecanismo de recuperación de costes o el método de fijación de precios que se imponga sirva para fomentar la eficacia y la competencia sostenible y potencie al máximo los beneficios para los consumidores. En ese sentido, las autoridades nacionales de reglamentación podrán tener asimismo en cuenta los precios practicados en mercados competidores comparables.

"3. Cuando un operador tenga la obligación de que sus precios se atengan al principio de orientación en función de los costes, la carga de la prueba de que las cuotas se determinan en función de los costes, incluyendo una tasa razonable de rendimiento de la inversión, corresponderá al operador en cuestión. A efectos del cálculo del coste del suministro eficaz de servicios, las autoridades nacionales de reglamentación podrán utilizar métodos de contabilización de costes distintos de los utilizados por la empresa. Las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a un operador que justifique plenamente los precios que aplica y, cuando proceda, ordenarle que los modifique.

En este contexto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia de 28 de abril de 2008 - asunto C-55/06 -, se expresa, en lo que aquí nos interesa, mutatis mutandis, en los siguientes términos:



"Por consiguiente, procede declarar que un método de cálculo basado exclusivamente en los costes corrientes tampoco es el método más adecuado en el marco de la aplicación del principio de orientación de las tarifas del acceso desagregado al bucle local en función de los costes;

"De todas las consideraciones anteriores resulta que en el Reglamento núm. 2887/2000 y en las Directivas 97/33 y 98/10 del AMN no figura ninguna indicación en favor de un método de cálculo basado exclusivamente en los costes corrientes o los costes históricos y que la consideración exclusiva de una u otra base puede cuestionar el objetivo que persigue ese Reglamento, a saber, aumentar la competencia, mediante el establecimiento de condiciones armonizadas de acceso desagregado al bucle local, para que el suministro de una extensa gama de servicios de comunicación electrónica se lleve a cabo en condiciones competitivas;

"En ausencia de una normativa comunitaria específica, corresponde a la apreciación de las autoridades nacionales de reglamentación definir las modalidades de determinación de la base de cálculo con arreglo a la cual deben tenerse en cuenta las amortizaciones;

"Por lo tanto, debe responderse a la tercera cuestión, letra e), que de las disposiciones del artículo 4, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 2887/2000 resulta que, cuando examinan las tarifas de los operadores notificados por la prestación de un acceso desagregado a su bucle local a la luz del principio de tarificación enunciado en el artículo 3, apartado 3, del citado Reglamento, las ANR disponen de una amplia facultad que abarca la apreciación de los diferentes aspectos de esas tarifas, incluida la modificación de los precios y, por lo tanto, de las tarifas propuestas. Esta amplia facultad se extiende asimismo a los costes soportados por los operadores notificados, como los intereses vinculados al capital invertido y las amortizaciones de los activos inmovilizados, la base de cálculo de éstos y los modelos de justificación contable de tales costes.

QUINTO.- En este contexto la CMT, en el Acuerdo impugnado, se expresa en los siguientes términos:

"OBA: Acceso desagregado al bucle. Revisión de la cuota mensual del par completamente desagregado":

"... 1.1. Las revisiones anteriores de la cuota.

"... Los primeros resultados de dicha contabilidad desagregada se corresponden con la del ejercicio de 2008, que es la base referencial utilizada en el presente expediente. En ese sentido, al contrario de lo que entiende la Comisión Europea, la CMT no se estaría apartando en este caso de la contabilidad de costes sino que estaría por primera vez usándola directamente como referencia.

"1.2. Resultados de la contabilidad de costes de 2008 de Telefónica, impacto de su aplicación y limitaciones que persisten.

"... De acuerdo con esta contabilidad de costes de Telefónica verificada y aprobada por la CMT el coste del alquiler de bucle asciende a 9,14 euros/mes. Asimismo y por lo que hasta el momento ha podido estudiar la CMT, en la contabilidad de costes del año 2009 (no verificada ni aprobada por la CMT) el coste del par desagregado ascendería a 9,54 euros/mes.

"Se ha comprobado que los resultados de la contabilidad de 2008 cumplen con los principios y criterios exigidos por la CMT, pero cabe formular algunas observaciones adicionales en relación específicamente con los resultados del alquiler del par desagregado, y su posible traslación a los precios regulados.

"... La tendencia estructural de crecimiento de la planta vacante de Telefónica mencionada en el apartado 1), se manifiesta mediante una subida gradual y constante de los costes unitarios no detectada en el pasado por los modelos ascendentes utilizados, cuya corrección requiere un cambio de modelo de costes que sea independiente de dicha evolución es decir de un modelo de costes LRIC.

"1.3. Criterios para la fijación de los precios.

"... Por otro lado no se debe olvidar que como indica la Directiva de Acceso en su artículo 13.2, citado, las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que el mecanismo de recuperación de costes o el método de fijación de precios que se imponga sirva para fomentar la eficacia y la competencia sostenible y potencie al máximo los beneficios para los consumidores. En ese sentido, las autoridades nacionales de reglamentación podrán tener asimismo en cuenta los precios practicados en mercados competidores comparables.

"1.4. Medidas a medio plazo.

"... 1.4.2. Marco temporal de precios.

"En este escenario descrito y hasta que se disponga de los resultados del modelo, esta Comisión considera necesaria una revisión parcial de los precios que absorba parte del diferencial que detecta la contabilidad de



costes del año 2008, aunque no todo, para que, una vez desarrollado el nuevo modelo y para el caso de que persistieran grandes desajustes, articular una medida de ajuste temporal de precios.

"1.5. Medida a adoptar en el presente procedimiento.

"1.5.1. Conveniencia de la revisión de la cuota.

"De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en tanto no se disponga del modelo de costes incrementales mencionado, la información de costes disponible detecta como ya se ha dicho unos significativos diferenciales con el actual precio regulado 1,35 euros (17,32%) sobre la contabilidad aprobada de 2008 y 1,75 euros (22,4%) sobre la presentada de 2009.

"... Para ello considera que un buen referente complementario son las mejores prácticas realizadas en los países de nuestro entorno. Dichas referencias, además de hallarse previstas como factor de consideración en el artículo 13.2 de la Directiva 2002/19, ofrecen la indudable ventaja de representar valores sumamente actualizados, por tratarse de referencias extraídas de los niveles de precios actualmente vigentes en mercados competidores comparables.

"No obstante, y por las razones expuestas, esta Comisión considera que tampoco debe alinearse la cuota inmediatamente con dichas referencias, en tanto que la presente revisión constituye solamente un primer paso en la dirección estimada para el ajuste, y debe dejar margen para completarlo una vez se disponga de más información sobre los costes eficientes, además de que tampoco debería prejuzgar el resultado de los estudios que se van a llevar a cabo.

"1.5.2. Referencias internacionales.

"El cuadro muestra las referencias recopiladas.

"... Se puede observar que en un intervalo central de tan sólo 66 céntimos de euro (entre 8,51 y 9,17) se concentran más de la mitad de las referencias. El punto intermedio del intervalo es 8,84. De este modo, el intervalo en que se concentran la mayoría de referencias puede expresarse de la forma siguiente: $8,84 \pm 0,33$.

"1.5.3. Propuesta de la revisión de los precios del bucle.

"A la vista de los datos anteriores, es factible determinar una corrección prudente de la cuota mensual que no predetermine la regulación de precios a establecer en su momento, sobre la base del intervalo de referencia $8,84 \pm 0,33$.

"Una subida de la cuota hasta el nivel de 8,32 euros mensuales supone una aproximación sin duda conservadora con respecto a los resultados de la contabilidad de costes verificada del año 2008 y lo que se conoce de la de 2009..."

Conforme a cuanto antecede, la regulación española sobre la revisión de precios se deriva del artículo 13.2 Directiva 2002/19/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), en cuya virtud se parte del principio de orientación a costes y se permite se complemente en su caso con precios practicados en mercados competidores comparables.

Así, se han establecido en el artículo 13 de la LGTel como obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia:

"1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 6 del artículo 10, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones en materia de:

"... 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. Para favorecer la inversión por parte del operador, en particular en redes de próxima generación, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá en cuenta la inversión efectuada, permitiendo una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido.

Estos criterios que se reiteran en el artículo 11 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. El Tribunal Supremo, en sentencia de 6 octubre 2010 considera mera discrepancia, pero no ilegalidad, la falta de ponderación de precios de mercados europeos de referencia utilizados por la CMT, en los siguientes términos:

"... la parte dedica gran parte de su argumentación a manifestar discrepancias técnicas sobre los procedimientos de comprobación de los precios de terminación en diversos mercados europeos que no



evidencian que se haya producido una incorrecta aplicación de los artículos invocados del Reglamento de Interconexión; así, la imputación de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha tenido en cuenta solamente los precios medios de terminación europeos y de cada operador móvil, y no su evolución, o que no haya ponderado los datos en función de determinadas desviaciones, no pueden admitirse como críticas de legalidad, sino como discrepancias técnicas más o menos fundadas, que en ningún caso acreditan por sí mismos que la resolución impugnada en la instancia -y su convalidación por la Sentencia recurrida en casación- resulten contrarias al Reglamento de Interconexión o simplemente erróneas".

Como ya se dijo en la sentencia de 10 de febrero de 2014, la Sala ha confirmado resoluciones anteriores de la CMT en la que los precios de interconexión se han establecido no sólo con referencia a la contabilidad de costes sino también teniendo en cuenta referencias internacionales, entre otras, con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 noviembre 2005 :

"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. Sólo las normas del artículo 13 del Reglamento de Interconexión suponen pautas de actuación más precisas, pero este precepto no se aduce como vulnerado.

"Insistimos en que, además, la Disposición transitoria primera del citado Reglamento avala la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ante una situación contable en la que no es posible deducir con el rigor y la seguridad necesarios la estructura real de costes del operador. En esas condiciones el organismo regulador puede adoptar su acuerdo sobre la base de los criterios que efectivamente empleó: la evolución de los precios y costes de interconexión en los países de la Unión Europea, las ganancias derivadas de la productividad de los operadores y la eficacia de las nuevas inversiones, realizadas o previstas, empleando las mejores tecnologías disponibles.

En nuestro caso la Sala estima que "la determinación del precio de acceso al bucle de abonados con base en los criterios ponderados, la contabilidad de costes de Telefónica de 2008 y -ante su circunstancial insuficiencia referida en la propia resolución impugnada- en las referencias internacionales de nuestro entorno, resulta conforme a la regulación expuesta, que atiende no sólo a la orientación a costes, que en este caso, como se ha justificado por la CMT, resulta insuficiente, sino también, precisamente por ello, a precios de mercados competitivos comparables, como en principio resultan los de los trece países referidos de nuestro entorno comunitario, que, según se hace constar en la resolución recurrida, son mercados competitivos comparables, resolución que está suficientemente motivada conforme a criterios razonados y razonables expuestos de forma detenida y en extenso, ponderando los dos criterios utilizados... La referencia en la resolución recurrida a esos 13 países de la Unión Europea como mercados competitivos comparables resulta razonable, y sin que en tal ponderación y resultado de la resolución impugnada la CMT vulnere la Directiva 2002/19 o la regulación interna española..., pues se trata de mercados de nuestro entorno geográfico, jurídico, comercial y económico, y en definitiva de mercados que son competitivos y son comparables, que es lo determinado en las normas referidas. La CMT justifica por qué deben incrementarse los precios de acceso al bucle de abonado, al menos mientras se determine un nuevo sistema de costes independiente, y ello tanto por la tendencia al alza de la contabilidad de costes de 2008 -y la prevista y posteriormente confirmada de 2009-, como por la comparación con precios de mercados competitivos comparables de la Unión Europea, y la CMT pondera, en todo caso, entre el precio vigente anterior y los nuevos criterios, para determinar un precio en su zona intermedia".

Conforme a lo expuesto la Sala estima que la CMT ha ponderado la situación real del mercado, los costes constatados en la contabilidad de la actora y la comparativa en los países del entorno, justificando la adecuación, necesidad y proporcionalidad de su decisión, no pudiendo entenderse, por tanto, conculcados los preceptos constitucionales que la parte invoca.

SEXTO.- Cuestiona la actora, en segundo lugar, por no ser ajustada a Derecho, la comparativa de precios llevada a cabo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Insiste en que la metodología empleada infringe el artículo 11.2 del Reglamento de mercados, pues se utiliza la comparativa internacional en lugar del sistema de orientación a precios. Señala que la CMT no ha hecho una selección de los mercados comparables y que en cualquier caso los países elegidos no lo son, pues el único ajuste ha consistido en excluir a Luxemburgo y a Finlandia, cuando del informe aportado se extrae que los ajustes deberían haber sido mayores. La CMT, además, se aparta de los precedentes establecidos ya que utiliza un listado de países diferente al de otras ocasiones, realizando un ajuste hasta la fecha inédito y que resulta contrario a la propia esencia de la metodología.

La Sala no comparte estas alegaciones, pues como se señala en la resolución cuestionada y se ha indicado más atrás, "la orientación a costes de los precios no es un proceso automático y los costes no son el único



factor a considerar por el regulador a la hora de fijar los precios". La Sala estima que no puede hacerse una interpretación hermética del dictado del artículo 11.2 del Reglamento de mercados -"Cuando la obligación de control de precios impuesta no consista en la orientación de los precios en función de los costes, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá tener en cuenta, entre otros aspectos, los precios existentes en mercados competitivos comparables"- de modo que la CMT quede impedida de tener en cuenta otros valores -referencias- caso de haberse establecido la obligación de orientación a costes.

La CMT ya señaló que la revisión "constituye una medida prudente compatible con la elaboración de un modelo incremental cuyo resultado no se prejuzga, aunque sí se tiene en cuenta la tendencia previsible apuntada por los resultados de la contabilidad y las referencias internacionales. No se trata de una medida precipitada puesto que se sustenta en la contabilidad verificada y, a la luz de un Benchmarking muy amplio, se limita a dar con toda cautela un primer paso en la dirección que los indicios señalan. En efecto, precisamente para no condicionar los resultados del modelo a desarrollar, la medida debe ser de ajuste limitado, al contrario de lo solicitado por ONO y Telefónica, y si bien se orienta en el sentido previsto por las referencias, debe verse únicamente como una primera revisión a la que se dará continuidad por medio de la elaboración de un modelo de costes como el referido".

La misma Resolución tiene en cuenta como referente complementario las prácticas realizadas en países del entorno europeo, previstas en el artículo 13.2 de la Directiva 2002/19, como ya se dijo más atrás, que ofrecen, a juicio de la CMT, y este criterio resulta de todo punto razonable, "la indudable ventaja de representar valores sumamente actualizados, por tratarse de referencias extraídas de los niveles de precios actualmente vigentes en mercados competidores comparables", teniendo en cuenta seguidamente las referencias internacionales recopiladas estableciendo que "en un enfoque de revisión prudente a corto plazo, la cuota a fijar en este momento debe constituir un punto intermedio en la trayectoria por la que podrían discurrir los precios regulados".

La Sala estima que las conclusiones a que llega el informe pericial aportado no desvirtúan en lo esencial las consideraciones que anteceden. En efecto, de dicho informe no se extrae que la utilización de la comparativa internacional no pueda constituir un instrumento en la metodología para la fijación precios regulados, aunque entienda que las "más" utilizada sea la de orientación a los costes del servicio, calculados mediante un sistema de contabilidad de costes". Pero ya se ha dicho más atrás que este factor se ha tenido muy en cuenta por la CMT y que "la determinación del precio de acceso al bucle de abonados en con base en los criterios ponderados, la contabilidad de costes de Telefónica de 2008 y -ante su circunstancial insuficiencia referida en la propia resolución impugnada- en las referencias internacionales de nuestro entorno, resulta conforme a la regulación expuesta, que atiende no sólo a la orientación a costes, que en este caso, como se ha justificado por la CMT resulta insuficiente, sino también, precisamente por ello, a precios de mercados competitivos comparables, como en principio resultan los de los trece países referidos de nuestro entorno comunitario, que, según se hace constar en la resolución recurrida, son mercados competitivos comparables".

El informe pericial considera que la comparativa internacional empleada por la CMT presenta "deficiencias que sesgan a la baja el resultado", en particular, porque excluye dos países -Finlandia y Luxemburgo-, sin que se explique por qué, y porque no se tienen en cuenta las posibles diferencias entre países, señalando finalmente que la CMT no fija la cuota "atendiendo a los resultados de la comparativa internacional, sino que establece un valor relativamente arbitrario que resulta del promedio entre la cuota vigente antes de la Resolución y el valor medio que la CMT extrae de la comparación". Así, finaliza el informe, "La cuota de 8,32 euros/mes no se encuentra ni siquiera dentro del rango que define la CMT alrededor del valor medio que extrae de la comparación (entre 8,51 y 9,17 euros/mes)".

No es posible atender a estas consideraciones, pues la CMT sí ha tenido en cuenta las diferencias existentes entre los países del entorno europeo, y así, en respuesta a las alegaciones de Telefónica de España en relación con las referencias internacionales, razona que "Luxemburgo es un mercado de muy reducido tamaño y que Finlandia es un caso muy particular con 28 operadores dominantes en diferentes mercados geográficos. En el análisis de los datos se ha identificado un intervalo en el que se concentran gran número de referencias, lo cual supone prescindir tanto de Alemania, caso al que se refiere Telefónica, como de Irlanda y de los tres países con cuotas más bajas (Austria, Bélgica y los Países Bajos). De hecho, mediante este procedimiento el valor de referencia 8,84 es superior al valor medio de las referencias consideradas. Se parte entonces del valor actual porque debe compatibilizarse la presente medida con las medidas a adoptar en cuanto se disponga del modelo de costes pendiente de elaboración. ONO y Telefónica abogan por considerar solamente los cuatro países de mayor tamaño. Pues bien, aplicando el mismo análisis realizado a los cuatro países mencionados, se concluiría que la cuota de Alemania se sitúa muy alejada del resto, mientras que las cuotas de Francia, Reino Unido e Italia, muy próximas entre sí, se encuentran en el intervalo 8,95±0,07 y el resultado para la revisión a corto plazo (8,37) diferiría en sólo cinco céntimos de euro respecto de la medida propuesta. Pero



este análisis supondría excluir referencias de gran relevancia como Dinamarca o Grecia, con más de un millón de pares desagregados, además de renunciar a disponer de un amplio espectro de referencias precisamente con diversidad de orografías, densidad de población, PIB por cápita, etc. En todo caso, las particularidades de nuestro país, tanto en costes de mano de obra como en extensión y distribución de población serán debidamente tenidas en cuentas durante la elaboración del modelo de costes incrementales".

Atendidas las razones que anteceden el recurso no puede prosperar.

SÉPTIMO.- Sin costas -ex artículo 139.1 LRLCA.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.-Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **Telefónica de España, SAU** , contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de abril de 2011, por ser ajustado a Derecho.

SEGUNDO.- Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

TERCERO.- Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.