



Roj: **SAN 1756/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1756**

Id Cendoj: **28079230082022100194**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **08/04/2022**

Nº de Recurso: **280/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000280 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03565/2020

Demandante: ORANGE ESPAÑA S.A.U.

Procurador: SR. ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: TELEFONICA DE ESPANA S.A.U.

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a ocho de abril de dos mil veintidós.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. **280/2020** 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 ESPAÑA S.A.U.** frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 11 de febrero de 2020 sobre e la modificación de la oferta de referencia de acceso mayorista a la línea telefónica (AMLT), recaído en el expediente OFE/DTSA/005/17/OFERTA AMLT. Ha comparecido como **codemandado TELEFONICA de ESPANA S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. Robledo Machuca**.



Ha sido Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo**.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada presenta el día 28 de abril de 2020 escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la resolución de referencia.

Por Decreto del Sr Letrado de la Administración de Justicia de esta Sección se acordó la admisión a trámite del recurso con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la parte actora, previo traslado del expediente administrativo, presentó escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando dicte sentencia:

" estimatoria por la que anule el apartado II.10 de la Resolución impugnada, relativa a la "revisión del precio de los servicios suplementarios", por lo que se refiere a la decisión de no modificar el esquema de precios de los servicios suplementarios y acuerde, en su lugar

(a) La aplicación de la revisión de la "propuesta de precios orientados a costes" del apartado II.9.7 del Informe de audiencia.

(b) Subsidiariamente a lo señalado en el apartado (a) del Suplico, retrotraer las actuaciones al momento en el que la CNMC debió dar nuevo trámite de audiencia a los operadores, tras el cambio de criterio que nos ocupa."

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada contestó a la demanda igualmente exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho que estimó relevantes, y solicitó la desestimación del recurso.

CUARTO-. La Sala dictó auto recibiendo a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

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

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 6 de abril de 2022 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en el recurso contencioso-administrativo la resolución dictada en fecha 11 de febrero de 2020 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que resolviendo el expediente OFE/DTSA/005/17/OFERTA AMLT se acuerda:

" PRIMERO.- Telefónica puede cesar en la bonificación de las cuotas de alta y mensuales del servicio AMLT.

SEGUNDO.- Modificar el texto de la Oferta de AMLT de acuerdo con lo indicado en el anexo 1. El texto consolidado tras los cambios será publicado por la CNMC en su página web y la CNMC lo facilitará igualmente a Telefónica en formato electrónico para que proceda a publicarlo en su página web en el plazo de diez días a partir de que le sea comunicado.

TERCERO.- La presente Resolución surtirá efectos una vez transcurrido un mes desde su notificación a Telefónica."

SEGUNDO-. Constituyen antecedentes de hecho relevantes para resolver el recurso los siguientes:

- el día 7 de febrero de 2017 Telefónica de España, S.A.U. presentó un escrito ante la CNMC solicitando la eliminación del descuento sobre las cuotas del servicio de acceso mayorista a la línea telefónica (en adelante, AMLT) que fue establecido por la Resolución DT2009/871 de 17 de septiembre de 2009 para los casos en que este servicio se provee junto con accesos indirectos de banda ancha.

- El día 28 de febrero de 2017, Telefónica presenta escrito proponiendo la modificación del texto de la oferta AMLT.

La propuesta incluye: * eliminar las referencias relativas a la inhabilitación de AMLT a instancia del operador, *actualizar los procedimientos administrativos que se encuentran en uso por parte de los operadores y



*eliminar los movimientos relacionados con modalidades de preselección extinguidas por la Resolución de análisis del mercado de referencia de 17 de enero de 2017.

- La CNMC pone en conocimiento de los interesados el comienzo del procedimiento administrativo de modificación de la oferta AMLT.

- Presentan escritos ORANGE, EUSKALTEL, ASTEL TELEFONICA y BT.

- la CNMC el día 21 de agosto de 2017 notifica a los interesados que amplía el objeto del expediente a fin de realizar la revisión de las disposiciones sobre preselección previstas en la Circular 2/2009, a fin de estudiar su posible incorporación al texto de la Oferta AMLT.

- Se da traslado a los interesados para alegaciones, presentando escritos ORANGE entre otros.

- El día 21 de septiembre de 2017 Telefónica presenta escrito en el que incluye una propuesta de modificación de la Oferta AMLT con el fin de añadir en su texto aquellas disposiciones de la Circular de preselección que siguen siendo válidas para de esta forma incorporar el servicio de preselección como servicio inherente a la oferta AMLT y permitir la derogación completa de las Circulares de preselección 1/2004 y 2/2010 al entender que ha desaparecido su objeto.

- El día 28 de septiembre de 2017 se dio traslado de las alegaciones con el fin de que todos los operadores pudieran formular las observaciones que estimaran pertinentes en relación con las propuestas de modificación de la Oferta AMLT en relación a la preselección.

- El día 20 de octubre de 2017 Orange presenta escrito dando respuesta a las alegaciones cruzadas sobre la modificación de la Circular de preselección

- El día 2 de diciembre de 2017 TELEFONICA presenta a la CNMC un escrito solicitando se elimine la obligación de prestar el servicio AMLT en los lugares en los que exista NEBA cobre, y se contraten al mismo tiempo servicios de acceso mayorista indirecto.

- La CNMC da un nuevo trámite de audiencia, previo informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la entidad. Presentan alegaciones ASTEL, Orange, Vodafone, Xtra Telecom, S.A y Telefónica.

TERCERO.- La actora comienza señalando que la impugnación se centra en la forma en que se determinan los servicios suplementarios del servicio AMLT (en particular, identificación de llamada; contestador automático; otros servicios suplementarios, incluido el desvío de llamada y; servicio integral de mantenimiento) y, en concreto, el hecho de que la CNMC no haya decidido orientar estos precios a costes, a pesar de haberlo propuesto en el trámite de audiencia.

El resumen de sus motivos de impugnación viene recogido en la página tres del escrito de demanda en los siguientes términos:

"(a) Dado el creciente importe de los servicios suplementarios, si se mantiene la vinculación entre precios minoristas y mayoristas, el resultado es que el servicio AMLT no está orientado a costes. Ello supone una vulneración de la resolución de mercados relevante y de los preceptos que regulan las obligaciones de control de precios y contabilidad de costes que se pueden imponer a los operadores dominantes.

(b) El cambio de criterio del Informe de audiencia a la Resolución impugnada, no se ha motivado y ha sido arbitrario. De hecho, la Resolución ni siquiera menciona que en el Informe de audiencia se propuso una orientación a costes de los servicios suplementarios (incluso se llegaron a fijar precios concretos).

(c) El cambio de criterio pilló por sorpresa a mi representada, que no tuvo posibilidad de alegar en contra, lo que le ha generado una indefensión absoluta."

La impugnación se centra fundamentalmente en las conclusiones del informe de audiencia, partes del cual son reproducidas en el escrito de demanda, y subraya que " La tecnología avanza, estos servicios no tendrían por qué ser más caros a medida que pasa el tiempo, sino todo lo contrario. Por otro lado, Orange presta este servicio sobre su red propia, por lo que sabe perfectamente el coste que implica prestar este servicio. Y es por este motivo que mi representada denunció la política comercial de Telefónica ante la CNMC: porque tenía muy claro que lo único que buscaba era incrementar sus ingresos, sin el contrapeso competitivo del resto de operadores, que también verían incrementados en igual medida sus costes mayoristas, asegurándose así esos mayores ingresos tanto en el ámbito minorista como en el mayorista, a costa de hacer menos competitivos los precios de los servicios." Analiza los precios de los servicios complementarios y concluye que en todos y cada uno de los casos el cálculo con el nuevo sistema serviría para bajar los márgenes de Telefónica, salvo en el del servicio integral de mantenimiento en el que la CNMC en el informe de audiencia decide no cambiar la metodología de



fijación de precios. Resalta que ORANGE apoyó la tesis del informe de audiencia, Telefónica se opuso, y " *El resto de operadores no añadieron ninguna cuestión adicional al respecto en el trámite de audiencia.*"

La resolución impugnada no recoge esta conclusión, sino que concluye en sentido contrario. Recuerda (pag. 20 del escrito de demanda) que " *En efecto, la CNMC considera:*

(a) *Que la metodología vigente hasta ahora se ha ajustado a lo dictado en todas las resoluciones de análisis de mercados y permite corregir los fallos de mercado detectados, por lo que "no hay ninguna razón nueva que aconseje modificar los precios de los servicios suplementarios".*

(b) *Que "el número de líneas del servicio AMLT ha descendido de forma continua en los últimos ejercicios por lo que es un hecho que el servicio AMLT ya ha superado su etapa de madurez".*

(c) *Que "no se puede comprobar que la medida solicitada suponga un beneficio para el consumidor. En concreto, es difícil justificar que la orientación a costes de los servicios suplementarios conllevaría necesariamente su traslado directo en forma de disminución de los precios de los servicios suplementarios ofrecidos a los usuarios final".*

(d) Y que " *la desvinculación de los precios mayoristas de los minoristas tendría un coste de implementación en los sistemas de facturación, que actualmente no contemplan esa diferenciación, mientras que la efectividad de la medida se limitaría a un número reducido de líneas y a un horizonte temporal que no puede ser indefinido tanto por el propio declive del servicio como por la necesidad de revisar el análisis de mercado que lo sustenta.* Y concluye que " *Verdaderamente, no se reconoce en los incisos transcritos al regulador que dictó el Informe de audiencia.*"

CUARTO- El Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda alega lo siguiente: tras analizar los antecedentes, lo acontecido en el expediente administrativo, las distintas alegaciones formuladas en este por las partes, concluye que el servicio de acceso mayorista a la línea telefónica está orientado a costes, los servicios suplementarios no están sometidos a la obligación de orientación a costes, y los servicios suplementarios no están regulados en las Resoluciones de mercado, sino que están incluidos y regulados en la oferta AMLT y en las Resoluciones que sobre el asunto ha dictado y dicte la CNMC.

Respecto de la alegación formulada por la actora en relación con el cambio de criterio del informe de audiencia y la resolución aprobada y la falta de un segundo trámite de audiencia que Orange manifiesta le ocasionó indefensión, el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, relativo al trámite de audiencia establece que se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Los informes y propuestas previas del instructor no son vinculantes.

En todo caso, el principio de orientación a costes no es exigible a toda la oferta AMLT ya que una parte de esta son servicios que no están sujetos a este principio.

La decisión de mantener los precios de los servicios suplementarios del AMLT vinculados a los precios minoristas de Telefónica no contraviene ninguna disposición regulatoria.

En relación con el servicio de identificación de llamadas: un operador alternativo podrá cobrar el precio del servicio de identificación de llamadas, u ofrecerlo gratuitamente, con independencia de si ofrece el servicio sobre su red de fibra, bucle, AMLT u otro servicio mayorista.

Recuerda que las decisiones del regulador están tomadas teniendo en cuenta los beneficios que reportarán a los usuarios y a la competencia.

En relación con los servicios de contestador automático y otros servicios suplementarios, incluido el desvío de llamadas: el debate se centra en los márgenes comerciales del proveedor mayorista sin referencias al impacto real que la medida propuesta tendría en los sistemas, desarrollos necesarios y eventual beneficio para los consumidores.

Respecto del servicio integral de mantenimiento: ORANGE reconoce que no es un servicio de demanda mayoritaria.

Concluye señalando que teniendo en cuenta que el servicio AMLT funciona para corregir los fallos de mercado y tiene perfecta vigencia, se estimó justificado mantener el actual esquema de precios AMLT, que está alineado con la Resolución de análisis de mercado vigente, y no añadir obligaciones cuyo beneficio no es conocido y que resultaban ya en ese momento totalmente desproporcionadas.

La codemandada, TELEFÓNICA en su escrito de contestación a la demanda alega resumidamente lo siguiente: la resolución impugnada mantiene, de forma razonada y motivada, conforme a la regulación, resoluciones de

8 de noviembre de 2007, de 12 de diciembre de 2008, de 13 de mayo de 2014, de 2 de junio de 2015, de 5 de mayo de 2016 y de 7 de enero de 2017, el esquema de los precios suplementarios, al entender que permite tanto a Telefónica como a los operadores alternativos, realizar una oferta que, en la parte que se refiere a los servicios suplementarios, tenga las mismas condiciones económicas para sus abonados. Este esquema permite justamente que los operadores pueden hacer una oferta equivalente a la de Telefónica.

La parte actora no ha justificado que la implantación del sistema que propugna, el cálculo de los precios de estos servicios orientado a costes, suponga un beneficio para el consumidor.

En relación con el alegado cambio de criterio del Informe y la Resolución aprobada y a la falta de un segundo trámite de audiencia que Orange manifiesta le ocasionó indefensión, existe separación entre las fases de instrucción y la de resolución de los procedimientos, existe autonomía e independencia del órgano competente para resolver los procedimientos, que únicamente debe resolver de forma motivada y conforme a Derecho. Por otra parte, los informes y propuestas previas del órgano instructor del procedimiento no son vinculantes respecto de las decisiones que adopte aquel.

Por último, no procede la retroacción de actuaciones solicitada de forma subsidiaria.

QUINTO-. Constituye un antecedente de este litigio la resolución dictada el día 11 de julio de 2017, en el expediente IRM/DTSA/011/16/SERVICIOS SUPLEMENTARIOS AMLT .

Se inició un expediente como consecuencia de una denuncia interpuesta por ORANGE ESPAGNE SAU (Orange) frente a Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) en relación con las condiciones económicas que regían el acceso a los servicios suplementarios contemplados en la oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (oferta AMLT).

En su escrito, Orange hacía referencia a una comunicación de Telefónica al resto de operadores que hacían uso de la oferta AMLT, remitida en octubre de 2016, y

en la que notificaba el incremento a partir del 1 de enero de 2017 en el precio de los servicios de identificación de llamadas y contestador automático, entre otros.

Según Orange, el citado incremento de precios resultaría contrario a los principios de orientación a costes y no discriminación que deben guiar la actuación de Telefónica en la provisión del servicio mayorista AMLT. Orange solicitaba a la CNMC que prohibiese a Telefónica llevar a efecto la subida de precios comunicada.

En esa resolución se hace referencia a otras, en concreto a las de 12 de diciembre de 2008 y 17 de enero de 2017, que establecían la regulación aplicable al mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en redes fijas desde el año 2007 hasta la fecha de 11 de julio de 2017, fijaban con carácter general el principio de orientación a costes para el servicio AMLT, pero no se referían a los servicios suplementarios en el contenido de las obligaciones impuestas a Telefónica, regulándose los mismos en las ofertas de referencia y en las resoluciones que la CNMC había dictado sobre esta cuestión hasta la fecha.

La CNMC señalaba:

" Del análisis de las Resoluciones precitadas, así como de la oferta AMLT en su redacción actual, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) En la actualidad, el precio de los servicios suplementarios asociados al servicio AMLT no se encuentra sometido al principio de orientación de los precios a los costes de producción.

En efecto, hasta la fecha se ha considerado que los servicios suplementarios no constituyen puros servicios de comunicaciones electrónicas, sino más bien funciones auxiliares que están incluidas en la oferta mayorista AMLT, a fin de no restar funcionalidad al servicio principal (reventa del servicio telefónico) y permitir a los operadores competir con Telefónica, pero sin que necesariamente deban seguir el mismo criterio de estricta orientación a costes.

b) En virtud de las resoluciones examinadas, el precio cobrado por Telefónica por los servicios suplementarios asociados a la prestación del servicio AMLT será igual al precio minorista que esta empresa aplique

por la provisión de los mismos servicios suplementarios a sus clientes finales.

c) Esta exigencia de estricta correspondencia entre los precios minoristas de los servicios suplementarios y los precios mayoristas implica que

Telefónica deberá extender cualquier bonificación o promoción que aplique en el nivel minorista a los precios mayoristas.

d) En el mismo sentido, Telefónica deberá proveer de manera gratuita a nivel mayorista aquellos servicios suplementarios que ofrece de manera gratuita a sus abonados."

Tras analizar las cuestiones planteadas por ORANGE en su denuncia la CNMC concluye:

"En el seno de dicho expediente de revisión de la oferta de referencia AMLT, la se verificará, en particular, en qué medida los paulatinos incrementos en el precio de los servicios suplementarios a nivel minorista (y por consiguiente

también a nivel mayorista) pueden tener un impacto en los incentivos de los operadores alternativos a hacer uso de la oferta AMLT, una vez el principio de orientación de los precios a costes que rige para los elementos principales de dicha oferta se ve afectado por el precio unilateralmente fijado por el operador con poder significativo de mercado para los servicios auxiliares."

Igualmente constituye un antecedente la Resolución de la CNMC de 17 de enero de 2017 relativa a la definición y análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija (mercado 1/2007) y del mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en redes fijas (mercado 2/2007) y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas.

SEXTO- El expediente que finaliza con la resolución impugnada se inicia porque Telefónica solicita se elimine un descuento fijado en el año 2009, Resolución, de 17 de septiembre de 2009, sobre la modificación de los servicios actuales de acceso mayorista de banda ancha (DT 2009/871), y solicita se modifique el texto de la oferta AMLT.

Se menciona en esta fecha, 29 de marzo de 2017, es decir, cuando aún no se había dictado la resolución de fecha 11 de julio de 2017, que puso fin al expediente IRM/DTSA/011/16/SERVICIOS SUPLEMENTARIOS AMLT, que ORANGE ha denunciado el incremento del precio de los servicios suplementarios, y que esto aconseja verificar en qué medida los incrementos en el precio de los servicios suplementarios que fija Telefónica a nivel minorista al ser trasladados íntegramente a los precios mayoristas pueden tener un impacto en los incentivos de los operadores alternativos a hacer uso de la oferta AMLT.

Ya se ha recogido en el fundamento jurídico anterior el resultado del expediente iniciado como consecuencia de la denuncia de la ahora actora: es en este expediente de revisión de la oferta de referencia AMLT, en el que se verificará, en particular, en qué medida los paulatinos incrementos en el precio de los servicios han de tener impacto en los incentivos de los operadores alternativos a hacer uso de la oferta AMLT.

La CNMC acuerda iniciar un expediente de modificación de la oferta AMLT. Esto ocurre el 28 de marzo de 2017 y el 28 de abril de 2017 la ahora actora presenta escrito solicitando:

- a) que no se elimine el descuento AMLT;
- b) que se desvinculen los precios mayoristas de los servicios suplementarios AMLT de los precios minoristas;
- c) que se extienda la obligación de conservación de la numeración portada durante un mes a las numeraciones sobre las que está contratado el servicio AMLT; y
- d) que se elimine la contraprestación económica por rechazos de solicitudes.

La resolución ahora impugnada determina el " **OBJETO DEL PROCEDIMIENTO**" y este es literalmente el siguiente:

"El presente procedimiento tiene por objeto analizar si está justificado realizar modificaciones en la oferta y en el servicio AMLT en relación con un conjunto de propuestas de los operadores.

Asimismo, en el presente procedimiento se propone modificar el tratamiento formal de la preselección de operador integrándolo en el marco regulatorio del servicio AMLT."

Es este el núcleo del expediente administrativo. Es esto lo que se resuelve, y es en este ámbito en el que, vistas las alegaciones y pretensiones de la actora, ha de pronunciarse este Tribunal.

El objeto de recurso lo constituye el apartado II.10 de la resolución, que aborda la cuestión de la Revisión del precio de los Servicios Suplementarios, y la conclusión de la CNMC de que " *No se considera justificado modificar el esquema de precios de los servicios suplementarios*", en concreto, porque el esquema establecido para los precios mayoristas consiste en que la parte del servicio principal de línea AMLT se encuentra orientada a costes y la parte de los servicios complementarios se iguala a los precios minoristas que Telefónica tenga en cada momento.

La pretensión de ORANGE es que también los precios de los servicios complementarios se orienten a costes.

Según la propia CNMC los servicios suplementarios del servicio telefónico fijo son un conjunto de servicios que se prestan de manera asociada al servicio telefónico, detallados en el Anexo 3 de la resolución impugnada, y son servicios, que strictu sensu, son opcionales para el abonado.

La Sala considera igualmente relevante la indicación que hace la resolución impugnada sobre la circunstancia de que a fecha 31 de agosto de 2019 las líneas AMLT contratadas ascendían a 347.019. Se constata por la CNMC que se trata de un servicio en declive: dos años y medio antes las líneas AMLT eran 539.903, de manera que se ha reducido en casi un 36% (más de 6.000 líneas mensuales) desde entonces.

SÉPTIMO- En el trámite de audiencia la CNMC recogía como objeto del procedimiento " *analizar si está justificado realizar modificaciones en la oferta y en el servicio AMLT en relación con un conjunto de propuestas de los operadores. Además, en el presente procedimiento se propone modificar el tratamiento formal de la preselección de operador integrándolo en el marco regulatorio de la oferta AMLT.*"

En relación con el servicio AMLT y la oferta de referencia, recoge el documento que " *La Resolución del mercado 2 estableció que Telefónica está obligada a suministrar el servicio de AMLT sobre los accesos tradicionales de la RTC de Telefónica (y, en cambio, no en los accesos de la nueva red de fibra óptica), y se le impusieron también las obligaciones de fijación de precios orientados en función de los costes de producción y adopción de un sistema de contabilidad de costes, separación de cuentas, no discriminación y transparencia. La obligación de transparencia de la Resolución del mercado 2 impone a Telefónica la obligación de publicación de una Oferta de Referencia de AMLT suficientemente desglosada. La Resolución fija, asimismo, con carácter general, el principio de orientación a costes para el servicio AMLT, regulándose los precios en la oferta de referencia y en las resoluciones que la CNMC ha dictado sobre esta cuestión hasta la fecha. Así, la Oferta AMLT recoge los precios a pagar por los operadores a Telefónica por diversos conceptos mayoristas, incluidos una serie de servicios suplementarios asociados a las líneas telefónicas analógicas y digitales que presta a los abonados (identificación de llamadas, contestador, desvío de llamadas, etc.). A 31 de marzo de 2019 las líneas AMLT eran 385.971. Se trata de un servicio en cierto declive: dos años antes las líneas AMLT eran 536.455, de manera que se ha reducido en más de 6.000 líneas mensuales desde entonces.*"

En materia de revisión del precio de los servicios suplementarios:

" *Como conclusión, las sucesivas subidas de los precios minoristas han causado que los precios de los servicios mayoristas AMLT actualmente supongan en la facturación un porcentaje elevado y cada vez mayor frente a la cuota AMLT. El resultado es que el esquema de orientación a costes vigente para la cuota AMLT queda cada vez más desvirtuado por el alza del importe de los servicios suplementarios minoristas (y por tanto de los mayoristas).*"

Por todo ello, debe procederse a la orientación a costes de los precios mayoristas de los servicios suplementarios, tal y como ya sucede con el alta y la cuota de línea y como dispuso el análisis del mercado".

Se recoge incluso una propuesta de precios orientados a costes.

El informe de audiencia, según la actora (pagina 11 del escrito de demanda), se habría manifestado claramente a favor de modificar la metodología de cálculo de los servicios suplementarios.

La propuesta que recoge es la siguiente:

" *En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos expuestos, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual propondrá que, en relación con el expediente de referencia, se resuelva lo siguiente:*



PRIMERO.- Telefónica puede cesar en la bonificación de las cuotas de alta y mensuales del servicio AMLT a partir de la fecha de notificación a Telefónica de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Modificar el texto de la Oferta de AMLT de acuerdo con lo indicado en el anexo 1.

El texto consolidado tras los cambios será publicado por la CNMC en su página web y la CNMC lo facilitará igualmente a Telefónica en formato electrónico para que proceda a publicarlo en su página web en el plazo de diez días a partir de que le sea comunicado."

El regulador, en la decisión impugnada llega a una conclusión distinta: no es procedente cambiar el sistema que venía siendo utilizado desde la Resolución de 8 de noviembre de 2007 (Telefónica inició la comercialización de este servicio de reventa de la línea telefónica en el cuarto trimestre de 2008).

Hay que recordar que el 8 de noviembre de 2007 la CMT hacía pública la resolución que daba luz verde a este servicio, si bien la implantación efectiva se produjo en julio de 2008. Y posteriormente, en noviembre de 2008 se aprueba la resolución que permitía el acceso conjunto AMLT y el acceso indirecto.

Sucesivamente se mantiene el sistema de cálculo de los precios de los servicios complementarios AMLT en la Resolución de 12 de diciembre de 2008, la Resolución de 13 de mayo de 2014, la Resolución de 2 de junio de 2015, la Resolución de 5 de mayo de 2016 y la Resolución de 17 de enero de 2017, para la configuración de los precios de los servicios suplementarios.

La decisión la adopta quién tiene la potestad de resolver, y está motivada: se trata de servicios suplementarios que se prestan de manera asociada al servicio telefónico fijo, y tienen carácter opcional para el abonado. El sistema de determinación de precios que se ha utilizado desde el año 2008 (la CMT estableció en el texto consolidado de la oferta AMLT de 2008 los precios mayoristas actualizados) permite que el servicio AMLT corrija los fallos de mercado, y no se ha establecido una razón con entidad suficiente como para modificar un método que ha funcionado satisfactoriamente durante los años anteriores, máxime en una situación en la que se constata el declive progresivo en la utilización de dichos servicios suplementarios.

La CNMC establece que se trata de un sistema que permite tanto a Telefónica como a los demás operadores realizar una oferta que tenga las mismas condiciones económicas para los abonados, es decir, que todos los operadores en este mercado puedan ofertar el mismo precio.

El cambio de sistema no ofrece o no se han establecido, beneficios relevantes para los usuarios de los servicios litigiosos, ni desde luego se ha establecido que la fijación de los precios en cuestión mediante el sistema de orientación a costas supusiera una significativa bajada de los precios que compensara los costes adicionales de la puesta en práctica del nuevo método.

La codemandada, a su vez ha establecido las consecuencias negativas del cambio, en el expediente administrativo y ante esta Sala.

Resulta así que mientras la Administración ha justificado el mantenimiento del método que se ha venido utilizando durante los años transcurridos desde 2008, la recurrente no ha justificado las ventajas para los consumidores y para la competencia en el sector de la modificación del sistema que propugna en este recurso. No puede prosperar en consecuencia la alegación de que "el cambio de criterio" se ha adoptado de forma arbitraria e inmotivada.

No se aprecia la alegada infracción del artículo 13 de la Directiva de acceso, ni del artículo 14.1.3 LGTel ni del artículo 11 del Reglamento de Mercados.

La Directiva en el precepto citado regula las "*Obligaciones de control de precios y contabilidad de costes*" señalando que los reguladores nacionales "*están facultados*" para imponer obligaciones, incluso obligaciones relativas a la orientación de precios a costes. No establece la obligación de imponer la orientación de precios en función de los costes.

En igual sentido la Ley General de Telecomunicaciones, y en concreto el artículo 14 que establece las obligaciones específicas aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en el párrafo 3 enumera "*elementos*" a tomar en consideración por la CNMC cuando "*estudie la conveniencia de imponer las obligaciones específicas de acceso*", y en este caso, se han tomado en consideración, únicamente no con las consecuencias que propugna la parte actora.

OCTAVO.- La recurrente sostiene que el sostenidamente denunciado "*cambio de criterio*" le ha producido indefensión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2020 dictada en el recurso de casación 4535/2019, en relación con un procedimiento sancionador de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional



de la Competencia, en el cual las exigencias del ordenamiento jurídico refuerzan las condiciones en las que el órgano que resuelve puede apartarse de lo propuesto por el órgano instructor, el Alto Tribunal fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

1.- El principio acusatorio, que constituye una de las garantías estructurales del proceso penal, cuya protección se reconoce por el artículo 24.2 de la Constitución, vinculado al derecho de defensa, al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a ser informado de la acusación, debe modularse cuando se trate de su aplicación en el procedimiento administrativo sancionador, de modo que, a diferencia de la transcendencia que tiene en el proceso penal, en este ámbito no comporta que el órgano competente para resolver un expediente sancionador no pueda imponer una sanción, modificando, para ello, la calificación jurídica efectuada por el órgano instructor, siempre que no se base en la consideración de hechos distintos de los hechos determinados en la fase de instrucción (salvo en el supuesto en que se hayan practicado actuaciones complementarias para su concreción definitiva en la ulterior fase decisoria), y se respete el derecho de defensa, en los términos establecidos en el artículo 20 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, (en la actualidad el artículo 80.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)."

Si estas conclusiones se alcanzan por el Alto Tribunal en un expediente sancionador, esta Sala no puede concluir, como se pretende, que el hecho de que no se siguiera por el órgano que adopta la decisión la propuesta del órgano que elabora el informe, sea constitutivo de indefensión de la recurrente, y causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado.

Especialmente cuando el cambio lo constituía el informe, no la decisión, ya que esta viene a mantener el sistema vigente. La discusión entre los interesados en el expediente administrativo puso de manifiesto las posibles decisiones a adoptar en la materia, habiendo podido todos los personados en el expediente efectuar alegaciones al respecto.

Esta Sala y Sección en la sentencia dictada el día veintinueve de marzo de dos mil veintiuno, en el recurso contencioso administrativo nº 1139/19, interpuesto por la representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, contra la Resolución de la CNMC de fecha 9 de abril de 2019, sobre la inclusión de nuevos perfiles en los servicios mayoristas NEBA Y NEBA LOCAL, señaló lo siguiente:

" Efectivamente, el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual propone modificar la oferta de referencia del servicio NEBA local en los términos solicitados por Telefónica, sin embargo, hemos de tener presente que el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, establece que "Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos".

A la DTSA le corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.1 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 6, 9 y 12.1.a) y e) de esta Ley, pero la resolución del procedimiento le corresponde a la Comisión, sin que los informes de los servicios sean vinculantes.

En la resolución impugnada se motiva suficientemente las razones por las que la Sala de Supervisión Regulatoria se aparta del criterio de la DTSA, tal como ya se ha expuesto.

....

No cabe apreciar arbitrariedad en la actuación de CNMC, al resolver motivadamente una solicitud de modificación de la oferta de referencia de NEBA local, haciéndolo desde la perspectiva de garantizar la observancia de las obligaciones impuestas en la Resolución de los mercados 3 y 4, concretamente la replicabilidad técnica de las ofertas minoristas de Telefónica. "

Del conjunto de consideraciones expuestas resulta la desestimación del recurso, tanto en cuanto a la pretensión de que se aplique la propuesta de precios orientados a costes del apartado II.9.7 como de la subsidiaria de retroacción de actuaciones para dar nuevo trámite de audiencia a los operadores sobre esta cuestión.

NOVENO- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, en la redacción posterior a la reforma operada por la ley 37/2011, procede efectuar condena al pago de las costas procesales a la parte actora, que ha visto íntegramente desestimado su recurso. Y haciendo uso de la facultad prevista en el número tercero del precepto citado, habida cuenta del alcance y la dificultad de las cuestiones suscitadas en el recurso, se fija en 4.000 euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, puede alcanzar la fijación de las costas procesales.

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



FALLAMOS

Que debemos **desestimar** y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ORANGE ESPAÑA SAU** contra Resolución dictada por la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** el día 11 de febrero de 2020 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos, por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora pago de las costas, con la limitación en su importe establecida en el último fundamento jurídico.

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 **notificación**; 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 CENDOJ