

DOY FE: Que en los autos n.º  
ha dictado la siguiente resolución:

## AUDIENCIA NACIONAL

### Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN OCTAVA

**Núm. de Recurso:** 0000377/2012  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Núm. Registro General:** 05511/2012  
**Demandante:** TELEFÓNICA MOVILES S.A.U (TME)  
**Procurador:** SRA. LLORENS PARDO  
**Demandado:** COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES  
**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

### SENTENCIA N<sup>o</sup>:

**Ilmo. Sr. Presidente:**  
D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**  
D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO  
D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA  
D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ  
D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA  
D. JAVIER BERMUDEZ SANCHEZ

Madrid, a veintiocho de julio de dos mil catorce.

**Vistos** los autos del recurso contencioso administrativo nº 377/12, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora Sra. Llorens Pardo en nombre y representación de **TELEFÓNICA MOVILES S.A.U (TME)**, contra resolución de fecha 10 de mayo de 2012, dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandadas FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U. representada por el Procurador Sr. Alonso Verdú y XFERA MOVILES S.A. representada por el Procurador Sr. Lledo Moreno en materia de acuerdo de definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes

móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas con una cuantía indeterminada y siendo Magistrado Ponente D<sup>a</sup> **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 22 de junio de 2012, contra la resolución antes mencionada.

Por decreto de la Sra. Secretario de esta Sección de 9 de julio de 2012 se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

Se personaron en concepto de codemandados FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U , XFERA MOVILES S.A. y VODAFONE ESPAÑA S.A.U.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando dicte sentencia por la cual, estimando el recurso:

a) declare inaplicable al mercado español de la terminación móvil la Recomendación, por resultar su aplicación en el presente caso contraria al derecho originario de la Unión (artículos 16 y 17 de la Carta de los Derechos fundamentales) a su derecho derivado (Directiva Marco y Directiva de Acceso) y al Derecho Constitucional y ordinario español (artículos 33 y 38 de la CE y legislación de expropiación forzosa).

b) declare cumulativa o alternativamente a la petición anterior, no ajustada a derecho y por tanto nula e ineficaz la resolución de la CMT por vulnerar entre otros preceptos el artículo 16 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE y el artículo 38 de la CE, al establecer obligaciones ex ante no justificadas por no proporcionales por no razonables por discriminatorias en relación con terceros y por no necesarias.

c) declare cumulativa o alternativamente a las peticiones anteriores no ajustada a derecho y por tanto nula e ineficaz la resolución puesto que la fijación de precios con orientación a costes en su variedad de incrementales tiene carácter confiscatorio y vulnera entre otros los artículos 17 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, el artículo 33 de la CE y los principios de legalidad ordinaria en materia de expropiación forzosa.

d) declare cumulativa o alternativamente a las tres peticiones anteriores no ajustada a derecho y por tanto nula e ineficaz la resolución por imponer esta

obligaciones que implican una quiebra de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

e) Declare asimismo por idénticas razones que debe continuar ineficaz la resolución de 30 de marzo de 2012 sobre adopción de medida provisional de fijación de precios a que se refiere el acuerdo SEXTO de la resolución de 10 de mayo de 2012.

f) Condene a la CMT a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en especial, a que se abstenga de establecer precios máximos para el servicio de terminación de llamadas a móviles.

g) Subsidiariamente a la petición anterior condene a la CMT a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en especial, a que dicte resolución en la que se establezcan unos nuevos precios que respeten plenamente los principios que resulta de lo expuesto en este escrito de demanda.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

Por la codemandada FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU se presentó escrito el día 5 de febrero de 2013 en el cual, tras exponer cuantos fundamentos de hecho y de derecho consideró de aplicación, terminó suplicando la desestimación del recurso.

Por la codemandada XFERA MOVILES S.A. se presentó el día 8 de febrero de 2013 escrito de contestación a la demanda, cuya desestimación solicitó tras exponer cuantos fundamentos fácticos y jurídicos consideró de aplicación.

A la vista del informe pericial aportado por la recurrente, anunciado previamente en el escrito de demanda, FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU presentó escrito de ampliación de contestación a la demanda el 8 de abril de 2013

**CUARTO.-** La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la pericial, a instancias de FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU con el resultado obrante en autos.

Igualmente se practicaron la documental y la pericial a instancias de TELEFONICA MOVILES S.A.U. con el resultado obrante en autos.

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

**QUINTO.-** Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 9 de julio de 2014, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT) de 10 de mayo de 2012 por la que se acuerda:

*“PRIMERO.- Aprobar la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, en los términos expuestos a continuación así como en los Anexos que se adjuntan a la presente Resolución.*

*SEGUNDO.- Definir los mercados mayoristas de terminación de llamadas vocales en cada una de las redes públicas de telefonía móvil de Telefónica Móviles España, S.A., Vodafone España, S.A., France Telecom España, S.A., Xfera Móviles, S.A., Euskaltel, S.A., Cableuropa, S.A. y Tenaria, S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. y R Cable y Telecomunicaciones Coruña, S.A., KPN Spain, S.L., Telecable de Asturias S.A, Jazz Telecom S.A., Fonyou Telecom, S.L., Digi Spain Telecom, S.L., Lycamobile, S.L. y SCN Truphone, S.L., como mercados de referencia que pueden ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la LGTel.*

*TERCERO.- Determinar que los citados mercados de referencia no son realmente competitivos, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 de la LGTel4.*

*CUARTO.- Considerar que Telefónica Móviles España, S.A., Vodafone España, S.A., France Telecom España, S.A., Xfera Móviles, S.A., Euskaltel, S.A., Cableuropa, S.A. y Tenaria, S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. y R Cable y Telecomunicaciones Coruña, S.A., KPN Spain, S.L., Telecable de Asturias S.A, Jazz Telecom S.A., Fonyou Telecom, S.L., Digi Spain Telecom, S.L., Lycamobile, S.L. y SCN Truphone, S.L., en los términos recogidos en el Anexo 1 adjunto, tienen poder significativo de mercado en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el Anexo II, apartado 8 de la LGTel5.*

*QUINTO.- Imponer a Telefónica Móviles España, S.A., Vodafone España, S.A., France Telecom España, S.A., Xfera Móviles, S.A., Euskaltel, S.A., Cableuropa, S.A. y Tenaria, S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. y R Cable y Telecomunicaciones Coruña, S.A., KPN Spain, S.L., Telecable de Asturias S.A, Jazz Telecom S.A., Fonyou Telecom, S.L., Digi Spain Telecom, S.L., Lycamobile, S.L. y SCN Truphone, S.L. las obligaciones recogidas en los Anexos 2, 3 y 4 adjuntos, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Mercados.*

**SEXTO.-** Declarar el cese de la eficacia de la Resolución de 30 de marzo de 2012, sobre la adopción de la medida provisional en relación con el presente procedimiento, sin perjuicio de que, al ratificarse esta medida cautelar en virtud de la presente Resolución, se convalidan y mantienen los efectos que sobre los operadores haya tenido la obligación de control de precios a partir del 16 de abril de 2012.

**SÉPTIMO.-** Comunicar a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

**OCTAVO.-** 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.

**NOVENO.-** La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”.

**SEGUNDO.-** La resolución en el Anexo I define el mercado relevante: “El mercado relevante de producto consiste en el servicio mayorista de terminación de llamadas vocales que presta cada OMR y/o OMV completo a los restantes operadores para finalizar las llamadas dirigidas a los usuarios adscritos a su red. Se define un mercado de terminación en la red de cada uno de los OMR y OMV completos”

Para establecer esta definición, previamente analiza el mercado relevante de producto, teniendo en cuenta la caracterización del servicio de terminación y de los prestadores del mismo, las implicaciones del sistema de “pago por el llamante” en la definición de mercado, analiza la sustituibilidad entre el servicio de terminación de llamadas vocales y el servicio de terminación de mensajes cortos (SMS), describe el servicio de finalización de llamadas prestado por los OMR a los OMV y de su relación con el servicio de terminación de llamadas vocales .

A continuación establece el mercado relevante geográfico: concluye que las condiciones de competencia son homogéneas en todo el territorio nacional y por tanto esa es la dimensión geográfica del mercado relevante.

En conclusión, se definen diferentes mercados, al relacionarlos con el servicio que presta cada Operador de Móviles Virtual o cada Operador de Móviles de Red, uno de ellos el de terminación de llamadas vocales en la red móvil de Movistar, de ámbito nacional. Son mercados susceptibles de regulación ex ante.

La sistemática de la resolución impugnada contempla seguidamente la estructura del mercado, se valora la existencia de competencia efectiva en el mismo y se determinan los operadores con poder significativo en el mercado. A tal fin se analizan las respectivas cuotas de mercado, y la evolución de los ingresos de

terminación móvil. Se continúa con el análisis prospectivo de la evolución de las cuotas de mercado, y de las posibles futuras barreras de entrada.

El siguiente extremo analizado es la situación de la competencia efectiva en el mercado concluyendo la Administración que en estos mercados no hay condiciones de competencia efectiva pues los OMR y OMV completos cuentan con una cuota en cada uno de sus mercados del 100%.

Se identifica a Movistar, Vodafone, Orange, Yoigo, Euskaltel, ONO, R Cable, Simyo, Telecable, Jazztel, Digimobil, Fonyou, Lycamobile y Truphone como operadores con poder significativo en los mercados de terminación de llamadas vocales en sus respectivas redes móviles.

Previa valoración de las obligaciones susceptibles de ser impuestas a estos operadores, la CMT con la finalidad de asegurar el acceso a los recursos necesarios y fijar un precio adecuado para el recurso utilizado, impone:

a) obligación de acceso

b) obligación de control de precios: a los OMR (Movistar, Vodafone, Orange y Yoigo) la obligación de orientar los precios de terminación en función de los costes a cuyos efectos se establece un estándar de costes a utilizar.

La CMT establece una nueva senda descendente de precios, la denominada "glide path", y determina cual debe ser el nuevo precio de terminación objetivo teniendo en cuenta la Recomendación de la Comisión Europea y las referencias del modelo de costes bottom-up LRIC (long run incremental costs o costes prospectivos incrementales a largo plazo) puro, así como el periodo razonable en que debe alcanzarse dicho precio objetivo.

En su propuesta de medida remitida a la Comisión Europea la CMT proponía llegar al precio objetivo LRIC puro un año después de la fecha establecida en la Recomendación de la Comisión Europea. Pero esta, el 5 de marzo de 2012, le remite una carta poniendo de manifiesto sus dudas en dos extremos: no parecen compatibles con el derecho de la Unión Europea ni la fecha propuesta de introducción de la tarifa completamente orientada a costes (el 1 de enero de 2014) ni la propuesta de mantener la asimetría de las TTM entre los tres OMR establecidos y Xfera/Yoigo hasta el 16 de octubre de 2013. Además considera que estas medidas crean un obstáculo al mercado interior.

El Anexo 2 de la resolución impugnada contempla las obligaciones de la recurrente y de VODAFONE ESPAÑA S.A. así como de FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.:

- Obligación de proporcionar servicios de terminación a todos los operadores que lo soliciten.

- Obligación de ofrecer esos servicios a precios orientados en función de los costes de producción y adoptar un sistema de contabilidad de costes. En particular, los precios de terminación mayorista de Vodafone, Telefónica, Orange y los OMVs

completos seguirán una senda descendente a través de un calendario de reducciones que finaliza el 1 de julio de 2013 con el precio de 1'09 céntimos, así como que los precios de interconexión de Yoigo seguirán un glide path asimétrico respecto del resto de operadores alcanzando el 1 de julio de 2013 el mismo precio de terminación objetivo.

- Obligación de separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso e interconexión que prestan.

- Obligación de no discriminación que se traduce en que los operadores deberán aplicar condiciones económicas y técnicas equivalentes en circunstancias similares.

- Obligación de transparencia en cuanto a que los operadores deberán formalizar los contratos para la prestación de servicios de terminación por escrito y remitirlos a la CMT en un plazo de diez días desde su formalización.

**TERCERO-** En lo que la propia demanda denomina "Resumen ejecutivo del procedimiento, de los hechos relevantes y de las conclusiones de la demanda" la recurrente muestra su desacuerdo con determinadas cuestiones concretas, y expone resumidamente los hechos que TME considera relevantes.

En primer lugar, el mercado que se define no corresponde con la realidad. Y ello por varias razones:

- Porque no se incluyen servicios que deberían incluirse. La resolución define un mercado mayorista, el mercado 7 que, con independencia de los criterios comunitarios no se corresponde con la realidad actual. La actora considera que deben incluirse en el mismo servicios que son "claramente sustitutivos", como las aplicaciones VoIP- Internet o mensajería instantánea-SMS, lo que a su juicio, se hace exclusivamente porque se fundamenta en criterios fijados por las autoridades comunitarias.

- Porque no está correctamente valorado el poder compensatorio de la demanda. La CMT considera que hay que regular este mercado porque puede generar problemas de competencia en el futuro y tal conclusión la alcanza sobre la base de que la demanda del servicio de terminación de llamadas no tendría suficiente poder compensatorio para presionar a la baja los precios y porque la oferta está una situación de monopolio de la que disfruta cada operador de red respecto de la terminación de las llamadas hacia sus propios clientes.

Por su parte la actora no está de acuerdo: entiende que si existe poder compensatorio de la demanda y competencia efectiva porque los mercados 7 se componen de monopolios bilaterales que se compensan mutuamente, porque hay alternativas de comunicación como las señaladas VoIP-Internet, y porque hay en el mercado una presión a la baja de los precios y una continua tendencia hacia una situación de equilibrio de los precios de las llamadas fijo-móvil y móvil-fijo.

En segundo lugar, TME no tiene un poder significativo de mercado en su mercado 7, en contra de lo resuelto por la Administración, Por tanto está en

desacuerdo con la consecuencia que alcanza la CMT, un precio máximo de 1,09 céntimos el minuto por el servicio de terminación de llamadas. Este precio supone para TME una disminución del 75% respecto del fijado en la resolución de 29 de julio de 2009 que era de 4 céntimos de euro el minuto.

El método utilizado para fijar este precio es el denominado LRIC puro. Según este método Telefónica Móviles no puede cobrar a otros operadores el coste de las instalaciones de cobertura y otros costes que ella considera básicos para prestar el servicio, como son la construcción, mantenimiento, reposición de instalaciones, costes vinculados al espectro radioeléctrico, atención de incidencias, expropiaciones, indemnizaciones alquileres, etc.

Si puede repercutir los costes de capacidad adicional, costes destinados a dotar de mayor capacidad de tráfico a la red.

Señala que por la competencia existente en el mercado minorista y en otros mercados mayoristas la recurrente no puede trasladar a estos mercados los costes de cobertura que no recupera en el mercado 7 sin perder cuota de mercado, con lo que la CMT estaría otorgando a sus competidores una ventaja competitiva injustificada.

-. Se alza igualmente contra el periodo de tiempo fijado para aplicar el precio máximo.

Como hecho final destaca que la resolución impugnada trata a TME de manera discriminatoria y por tanto asimétrica en tres sentidos o niveles de asimetría: frente a los operadores sin red, y en concreto frente a Yoigo, operadora con red a quién se autoriza a aplicar precios más altos que Movistar hasta julio de 2013; y frente a los nuevos titulares de espectro a los que se ha decidido no aplicar las mismas condiciones que a TME desde que comiencen con su explotación, con la consecuencia de desfases innecesarios hasta que se fijen sus concretas obligaciones.

Como sustrato de sus argumentos, la parte actora sostiene que la Recomendación de la Comisión Europea es contraria a derecho al igual que la resolución de la CMT impugnada porque la intervención en el mercado supone imponer a la actora obligaciones ex ante que son especialmente gravosas por ser de control de precios, porque no incluyen una tasa razonable de rendimiento, no permiten recuperar los costes reales y no solo se perjudica la posición de Movistar frente a sus competidores sino que se obstaculizan los objetivos comunitarios de inversión y competencia en redes.

La Recomendación carece de eficacia si es contraria a derecho, y la resolución impugnada vulnera los derechos de propiedad y libertad de empresa consagrados en los Arbs. 33 y 38 de la Constitución. Se habría infringido igualmente la ley de expropiación forzosa, con violación de los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima.

El Abogado del Estado por su parte considera que el mercado relevante está perfectamente definido, en el momento en que se lleva a cabo tal definición y según

las pautas de la Unión Europea; así resulta que en el momento en que se realiza tal definición las llamadas vía conexión de datos no son sustitutivas en el mercado aunque puedan serlo desde el punto de vista tecnológico. Los estudios de mercado acreditan que los consumidores no las usan.

Con un sistema de precio de terminación orientado a costes las redes de todos los operadores de red funcionan como si fuera única, y los operadores perciben una cantidad cuando la llamada se gestiona por otro operador pero se emplea la red del primero para terminarla. Lo que hace la CMT es imponer una retribución al operador de terminación que se limita a los costes incrementales en que incurre cada operador por ampliar y mantener la parte de red correspondiente a las llamadas off net que recibe.

Del coste total de implantación y mantenimiento de la red se distingue entre la parte imprescindible para dar servicio a los propios clientes y el refuerzo de tal red que las llamadas procedentes de otros operadores de red imponen.

Los costes fijos correspondientes a la mera existencia de la red se engloban en el primer grupo, sin que se haga participar en ellos a las llamadas de otras redes: se excluyen los costes en los que el operador necesariamente incurriría si no recibiera llamadas de otras redes.

El planteamiento de la recurrente, siempre según las alegaciones del Abogado del Estado, se basa en que ha realizado un mayor esfuerzo inversor que sus competidores por dar cobertura a más territorio: considera que el argumento no es válido porque los costes pueden ser repercutidos a sus clientes, a los operadores móviles virtuales, y finalmente porque todos los operadores ofrecen sus redes a todos los clientes, los propios y los de sus competidores, pero los clientes pagan los costes propios y los incrementales los pagan los competidores.

La representación procesal de France Telecom alega que entre las funciones que el art. 48.4.g) de la ley General de Telecomunicaciones asigna a la CMT se encuentra la de definir los mercados.

Considera que al imponer determinadas obligaciones a FT la CMT no ha actuado de conformidad a derecho, pero que considera ajustada a la legalidad la imposición a TESAU determinadas obligaciones.

En cuanto al glide path expone que la regulación propuesta de precios es una solución razonable a los problemas y distorsiones competitivas. Considera que la senda descendente propuesta por la CMT busca equilibrar por un lado un objetivo: lograr lo antes posible unas tarifas de terminación móvil simétricas y fijadas de acuerdo al estándar de costes BULRIC puro; y por otro lado otro objetivo: fijar un marco estable de reducción de precios de terminación para que todos los operadores puedan planificar sus presupuestos, sus planes de negocio e inversiones con cierta seguridad.

La representación procesal de XFERA MOVILES considera que las llamadas a voz móvil constituyen un mercado minorista diferenciado de otras alternativas de

comunicación, como lo señaló la Comisión Nacional de la Competencia en su informe preceptivo.

El mercado de terminación móvil ha sido definido como nacional por todos los organismos de regulación europeos.

Si bien un primer momento la CNC indicó a la CMT la conveniencia de realizar un análisis para conocer la existencia o inexistencia de barreras de entrada en el mercado mayorista, el informe en cuestión no contradice las conclusiones de la CMT sobre la existencia en el mercado de varios operadores con poder significativo, entre ellos TME, ni la condición monopolística que tanto los OMR como los OMV ostentan en la prestación del servicio correspondiente.

Si bien las recomendaciones de la Comisión Europea no tienen carácter vinculante, los arts. 2.1 y 3.1 del Real Decreto 2296/2004 obligan a la CMT a respetar dichas recomendaciones.

Continúa analizando para desestimarlas, las alegadas violaciones de principios constitucionales, concluyendo que la intervención administrativa está plenamente justificada por la protección de los intereses generales.

**CUARTO-** Esta Sala dictó sentencia el pasado día 5 de mayo de 2014 en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por VODAFONE ESPAÑA S.A.U. contra la misma resolución objeto de impugnación en el presente recurso. La sentencia es desestimatoria y TME compareció como codemandada.

La Sala considera que debe examinar en primer lugar la alegación relativa al valor no vinculante de las recomendaciones y su sometimiento al derecho de la Unión Europea, originario y derivado, y al derecho estatal constitucional, y al hecho de que la resolución impugnada sería nula de pleno derecho por contravenir los derechos constitucionales de propiedad y libertad de empresa consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El artículo 288 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, antiguo artículo 249 del Tratado CE establece:

*“Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.*

*La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*

*La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”*

La propia resolución impugnada recuerda que debe tomar en consideración la recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios del sector de las comunicaciones electrónicas de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Según esta, pueden ser objeto de regulación ex ante entre otros el mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales.

El 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 establece literalmente lo siguiente:

*“Artículo 2. Mercados de referencia.*

*1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta las directrices de la Comisión Europea para el análisis de mercados y la determinación de operadores con poder significativo en el mercado, así como las recomendaciones de la Comisión Europea relativas a mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación «ex ante», definirá mediante una resolución publicada en el «Boletín Oficial del Estado» los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor y su ámbito territorial, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas.*

*2. En concreto, cada mercado de referencia abarcará todos los servicios de comunicaciones electrónicas que sean suficientemente intercambiables o sustituibles, ya sea por sus características objetivas (en virtud de las cuales resultan especialmente idóneos para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, sus precios o su uso previsto) ya sea por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la demanda en el mercado de que se trate.*

*3. El ámbito territorial de los mercados de referencia se establecerá sobre la base de áreas en las que los operadores participan en la oferta y la demanda de los correspondientes servicios de comunicaciones electrónicas, las condiciones de competencia son similares o suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de las zonas vecinas por ser considerablemente distintas las condiciones de la competencia prevalentes.”*

Por su parte el Art. 3.1 del Reglamento aprobado por el Real Decreto citado.

*Artículo 3. Procedimiento de análisis de mercado.*

*1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo, como mínimo cada dos años y, en todo caso, tras la adopción de las recomendaciones de la Comisión Europea relativas a mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación «ex ante», un análisis de los mercados de referencia a los que se refiere el artículo 2.*

*Los análisis se realizarán teniendo en cuenta las directrices establecidas por la Comisión Europea y previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia. A tal*

*efecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adjuntará a la solicitud del citado informe toda la información relevante para que ésta pueda proceder a una adecuada valoración del grado de competencia existente en los mercados de referencia. El Servicio de Defensa de la Competencia emitirá su informe en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la referida solicitud.*

*Estos análisis tendrán como finalidad determinar si los distintos mercados de referencia se desarrollan en un entorno de competencia efectiva y se realizarán desde una óptica prospectiva, para determinar si la ausencia o existencia de competencia efectiva en cada mercado es una situación perdurable y, considerando en este último supuesto, si la supresión de las obligaciones específicas que, en su caso, tuvieran impuestas los operadores podría llevar a alterar la situación de la competencia en el mercado en cuestión o si la ausencia de competencia aconseja la imposición de obligaciones específicas."*

La secuencia histórica de las Recomendaciones de la Comisión Europea es la siguiente:

- 1-. Recomendación de 11 de febrero de 2003.
- 2-. Recomendación de 17 de diciembre de 2007.
- 3-. Recomendación de 7 de mayo de 2009.

Antes de continuar con el examen del recurso, es preciso dejar establecido que si bien las Recomendaciones ex art. 288 TFUE no son vinculantes, la CMT está obligada a seguirlas según lo dispuesto en los preceptos reproducidos del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

**QUINTO-** En relación con la definición del mercado de producto, que coincide con lo indicado en la Recomendación del año 2007 que TME considera "reducido y artificial", el punto de partida es, como se ha visto, que por mor de lo determinado en la legislación nacional la citada Recomendación debe ser tomada en consideración para regular este mercado.

Si bien su argumentación se basa sobre la definición del mercado, el acento se pone en lo que se denominan "medidas .... asimétricas e injustas". La propia actora, previa alusión al informe de la CNC que según TME habría criticado la exclusión del servicio de terminación de mensajes cortos, acepta expresamente que la exclusión del mercado del servicio de finalización de llamadas que prestan los OMR a los OMV no afecta a la definición, pero considera que si afecta a la fijación de precios.

La cuestión más relevante es la improcedente, según TME, exclusión de servicios que considera sustitutivos, las aplicaciones VoIP, y los servicios de mensajería instantánea. La alegación es meramente superficial y no encuentra sustento en un análisis concreto de la supuesta sustituibilidad: la Sala no aprecia que tales aplicaciones y servicios sean utilizados indistintamente por los mismos porcentajes de usuarios y en identidad de situaciones es decir, que sean

intercambiables en términos generales. Como apunta el Abogado del Estado en su escrito de conclusiones, por más que las llamadas vía conexión de datos sean sustitutivas desde el punto de vista tecnológico, no lo son desde el punto de vista de los usuarios, y en todo caso, no se ha establecido por la actora que haya existido un trasvase relevante de los consumidores de uno a otro producto.

Igualmente considera errónea la definición del mercado geográfico: según la actora no puede ni debe ser el territorio nacional pero no aporta indicación de cual debe ser el mercado geográfico. Tal consideración sobre el ámbito geográfico no es sino un argumento que se pone en relación con la alegada necesidad de que la CMT autorizase a TME a "reflejar esta realidad física, tecnológica y de costes", es decir, a repercutir sus costes de infraestructuras, o finalmente, a no utilizar el método LRIC. Es decir: no se está en desacuerdo con la definición del mercado de producto y geográfico, sino con la utilización de un modelo que no permite a la recurrente compensar determinados costes.

Finalmente, "alega que no solo yerra la CMT en la definición del mercado sino que también lo hace en la interpretación de competencia del mercado" pues la actora considera improcedente la regulación ex ante porque si existe poder compensatorio de la demanda : el propio mercado habría ido compensando y equilibrando el tráfico y los ingresos entre operadores. La fijación de precios es improcedente.

La propia Comisión Europea en la última recomendación expresamente coincide en la existencia de problemas de competencia en este mercado, y en la comprobación de que hay un riesgo cierto de que los precios de las llamadas de fijo a móvil sean excesivos y en la potencial discriminación de precios en las llamadas móviles fuera de red. En consecuencia, concluye en el año 2012, procede imponer un control de precios.

Ya en la Recomendación del año 2007, la Comisión había analizado con más detalle precisamente la circunstancia de que un mercado que se caracteriza por fuertes obstáculos al acceso, puede tender a una situación de competencia efectiva si dentro del mismo existen factores estructurales que corrijan tal circunstancia. Se indicaron los criterios para determinar cuando un mercado puede ser objeto de regulación ex ante porque la legislación sobre competencia no es suficiente para remediar los fallos. En el año 2012 no se ha puesto de manifiesto el poder compensatorio de la demanda, y buena prueba de ello es la propia evolución de los precios, y el precio que se impone con base en la metodología discutida. El mero descenso de precios no revela por si solo, como resulta de la argumentación de la actora, la inexistencia de circunstancias que justifiquen la regulación ex ante. El descenso pudo ser mayor y más rápido, no cualquier rebaja en el precio de un servicio revela que existe poder compensatorio de la demanda.

La Sala da por expresamente reproducidos los argumentos que la CMT recoge en las pags. 22 y 23 del acuerdo sobre el poder compensatorio de los operadores fijos ante los OMR, el poder compensatorio de la demanda entre los OMR y OMV completos, y en la pag. 24 sobre los comentarios de la CNC en relación con un servicio que pertenece al ámbito del mercado 15 y se concluye en el mismo sentido que el acuerdo impugnado: ni los operadores fijos ni los móviles cuentan con un

poder compensatorio de la demanda que les permita disciplinar a la actora y a Vodafone.

Por otra parte, el informe de la CNC además de indicar aspectos que a su juicio deberían completarse en el análisis realizado por la CMT del mercado en cuestión, concluye "la necesidad de introducir una rebaja más intensa y más rápida de los precios máximos de terminación de llamadas móviles de la que se recoge en el proyecto de medida, lo que a su vez tendría mayores y más inmediatos efectos positivos sobre la competencia efectiva en los mercados afectados".

**SEXTO-**. En segundo lugar, TME está básicamente en desacuerdo con la utilización para fijar el precio máximo de 1,09 céntimos el minuto por el servicio de terminación de llamadas del método LRIC que le impide cobrar a otros operadores el coste de las instalaciones de cobertura y otros costes de prestación del servicio que a su juicio son básicos.

En la demanda, tras exponer las obligaciones recogidas por la CMT, de acceso, de control de precios y relacionadas, de control de precios y relacionadas con las OMR, de control de precios de los OMV, de estructura tarifaria de los precios de terminación de los operadores con PSM, de no discriminación y de transparencia, muestra su disconformidad con el modelo LRIC puro.

La aplicación de este sistema, siempre según la recurrente, es expropiatorio y confiscatorio, y como tal contrario a los Arts 33.3 de la Constitución, 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por un lado, y a los Arts. 38 de la Constitución y 17 de la Carta, al igual que vulnera el derecho de la defensa de la competencia nacional y comunitario y la ley General de Telecomunicaciones.

El control de precios por la CMT está contemplado en el art. 13.1.e de la ley 32/2003 en los siguientes términos literales:

*"Artículo 13. Obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia.*

*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."*

En la sentencia de esta Sala de 8 de septiembre de 2010 en la que se impugnaba una resolución del regulador relativa a la fijación de precios de

interconexión de terminación en una concreta red, se estudió la cuestión de la legalidad del sistema empleado, y en concreto de los precios orientados a costes, y del "glide path". Allí se señaló que la CMT tiene atribuidas legal y reglamentariamente la potestad de fijar los precios, y que *"para la llevanza y desarrollo de esa potestad de fijación de precios la norma no prevé tasados métodos de ejercicio sino que deja estos en su mayor medida abiertos, es decir, a expensas de su selección por el propio órgano administrativo. Y ello es lógico por la notoria imposibilidad de prever normativamente todas y cada una de las situaciones y necesidades que pudieran llegar a existir en el entorno regulado."*

En esta sentencia se señaló igualmente que *"orientación a costes" no significa "equivalencia con costes", ni comporta exclusión de márgenes; de modo que la Ley introduce aquí un parámetro referencial contenido en un concepto jurídico indeterminado de evidente amplitud y que está necesitado de integración.*

*Y a este respecto el Tribunal Supremo ha dicho, por ejemplo en su STS de 3 de noviembre de 2005, que «la fórmula general de "orientación a costes" permite varias soluciones igualmente válidas en derecho, de modo que difícilmente podría anularse una decisión del organismo regulador que, en los límites de su capacidad, entendiera el término "costes" en un sentido más o menos amplio».*

La Sala entiende que, con independencia de cual sea la naturaleza jurídica de los precios regulados, que es analizada en la demanda, en este caso concreto los litigiosos carecen del carácter expropiatorio que la misma les atribuye. En primer lugar porque la expropiación comporta una privación singular de los bienes expropiados que no ha tenido lugar en este caso; en segundo lugar porque el sistema de precios que se establece no supone una carga distinta y desproporcionada para Telefónica, y finalmente, porque se trata de establecer al final de un determinado plazo un precio previa una "senda descendente" que constituye un umbral máximo por debajo del cual cada operador puede establecer el que considere adecuado.

Las similitudes que la actora ve entre los precios regulados y la expropiación forzosa residen en que es en ambos casos la Administración, con sometimiento al principio de legalidad quién recorta severamente el derecho de libre contratación y disposición de los propios bienes a favor de un tercero. Olvida la recurrente que se trata de una medida de carácter general que alcanza a todos los operadores que terminan las llamadas en su red de la misma manera: todos cobrarán los mismos precios. Lo que alega es que debió de ser discriminada favorablemente, permitiéndole valorar sus costes de modo diferente, y esta no discriminación en su favor es lo que de hecho considera expropiatorio. El hecho de que tal aspecto de la cuestión no haya sido aceptado en el sistema litigioso no transforma los precios en expropiación forzosa.

No se aprecia la alegada limitación del derecho de propiedad porque al valorar la CMT los costes de forma que según TME es ilícita, el precio impuesto litigioso deviene en confiscatorio. El argumento de que TME es expropiada en pro de los operadores que reciben la prestación de servicios por Movistar no guarda ninguna relación con la realidad: la resolución de la CMT continúa en una línea de actuación dirigida a abaratar el precio del servicio telefónico, sin distinción entre operadores,

centrándose, en este caso, en suprimir la diferencia que hasta ahora sufría el usuario cuando el destinatario de su llamada no era cliente de su mismo operador. Como alega el Abogado del Estado, la diferencia entre llamadas on net y off net deja de ser relevante, y esta circunstancia diluye la ventaja competitiva que antes proporcionaba a los operadores que tenían mayor cuota de mercado y por lo tanto mayor porcentaje de llamadas on net. Sin hacer nada, simplemente porque tenían una elevada cuota de mercado, estas diferencias de precio permitían imponer un precio de terminación elevado a los demás, que tenía las correspondientes consecuencias tanto para el operador como para los clientes de este.

La red funcionará como si fuera única, al no distinguirse entre aquellas dos formas de terminación, y la CMT calcula la retribución al operador que termina la llamada iniciada por un cliente de otro operador teniendo en cuenta los costes incrementales en que ha incurrido por mantener la parte de su red que necesita para dar ese servicio, terminación de las llamadas off net que recibe de otros operadores. Tiene así cada uno de los operadores unos costes fijos, por atender a sus clientes, y otros incrementales, de refuerzo de la red para dar el servicio de terminación a clientes de terceros. Para calcular este esfuerzo de red adicional o reforzada, la actora pretende que, en su caso, y únicamente en su caso, se tengan en cuenta los mayores gastos que ha sufrido por proporcionar cobertura y dar servicio en zonas menos pobladas del territorio del Estado.

Como señala el Abogado del Estado, si ha debido realizar mayores inversiones para garantizar más cobertura, son los clientes de Movistar los beneficiados, y si para atender las llamadas de clientes de otros operadores ha debido realizar inversiones, los costes correspondientes a estas se repercuten a dichos clientes.

Del dictamen pericial de parte resulta que el modelo utilizado es precisamente aquel que la Comisión Europea indicó en la Recomendación, con exclusión de determinados costes, de manera que *“solo se recuperarian a través del precio de terminación los elementos de la red de acceso adicionales (BTS y equipos) que se requieren en zonas urbanas y densamente pobladas para prestar el servicio de terminación...”* y *“obvia los costes asociados a los elementos de red que dan cobertura en las zonas poco densamente pobladas”* siendo así que, siempre según el informe, la situación de España pone de manifiesto diferencias que justifican un trato diferente: *“la aplicación del LRIC resulta en principio más gravosa en España que en los países que la CMT toma como referencia”*.

El alegado hecho de que España sea diferente en cuanto a la existencia de zonas poco pobladas no constituye un hecho diferencial de tal magnitud que justifique una solución diferente a la adoptada para el resto de los Estados Miembros de la Unión Europea. Entre el conjunto de factores tenidos en cuenta primero por la Comisión Europea y luego por la CMT, la configuración de la distribución geográfica de la población no es en modo alguno el más importante. Basta la lectura de la resolución impugnada para constatar que se busca la máxima adaptación a las circunstancias nacionales, y así se admite en el informe de la autoridad europea una desviación respecto de la Recomendación de la Comisión Europea pero se insiste por esta en la necesidad de un enfoque europeo coherente en materia de tarifas de terminación.

El resumen de la cuestión es, a juicio de esta Sala, que como indica el perito el sistema utilizado excluye “un cierto margen de retorno sobre la inversión” en contra del interés de TME de que en su caso si se tomara en consideración. En la resolución impugnada se establece que la decisión debe adoptarse tomando en consideración los objetivos fijados en la Directiva marco, “debiendo elegir la obligación que suponga menor carga y teniendo en cuenta los efectos en los mercados conexos”. A tal fin, se trata de promover un entorno regulador previsible, fomentar la inversión eficiente orientada al mercado y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas y TME considera que dado que el método utilizado no permite que se tenga en cuenta su inversión anterior, no se alcanzará tal misión de fomento de la inversión.

El reconocimiento de la inversión realizada por un operador en el pasado no implica per se un incentivo para que el mismo operador o sus competidores inviertan en el futuro, y en todo caso el objetivo de esta medida no es el fomento de la inversión sino la promoción de decisiones de producción y consumo eficientes. Como contestó la CMT a similares alegaciones de TME en el procedimiento administrativo, ya la Comisión Europea analizó el impacto de la propuesta y llegó a la conclusión de que el estándar LRIC puro es el que maximiza los beneficios para la sociedad en su conjunto. Y que la inversión efectuada a tomar en consideración no es otra que la relacionada con el servicio de terminación, y no la total inversión del operador.

**SEPTIMO-** Se alega igualmente que la resolución impugnada vulnera el principio constitucional de libertad de empresa, y la normativa de Defensa de la Libre Competencia nacional y comunitaria.

El principio constitucional de libertad de empresa, según señaló el Tribunal Constitucional entre otras en la sentencia 11/2006, está limitado por la protección de la libre competencia. En este caso, y como se ha señalado en anteriores fundamentos jurídicos, está permitida la regulación ex ante de determinados mercados, y en concreto del litigioso, si se cumplen determinados requisitos cuya existencia se comprobó tanto por la autoridad comunitaria como por la nacional.

En cuanto al principio de seguridad jurídica, la violación del mismo alegada en la demanda, se conecta al principio de confianza legítima y al principio de proporcionalidad: la Administración habría cambiado las reglas del juego de manera abrupta porque ha incentivado, fomentado y promovido las inversiones de TME y ahora no le permite recuperarlas.

El principio de confianza legítima, constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo en su jurisprudencia desde 1990 y ya en nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2).

En la STS de 10-5-99 se recuerda que *“la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro*

*ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general”.*

*Por otra parte, en la STS de 1-2-99 se recuerda que “este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, dicho en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa”.*

A la vista de esta jurisprudencia, puede concluirse, que ni la regulación ex ante de este mercado, ni el establecimiento de un precio objetivo en un plazo de tiempo concreto ni desde luego las restantes declaraciones del acto administrativo impugnado conculcan estos principios. No se explica por la recurrente el dato fundamental: en qué actuación administrativa confiaba para entender que fuera cual fuera la situación al regular los mercados se iban a tener en cuenta los costes sufridos en el pasado por la actora. Alega que “buena parte del despliegue

que Movistar ha asumido a estos efectos es consecuencia de obligaciones impuestas por la administración” pero no que la Administración le había garantizado un modelo de recuperación de los gastos efectuados en dicho inconcreto “despliegue” fueran cuales fueran las circunstancias de los mercados.

**OCTAVO-** La actora considera que el plazo establecido para alcanzar el precio objetivo es contrario a los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima, y que causa daños efectivos respecto de derechos consolidados e incorporados al patrimonio de TME. Igualmente considera que el plazo es menor que el concedido en situaciones similares anteriores.

La CMT ha ajustado el plazo al máximo, incluso frente a las indicaciones comunitarias. Señala expresamente que se hace en cumplimiento del art. 8 de la Directiva de acceso según el cual las obligaciones impuestas por el regulador deben guardar proporción con los problemas de competencia detectados, que en este mercado eran dos: precios excesivos en la terminación móvil con origen fijo y discriminación de precios en las llamadas off-net. Frente a las razones tenidas en cuenta por la CMT para establecer unos escalones semestrales y alcanzar el precio objetivo en 2,5 años, TME, en el expediente administrativo, únicamente solicitó seis meses más de plazo; la CMT contestó que caso de dilatar el plazo como pretende la ahora actora se retrasaría demasiado la fecha en la que se alcanzarían los precios objetivo en relación con el resto de los europeos, siendo así que el que más tarde lo ha situado es el Reino Unido, el mes de abril de 2014, y aceptar la pretensión de TME situaría la fecha final en abril de 2015. La recurrente no ha combatido eficazmente estas consideraciones en sus escritos procesales.

El plazo le parece al perito inconsistente con la propia filosofía del LRIC. Dice literalmente:

*“para el cálculo del LRIC no se tienen en cuenta los costes de la red que tiene desplegada el operador, sino los de una red teóricamente eficiente que contara con una arquitectura tecnológica y dimensionamiento óptimos. Con ello se pretende dar al OMR los incentivos adecuados para mejorar la eficiencia de su red. Dicha mejora conlleva inversiones y cambios que no pueden implementarse en un período reducido de tiempo sino únicamente en el medio-largo plazo. Ello pone de manifiesto la dificultad que enfrenta TME a la hora de mitigar el impacto de una medida adoptada por la CMT en su Resolución.”*

La CMT ha analizado el plazo, lo ha extendido al máximo, en comparación con el resto de los Estados Miembros, y al final, las consideraciones del perito suponen volver a la cuestión que se encuentra en el centro del recurso de TME: no se le permite recuperar determinados “costes” y a mayor plazo de entrada en vigor del precio objetivo mayores posibilidades para TME de recuperar dichos “costes”. Esta consideración no convierte a la resolución impugnada en nula de pleno derecho como se pretende.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación, en los extremos objeto de este litigio, de la resolución impugnada.

**NOVENO-** Deben imponerse las costas de este recurso a la parte actora que ha visto totalmente desestimadas sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional. Siendo de aplicación la redacción posterior a la reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales, pues se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su Disposición Final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación, y este recurso se interpuso el día 22 de junio de 2012.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

### FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFONICA MOVILES S.A.U.** contra la Resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 10 de mayo de 2012 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

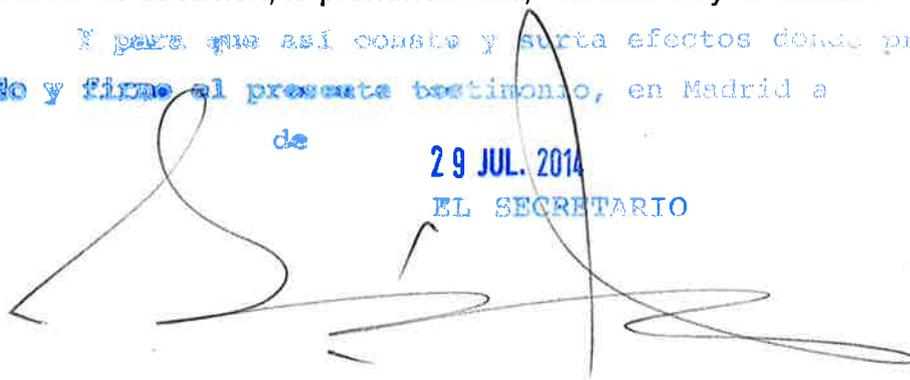
Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*Y para que así conste y surta efectos desde proceda  
extiende y firme el presente testimonio, en Madrid a*

de

29 JUL. 2014

EL SECRETARIO





**AUDIENCIA NACIONAL**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN: 008**

N40210 OFICIO TEXTO LIBRE ART 149 LEC

C/ GOYA, 14 CP 28001  
91 400 73 10/11/12

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2012 0005449

**Procedimiento:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000377 /2012 -MG

**Proc. de origen:** /

**Sobre:** EN COMUNICACIONES

**De D./Dña.** TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.

**Letrado:**

**Procurador Sr./a.** D./Dña. ANA MARIA LLORENS PARDO

**Contra:**

**ABOGADO DEL ESTADO**

R.S. 150/14

COMISION NACIONAL MERCADOS Y COMPETENCIA
Entrada
000 Nº. 201400004762 24/11/14 12:55:28

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección, en los autos referenciados al margen, adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que no es firme, al haberse preparado recurso de casación por la representación y defensa de los recurrentes.

Sírvase disponer se acuse recibo.

En MADRID, a 18 de Noviembre de 2014.

**EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL**



COMISION MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES  
C/ BOLIVIA, 56  
08018- BARCELONA

