



Roj: **STS 2432/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2432**

Id Cendoj: **28079130032017100257**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/06/2017**

Nº de Recurso: **3842/2014**

Nº de Resolución: **1043/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 13 de junio de 2017

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3842/2014, interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U., representada por la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de D. Jorge Aguirregomez corta, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 28 de julio de 2014 en el recurso contencioso-administrativo número 377/2012. Son partes recurridas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado; Xfera Móviles, S.A., representada por el procurador D. José Lledó Moreno y bajo la dirección letrada de D. Hilario Hernández Marqués y D.ª Consuelo Vallejo Cayre, y Orange Espagne, S.A., representada por el procurador D. Roberto Alonso Verdú y bajo la dirección letrada de D. Pablo Mayor Menéndez y D. José Luis Pérez-Campoamor Orejas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 28 de julio de 2014, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de mayo de 2012, por la cual se aprueba la definición y el 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, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de comunicaciones Electrónicas (expte. MTZ 2011/2503).

**SEGUNDO** .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 12 de noviembre de 2014, acordando emplazar a las partes para su comparecencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

**TERCERO** .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Telefónica Móviles España, S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 22 de diciembre de 2014, mediante escrito por el que interpone el recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, y del artículo 2 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración;

- 2º, por infracción de los artículos 16 y 17 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales; de los artículos 33 y 38 de la Constitución , y de los artículos 3 y 12.1.e) de la Ley 32/2003, de 2 de noviembre, General de Telecomunicaciones , y

- 3º, por infracción de los principios de proporcionalidad, de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, declarando que la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impugnada es contraria a derecho de conformidad con los motivos formulados. Mediante otrosí solicita que, con carácter subsidiario y si la Sala lo estima necesario, acuerde el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 7 de abril de 2015.

**CUARTO** .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia declarando no haber lugar al mismo, todo ello con imposición de las costas procesales a la parte recurrente. Por otrosí expresa su oposición al planteamiento de cuestión prejudicial expuesto por la recurrente en su escrito.

También se ha opuesto al recurso de casación la representación procesal de Xfera Móviles, S.A., quien solicita en su escrito que en su día el tribunal dicte sentencia confirmatoria de la recurrida.

Asimismo ha expresado su oposición al recurso de casación Orange Espagne, S.A., cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia en cuya virtud se inadmita o, en su defecto, desestime el mismo, confirmando la sentencia recurrida, y con expresa imposición de costas a la parte recurrente, así como a la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial.

**QUINTO** .- Por providencia de fecha 15 de febrero de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 9 de mayo de 2017, en que han tenido lugar dichos actos.

**SEXTO** .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Telefónica Móviles España, S.A.U., impugna en casación la Sentencia de 28 de julio de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en materia de telecomunicaciones.

La Sentencia recurrida desestima el recurso contencioso administrativo entablado por la citada mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones relativa a los mercados de terminación de llamadas en redes móviles, en la que se definían tales mercados, se designaban los operadores con poder significativo en ellos y se les imponían obligaciones específicas.

El recurso se basa en tres motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el primer motivo se alega la vulneración del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE ), de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución y del artículo 2 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. La infracción de los preceptos citados se debería a que la Sentencia impugnada atribuye carácter vinculante a las recomendaciones de la Comisión Europea en la materia.

El segundo motivo se funda en la infracción de los artículos 16 y 17 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, de los artículos 33 y 38 de la Constitución y de los artículos 3 y 13.1.e) de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre). Tales infracciones se atribuyen a que con la interpretación mantenida por la Sala de instancia se impide a los operadores con poder significativo de mercado repercutir la totalidad del coste del servicio de terminación de llamadas en redes móviles a los demás operadores a quienes se presta dicho servicio, vulnerando con ello los derechos de propiedad y libertad de empresa.

En el tercer y último motivo se aduce la infracción de los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima. Considera la sociedad actora que la reducción de las tarifas afectadas en un 75% en poco más de un año le impide recuperar los elevados costes de las inversiones realizadas en contra de las expectativas razonables derivadas de la aplicación de la normativa anterior.



**SEGUNDO** .- Sobre el motivo primero relativo al carácter no vinculante de las recomendaciones de la Comisión Europea.

La Sentencia de instancia que se recurre sostiene que las recomendaciones de la Comisión Europea en materia de telecomunicaciones son vinculantes para España por las siguientes razones:

" **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 debe 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. Cuanto 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, y a 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." (fundamento jurídico cuarto)

La Sala se equivoca en la conclusión a la que llega sobre el carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión Europea como consecuencia de la regulación nacional, aunque por las razones que vamos a ver ello resulta irrelevante en el presente caso y no conduce a la casación de la Sentencia.

La Sala de instancia coincide con la recurrente en cuanto a que, por sí propias ( ex artículo 288 del TFUE ), tales recomendaciones no son vinculantes, por lo que tal afirmación no es objeto de controversia. Sin embargo, no tiene razón cuando afirma que "está obligada a seguirlas según lo dispuesto en los preceptos reproducidos del Real Decreto 2296/2004".

En cuanto a la propia fuerza de las recomendaciones el citado artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es taxativo, pues establece sin ambages que "las recomendaciones y los dictámenes no son vinculantes". En lo que respecta al artículo 2 del Reglamento de Mercados de las Telecomunicaciones electrónicas, su tenor literal es el 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. [...]"

Pues bien, la Sala de instancia se confunde en dos aspectos de su interpretación. En primer lugar, no puede admitirse que la expresión "teniendo en cuenta" equivalga a dotar de carácter vinculante a las directrices y recomendaciones de la Comisión Europea a las que se refiere el precepto. La expresión supone que el regulador nacional no puede desconocer el sentido y contenido de las directrices y recomendaciones, antes al contrario, que debe cumplir el mandato al que se refiere el precepto en consonancia con las mismas, pero ello no conlleva un seguimiento exacto a ellas, como sucedería en caso de que fueran vinculantes. Así, aun actuando en el sentido de dichas directrices y recomendaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene un indudable margen de interpretación y adaptación de las mismas a las circunstancias concretas del mercado español, lo que puede llegar, en su caso, a separarse de ellas en aspectos específicos o a modular su contenido.

Pero es que, en segundo lugar, el apartado que se discute tiene un alcance limitado a un aspecto muy concreto, como lo es la definición de los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas (al por mayor y al por menor) y su ámbito territorial, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas. Esto es, de acuerdo con su tenor literal reproducido *supra*, la obligación establecida por este concreto precepto de "tener en cuenta directrices y recomendaciones de la Comisión Europea" se restringe a la definición de los citados mercados y a ninguna otra cuestión. Lo cual es importante



para el presente caso, dado que la controversia en el mismo se refiere no sólo a la definición de tales mercados, sino también y sobre todo a un aspecto distinto, como lo es el alcance de las obligaciones específicas que el regulador español ha impuesto en la resolución impugnada en la instancia a los operadores con poder significativo en el mercado de finalización de llamadas en redes móviles.

Esta precisión, con ser relevante, no afecta sin embargo al recurso. En efecto, con independencia de que la Sentencia impugnada haya entendido que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estaba obligada a seguir lo establecido en la recomendación de 7 de mayo de 2009 de la Comisión Europea, el caso es que luego justifica la resolución del regulador español por sus propios méritos, esto es, por su contenido material. Así las cosas la desestimación del recurso no deriva de su afirmación sobre la vinculación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a las recomendaciones de la Comisión Europea por virtud del artículo 2 del referido Reglamento de los Mercados de Telecomunicaciones, por lo que el error interpretativo resulta irrelevante para el fallo y no puede conducir a la estimación del motivo y a la casación de la Sentencia.

**TERCERO** .- Sobre el motivo segundo, relativo al coste del servicio de terminación de llamadas en redes móviles.

El segundo motivo sirve para expresar la discrepancia que mantiene la mercantil recurrente con la metodología sobre el cálculo del coste de servicio de terminación de llamadas en redes móviles que adopta la resolución administrativa y que avala la Sentencia recurrida. Dicho coste es repercutido por la operadora en cuya red termina la llamada a la operadora de la red en la que se produce la llamada y, según Telefónica, la metodología adoptada le impide recuperar la integridad del coste del servicio prestado. Además, Telefónica aduce la vulneración del derecho de propiedad y de la libertad de empresa y de determinados principios recogidos en la Ley General de Telecomunicaciones aplicable al caso.

La Sentencia recurrida se pronuncia sobre estas cuestiones en los siguientes términos:

" **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 impropia, 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 impropia 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 impropia.

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 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 sí 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 pagas. 22 y 23 del acuerdo sobre el poder compensatorio de los operadores fijos ante los OMR, el poder compensatorio de la demanda sobre 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. 13.13 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 atribuida 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 tasado 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 " *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 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 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 cliente 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 recuperarían 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 poner 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 de 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 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 legítimas 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 dimanante 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 ( arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , 102 y 102 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 periodo 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." (fundamentos jurídicos quinto a octavo)

Tal como hemos indicado el problema reside, según la recurrente, en que, de acuerdo con la metodología adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución de 10 de mayo de 2012, los operadores con red propia (Telefónica Móviles, pero también Vodafone y Orange) sólo pueden cobrar a los operadores en cuyas redes se inicia la llamada los costes de las instalaciones adicionales e imprescindibles para prestarles el servicio de terminación de llamadas en redes móviles, pero no el coste de la integridad de la red. Así, sólo se les puede cobrar por los costes de capacidad adicional destinados a dotar de mayor capacidad a la red de forma que se puedan prestar los referidos servicios, pero no en cambio los costes de cobertura y otros costes básicos del servicio vinculados a la prestación del servicio a todos los usuarios.



Pues bien, en opinión de la parte dicha metodología no estaría conforme con el principio de orientación a costes requerido en la Ley General de Telecomunicaciones, en contra de lo que admite la Sentencia de instancia. Además, según Telefónica Móviles, con la metodología adoptada se vulneran los derechos de propiedad y la libertad de empresa, pues los operadores sin red utilizan la totalidad de la red de quien presta el referido servicio a un precio equivalente sólo a la capacidad adicional necesaria para atender el servicio de terminación de llamadas, y corresponde a los operadores titulares de la red asumir la diferencia entre lo pagado y el coste del mantenimiento de la integridad de la red. Se trata de una medida que aunque afecte a todos los operadores con red que prestan dicho servicio de terminación de llamadas en redes móviles y aunque su finalidad sea el abaratamiento del servicio telefónico, es confiscatoria para el operador que lo presta, puesto que el servicio de terminación de llamadas no sólo utiliza las instalaciones de refuerzo, sino también las de cobertura y otras conexas. Por tanto, afirma Telefónica, la referida metodología afecta al contenido esencial de su derecho a usar y explotar en plenitud los bienes de su titularidad.

Asimismo, afirma la recurrente, la Sentencia también vulnera los artículos 3 y 13.1.e) de la Ley General de Telecomunicaciones. En lo que respecta al artículo 3, porque su apartado a) establece como uno de sus objetivos el promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras. Y en lo que atañe al artículo 13.1.e), porque el mismo establece el control de precios, destinado a evitar que estos sean excesivos, pero fijando como criterio rector la orientación a costes y previendo el favorecimiento de la inversión, para lo que encomienda a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tener en cuenta la inversión efectuada y permitir una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital invertido.

Según la recurrente el método LRIC (long rang incremental costs) puro para la fijación de precios del servicio de terminación de llamadas en redes móviles adoptado por la Comisión incumple la orientación a costes puesto que no se reconocen todos los costes reales del servicio y elimina toda tasa razonable de rendimiento en relación con el capital invertido en infraestructuras necesarias para su prestación.

El motivo no puede prosperar en ninguno de sus apartados. La resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobando la metodología de imputación de costes del servicio de terminación de llamadas móviles sigue, efectivamente, la citada recomendación de la Comisión Europea. Y aunque la argumentación de la recurrente en relación con los principios de orientación a costes y de la rentabilización de las inversiones en infraestructuras es sólida, la referida metodología tiene asimismo una fundada justificación y no es posible afirmar que vulnere los principios y preceptos legales invocados.

La metodología adoptada se basa en la recomendación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea. La recomendación tiene por objeto evitar las incoherencias y divergencias que para la Comisión se dan en la regulación existente en los países de la Unión Europea, a pesar de que, en general, en todos ellos se prevé alguna forma de orientación a costes. Pero las diferencias en cuanto a control de precios y cálculo de los costes originan, según la Comisión, importantes falseamientos de la competencia (considerandos 1 a 3). En dicho contexto, afirma la Comisión, la principal preocupación de las autoridades de reglamentación es la tendencia de los operadores a la fijación de precios excesivos, por encima de los costes, lo que lleva a la Comisión a concluir que "establecer un planteamiento común basado en un nivel de costes eficiente y la aplicación de tarifas de terminación simétricas promovería la eficiencia y una competencia sostenible y maximizaría los beneficios de los consumidores en cuanto a precio y oferta de servicios" (considerando 7).

Con ese objetivo la Comisión Europea justifica la búsqueda de un modelo que denomina "ascendente" basado en un operador eficiente que utilice tecnología moderna, de forma que las tarifas compensen los costes actuales, y no los históricos contraídos que resulten ya ineficientes. Ese modelo podría asumir que la red central de tales operadores se base en redes de la próxima generación (considerandos 9 a 12).

Tales consideraciones llevan a la Comisión a recomendar un modelo de cálculo de costes en función de los costes incrementales a largo plazo -atenuado en algunos extremos-, en el que se da por supuesto que todos los activos se sustituyen a largo plazo, lo que permite una recuperación eficiente de los costes. En definitiva, ello conduce a un modelo en que sólo se computan los costes evitables, esto es, los "gastos contraídos de manera eficiente, que no se sustentarían si el servicio incluido en el incremento dejara de prestarse /es decir, costes evitables) [...]. Por consiguiente, es razonable aplicar un planteamiento basado estrictamente en los LRIC, en el cual el incremento pertinente corresponde al servicio mayorista de terminación de llamadas e incluye solo los costes evitables" (considerando 11). Finalmente, la recomendación señala:

"(14) Los costes evitables son la diferencia entre los costes totales a largo plazo identificados de un operador que presta su gama completa de servicios, y los costes totales a largo plazo identificados de ese operador, si presta su gama completa de servicios a excepción del servicio mayorista de terminación de llamadas a



terceros (es decir, el coste autónomo de un operador que no ofrezca servicio de terminación a terceros). Para garantizar una asignación correcta de los costes, es preciso hacer una distinción entre aquellos costes que están relacionados con el tráfico, es decir, todos los costes fijos y variables que suben cuando aumentan los niveles de tráfico, y aquellos que no están relacionados con el tráfico, es decir, todos los que no suben cuando aumenta el nivel de tráfico. Para identificar los costes evitables importantes para la terminación mayorista de las llamadas, deben descartarse los costes no relacionados con el tráfico. A continuación, puede ser adecuado asignar los costes relacionados con el tráfico en primer lugar a otros servicios (por ejemplo, originación de llamadas, SMS, MMS, banda ancha, arrendamiento de líneas, etc.), y solo en último lugar tener en cuenta el servicio mayorista de terminación de llamadas vocales. De este modo, el coste asignado al servicio mayorista de terminación de llamadas debería equivaler únicamente al gasto adicional contraído para prestar ese servicio. En consecuencia, la contabilidad de costes basada en un planteamiento de LRIC para los servicios mayoristas de terminación de llamadas en los mercados de telefonía fija y móvil debería permitir recuperar únicamente los costes que se evitarían si dejase de prestarse a terceras partes ese tipo de servicio."

Tras esta amplia fundamentación, la Comisión formula la recomendación en los siguientes términos:

"1) Cuando impongan obligaciones en materia de control de los precios y la contabilidad de costes de conformidad con el artículo 13 de la Directiva 2002/19/CE a los operadores designados por las autoridades nacionales de reglamentación como poseedores de un peso significativo en los mercados de terminación al por mayor de las llamadas de voz en redes telefónicas públicas individuales (en lo sucesivo denominados «mercados de terminación en fijo y en móvil») como resultado de un análisis del mercado llevado a cabo de conformidad con el artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE, las ANR deben establecer unas tarifas de terminación basadas en los costes contraídos por un operador eficiente. Esto implica que serían también simétricas. Las ANR deberán proceder para ello del modo que se expone a continuación."

Por su parte, la resolución impugnada en la instancia recoge y reitera estas razones en su resolución de 10 de mayo de 2012 (Anexo I, V.4.3).

Tras ver la justificación efectuada por la Comisión Europea de la metodología adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, procede examinar si tal metodología atenta, como sostiene Telefónica Móviles en el segundo motivo, contra los derechos de propiedad y de libertad de empresa y contra los preceptos de la Ley General de Telecomunicaciones encaminados a asegurar la rentabilidad de las inversiones. El núcleo de tales imputaciones es que a Telefónica Móviles no se le permite cobrar en las tarifas por el servicio de terminación de llamadas móviles todos el coste generado por el mismo, circunstancia que supondría tanto una indebida restricción de derecho de propiedad y de su libertad de empresa, a la vez que impediría un retorno adecuado a las inversiones realizadas en redes, en contra de lo prescrito por la Ley General de Telecomunicaciones. Como hemos visto en los fundamentos transcritos de la Sentencia impugnada, ésta rechaza tales alegaciones.

Pues bien, ambas alegaciones han de ser rechazadas por la misma razón, y es que si bien la metodología adoptada puede sin duda ser combatida tanto por razones técnicas como por ofrecer resultados insatisfactorios desde la perspectiva de los operadores afectados, en modo alguno puede admitirse que carezca de justificación o, menos aún, que sea manifiestamente irrazonable o arbitraria. Lo cual conduce la controversia al terreno de las discrepancias técnicas antes que al ámbito jurídico.

La decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que la recurrente impugna en la instancia se ajusta a la recomendación de la Comisión Europea que se ha sintetizado antes y la misma es avalada por la Sentencia aquí impugnada en los términos que se exponen en los fundamentos reproducidos.

No se conculca la libertad de empresa de las medidas porque en ningún caso se impide la libre actuación empresarial de Telefónica Móviles -y de las demás operadores con red-. Las telecomunicaciones constituye un sector que, si bien está abierto a la libre competencia, está sin embargo sujeto a un grado relevante de intervención que, precisamente, tiene como una de sus finalidades más importantes la de asegurar y fomentar la competitividad, lo que tiene su explicación en que se trata de un sector que precede de una situación histórica de monopolios estatales privatizados. Pues bien, en ese contexto, no resulta ni excesivamente restrictiva ni desproporcionada respecto de la libertad de empresa una regulación de determinadas tarifas que cuenta con un sólido fundamento técnico y que está encaminada a evitar que tales tarifas sean excesivas, y ello con el objetivo último de fomentar la competitividad en el concreto mercado de las telecomunicaciones referido a la terminación de llamadas en redes móviles.

En cuanto al supuesto carácter expropiatorio y contrario al derecho de propiedad tampoco puede admitirse, porque dicha limitación de tarifas no pretende impedir una rentabilidad razonable de la inversión en redes, sino evitar unas tarifas excesivas respecto de un servicio en que se aprecia una insuficiente competitividad y un riesgo de precios excesivos por parte de los operadores con red física. Semejante limitación de tarifas,



fundada en la consideración de los costes contraídos por un operador eficiente en los términos recomendados por la Comisión Europea, ni priva a las empresas de la titularidad de sus redes ni es contraria por sí misma a una rentabilidad razonable de las inversiones realizadas, a reserva, claro es, de sus resultados finales que habrán de verificarse en el futuro.

Por último, debemos examinar si la metodología litigiosa vulnera los preceptos de la Ley General de Telecomunicaciones ( Ley 32/2003) invocados por la recurrente: el artículo 3 , que recoge los objetivos y principios de la Ley en su apartado a), y el artículo 13.1.e), que prevé la posibilidad del control de precios de acuerdo con los criterios que establece. En lo que atañe a las alegaciones formuladas por Telefónica Móviles, dichos preceptos rezan así:

" **Artículo 3. Objetivos y principios de la ley.**

Los objetivos y principios de esta ley son los siguientes:

a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación."

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

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

[...]

e) Control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales."

En relación con el artículo 3, Telefónica Móviles arguye que no se cumple el objetivo de promover las inversiones si no se reconocen los costes íntegros que conlleva la prestación de un servicio determinado. Sin embargo, tal como señala la Sentencia y queda claro en los términos de la recomendación de la Comisión Europea y de la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impugnada en la instancia, la metodología empleada trata de estimular la inversión eficiente. En consecuencia, no computar determinados costes podrá ser objetable técnicamente o podrá ser considerada errónea y que conlleva un resultado contrario a su pretensión, pero ni eso se acredita por Telefónica Móviles ni sería posible afirmarlo por adelantado. Por el contrario, el nuevo modelo trata de que los precios se orienten a los costes necesarios para prestar ese concreto servicio y no aquellos que se entienden ya amortizados.

En cuanto a la invocación del artículo 13.1.e) de la Ley General de Telecomunicaciones , también es acertada la respuesta de la Sentencia recurrida, puesto que la metodología sí se orienta a los costes, lo que no supone a la totalidad de ellos (orientación a costes no significa equivalencia a costes, tal como dice la Sala de instancia), sino sólo a aquéllos que en función de la metodología aplicada estimulan una inversión eficiente.

Digamos por último que una regulación semejante puede revelarse posteriormente como ineficaz, técnicamente inadecuada o incluso excesiva, pero ello no la haría contraria a derecho en el momento en que se adopta sino, en todo caso, desde el momento en que pudiera afirmarse sin género de dudas tal inadecuación.

Debe pues, por todo ello, desestimarse el motivo.

**CUARTO** .- Sobre el motivo tercero, relativo a los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima.

La recurrente considera que la nueva metodología y la consiguiente reducción de los precios del servicio de terminación de llamadas en redes móviles que se discute vulnera los citados principios debido a que ha supuesto un cambio radical de negocio con una disminución del 75% de dichos precios en poco más de un año (frente a un período de diez años para una disminución similar en la anterior etapa). Considera que aunque la recomendación de la Comisión es de 2009, nadie podría haber anticipado razonablemente que no se iban a contemplar las circunstancias específicas de España ni que el plazo para una reducción tan drástica iba a ser sólo de un año.

Frente a la argumentación de la Sentencia recurrida de que cuáles eran las razones para suponer que en todo caso se iban a considerar los costes pasados o que se iba a mantener el modelo de recuperación de gastos fuese cual fuese la evolución del mercado, la parte se limita a insistir en la novedad del modelo frente a lo



actuado con anterioridad y a la esperanza razonable en la continuidad de la regulación anterior y en la brevedad del plazo.

Ninguna de estas razones es suficiente para acreditar la infracción de los principios invocados. La jurisprudencia de esta Sala sobre la facultad tanto del legislador como de la Administración en cuanto a sus respectivas potestades normativas para modificar la regulación de un sector económico, que se integra en lo que ha venido a denominarse el riesgo regulatorio, es muy reiterada y, sin duda, conocida por la recurrente. A partir de dicha base, ni las modificaciones del modelo para determinar los precios del servicio controvertido, ni su afección a las inversiones y a su recuperación ni, en fin, la brevedad del plazo establecido, pueden considerarse que vulneran los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

La aprobación del nuevo modelo entra de lleno, en efecto, en la citada capacidad de modificación regulatoria. Y la diferencia con el anterior sistema de determinación de precios está suficientemente justificada en los términos ya vistos como para descartar que el modelo pueda ser calificado como de arbitrario o irrazonable. En cuanto a la brevedad del plazo no puede olvidarse ni el dato reconocido por la propia recurrente de que la recomendación data de una fecha muy anterior (2009), ni tampoco el hecho de que el modelo se está implementando simultáneamente en el resto de países de la Unión Europea, de forma que la fecha para alcanzar el precio objetivo en nuestro país coincide con la prevista en Italia y sólo la del Reino Unido es posterior en nueve meses (apartado V.4.3.12 del Anexo I).

Finalmente y respecto al principio de proporcionalidad, ya hemos dicho en el anterior fundamento de derecho que a la vista de la justificación del nuevo sistema ofrecido por la Comisión Europea y el regulador nacional, no puede afirmarse que la metodología controvertida suponga *a priori* una obligación excesiva o desproporcionada, que se corresponde con la previsión de control de precios contemplado en el artículo 13.1.e) de la Ley General de Telecomunicaciones .

**QUINTO** .- Conclusión y costas.

Las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho conllevan la desestimación de los motivos en que se funda el recurso de casación y evidencian la improcedencia de plantear una cuestión prejudicial, como propone la recurrente. En consecuencia, no ha lugar al recurso de casación entablado por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la Sentencia de 28 de julio de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas a la compañía que ha sostenido el recurso de casación, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido  
1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la sentencia de 28 de julio de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 377/2012 . 2. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho quinto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.- Firmado.-