



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. PAOLO MENGOZZI  
presentadas el 28 de abril de 2016<sup>1</sup>

**Asunto C-28/15**

**Koninklijke KPN NV,  
KPN BV,  
T-Mobile Netherlands BV,  
Vodafone Libertel BV,  
Tele2 Nederland BV,  
Ziggo BV,  
Ziggo Services BV, anteriormente denominada UPC Nederland BV,  
Ziggo Zakelijk Services BV, anteriormente denominada UPC Business BV,  
contra  
Autoriteit Consument en Markt (ACM)**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Tribunal de apelación en materia económica, Países Bajos)]

«Procedimiento prejudicial — Marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas — Directiva 2002/19/CE — Artículos 8 y 13 — Directiva 2002/21/CE — Artículos 4, 8 y 19 — Recomendación 2009/396/CE — Alcance jurídico — Obligaciones de control de precios y contabilidad de costes — Tarifas de servicios de terminación de llamada en telefonía fija y móvil — Obligaciones impuestas por una autoridad nacional de reglamentación (ANR) a los operadores que tienen un peso significativo en el mercado — Alcance del control jurisdiccional sobre las apreciaciones de orden económico de una ANR»

## I. Introducción

1. ¿Puede un órgano jurisdiccional nacional, cuando conoce de un recurso contra una resolución de una autoridad nacional de reglamentación (en lo sucesivo, «ANR») que fija las tarifas máximas para los servicios de terminación en telefonía fija y en móvil prestados por operadores poseedores de un peso significativo en el mercado, apartarse de una Recomendación de la Comisión Europea aplicada por dicha ANR, y en tal caso, con arreglo a qué tipo de consideraciones? En caso de respuesta afirmativa, ¿está autorizado dicho órgano jurisdiccional, en particular, a controlar la proporcionalidad de la medida tarifaria impuesta por la ANR con respecto de los objetivos perseguidos por el marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y puede éste exigir a la ANR que demuestre suficientemente que la medida tarifaria en cuestión permite realizar de forma efectiva los objetivos perseguidos?

<sup>1</sup> — Lengua original: francés.

2. Éste es, en esencia, el objeto de las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el *College van Beroep voor het bedrijfsleven* (Tribunal de apelación en materia económica, Países Bajos) en el contexto de la interpretación de los artículos 4, apartado 1, y 8 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas,<sup>2</sup> en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009<sup>3</sup> (en lo sucesivo, «Directiva marco»), así como de los artículos 8 y 13 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión,<sup>4</sup> en su versión modificada por la Directiva 2009/140 (en lo sucesivo, «Directiva acceso»).

3. Estas cuestiones se plantearon en el marco de un litigio entre diversos operadores de telecomunicaciones neerlandeses, incluida Koninklijke KPN NV, y la *Autoriteit Consument en Markt* (Autoridad de los Consumidores y los Mercados, Países Bajos; en lo sucesivo, «ACM») sobre la resolución emitida por esta última por la que se fijaron las tarifas máximas para los servicios de terminación en fijo y en móvil prestados por dichos operadores, en base al modelo de cálculo de los costes descrito y propuesto en la Recomendación 2009/396/CE de la Comisión, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE.<sup>5</sup>

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

#### 1. Directiva marco

4. El artículo 4 de la Directiva marco, que lleva por título «Derecho de recurso», enuncia lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que exista a nivel nacional un mecanismo eficaz en virtud del cual cualquier usuario o empresa suministradora de redes o servicios de comunicaciones electrónicas que esté afectado por una decisión de una [ANR] pueda recurrir ante un organismo independiente de las partes implicadas. Este organismo, que podrá ser un tribunal, tendrá la experiencia adecuada para poder desempeñar sus funciones con eficacia. Los Estados miembros velarán por que el fondo del caso se tenga debidamente en cuenta, así como que haya un mecanismo de recurso eficaz.

[...]»

5. El artículo 7 de la Directiva marco prevé lo siguiente:

«[...]

3. [...] cuando una [ANR] tenga la intención de tomar una medida que:

- a) entre en el ámbito de aplicación de los artículos 15 o 16 de la presente Directiva o de los artículos 5 u 8 de la [Directiva acceso]; y
- b) pueda tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros,

2 — DO 2002, L 108, p. 33.

3 — DO 2009, L 337, p. 37.

4 — DO 2002, L 108, p. 7.

5 — DO 2009, L 124, p. 67.

pondrá el proyecto de medida a disposición de la Comisión, del [Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE)]<sup>6</sup> y de las [ANR] de los otros Estados miembros, simultáneamente, así como las motivaciones del mismo [...]. Las [ANR], el ORECE y la Comisión podrán presentar observaciones a la [ANR] interesada en el plazo de un mes [...]

[...]

7. La [ANR] de que se trate tendrá en cuenta en la mayor medida posible las observaciones de otras [ANR], del ORECE y de la Comisión [...]

[...]»

6. El artículo 8 de la Directiva marco, titulado «Objetivos generales y principios reguladores», establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, las [ANR] adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en los apartados 2, 3 y 4. Estas medidas deberán guardar proporción con dichos objetivos.

[...]

2. Las [ANR] fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas:

- a) velando por que los usuarios [...] obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad;
- b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas [...];

[...]

3. Las [ANR] contribuirán al desarrollo del mercado interior, entre otras cosas:

[...]

- d) cooperando mutuamente con la Comisión y con el ORECE para garantizar el desarrollo de prácticas reglamentarias coherentes y una aplicación coherente de la presente Directiva y de las Directivas específicas.<sup>7</sup>

4. Las [ANR] promoverán los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea [...]

[...]».

7. El artículo 16 de esta Directiva, que lleva por título «Procedimiento de análisis del mercado», prevé lo siguiente:

«[...]

6 — Este organismo fue establecido por el Reglamento (CE) n° 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 1).

7 — La expresión «Directivas específicas» se refiere en particular a la Directiva acceso.

2. Cuando, en virtud [...] del artículo 8 de la [Directiva acceso], la [ANR] deba determinar si procede imponer, mantener, modificar o suprimir determinadas obligaciones impuestas a las empresas, determinará, sobre la base de su análisis de mercado a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, si un mercado pertinente es realmente competitivo.

3. Cuando una [ANR] llegue a la conclusión de que un mercado es realmente competitivo, no impondrá ni mantendrá ninguna de las obligaciones reglamentarias específicas contempladas en el apartado 2. [...]

4. Cuando una [ANR] determine que uno de los mercados pertinentes no es realmente competitivo, establecerá qué empresas, ya sea individual o conjuntamente, tienen un peso significativo en ese mercado con arreglo al artículo 14 y les impondrá las obligaciones reglamentarias específicas adecuadas indicadas en el apartado 2 del presente artículo, o mantendrá o modificará dichas obligaciones si ya existen.

[...]»

8. El artículo 19 de la Directiva marco, que lleva por título «Procedimientos de armonización», enuncia lo siguiente:

«1. [...] cuando la Comisión constate que las divergencias en la ejecución por las [ANR] de las tareas reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las Directivas específicas pueden crear un obstáculo al mercado interior, podrá presentar, teniendo en cuenta en la mayor medida posible el dictamen del ORECE, una recomendación o decisión sobre la aplicación armonizada de lo dispuesto en la presente Directiva y en las Directivas específicas para fomentar la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 8.

2. [...]

Los Estados miembros velarán por que las [ANR] tengan en cuenta en la mayor medida posible estas recomendaciones en el desempeño de sus tareas. Cuando una [ANR] decida no seguir una recomendación, deberá informar de ello a la Comisión, motivando su posición.

[...]»

## 2. Directiva acceso

9. El artículo 8 de la Directiva acceso, titulado «Imposición, modificación o supresión de las obligaciones», establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que las [ANR] estén facultadas para imponer las obligaciones a que se refieren los artículos 9 a 13 *bis*.

2. Cuando resulte del análisis de mercado efectuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la [Directiva marco] que un operador tiene un peso significativo en un mercado específico, las [ANR] impondrán, según proceda, las obligaciones establecidas en los artículos 9 a 13 de la presente Directiva.

[...]

4. Las obligaciones impuestas con arreglo al presente artículo deberán basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con éste y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la [Directiva marco]. Tales obligaciones sólo se impondrán previa consulta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de dicha Directiva.

[...]»

10. El artículo 13 de la Directiva acceso, que lleva por título «Obligaciones de control de precios y contabilidad de costes», tiene el siguiente tenor:

«1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, las [ANR] estarán facultadas para imponer obligaciones en materia de recuperación de los costes y control de los precios, que incluyan obligaciones por lo que respecta tanto a la orientación de los precios en función de los costes como a los sistemas de contabilidad de costes, en relación con determinados tipos de interconexión o acceso, en los casos en que el análisis del mercado ponga de manifiesto que una ausencia de competencia efectiva permitiría al operador en cuestión mantener unos precios excesivos o la compresión de los precios, en detrimento de los usuarios finales. Para favorecer la inversión por parte del operador, en particular en redes de próxima generación, las [ANR] tendrán en cuenta la inversión efectuada por este último y le permitirán una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido, habida cuenta de todos los riesgos específicos de un nuevo proyecto de inversión concreto.

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

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

[...]»

### 3. Recomendación 2009/396

11. El considerando 1 de la Recomendación 2009/396 indica lo siguiente:

«[...] durante la evaluación de más de 850 proyectos de medidas notificados de conformidad con el artículo 7 de la [Directiva marco] se observó que [...] existían incoherencias en la regulación de las tarifas de terminación de las llamadas vocales.»

12. El considerando 3 de la Recomendación 2009/396 precisa:

«Las significativas divergencias en el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil crean falseamientos fundamentales de la competencia. [...]»

13. El considerando 4 de la misma Recomendación indica lo siguiente:

«La falta de armonización en la aplicación de los principios de contabilidad de costes a los mercados de terminación hasta la fecha pone de manifiesto la necesidad de adoptar un planteamiento común que proporcione mayor seguridad jurídica y los incentivos adecuados para los potenciales inversores, y que reduzca la carga reglamentaria que soportan los operadores existentes actualmente activos en varios Estados miembros. [...]»

14. El considerando 7 de la Recomendación 2009/396 especifica:

«[...] El sistema de tarificación en la UE está basado en el principio de que “paga la red de la parte llamante”, lo cual significa que la tarifa de terminación es fijada por la red a la que se llama y pagada por la red que efectúa la llamada. La parte llamada no es facturada por este servicio y, en general, no tiene incentivo para responder al precio de terminación fijado por su suministrador de red. En este contexto, la fijación de precios excesivos es la principal preocupación de las [ANR] por lo que respecta a la competencia. Los elevados precios de terminación se recuperan en última instancia a través de la aplicación de tarifas más elevadas a los usuarios finales. Teniendo en cuenta el carácter bidireccional del acceso en los mercados de terminación, otro de los problemas que pueden afectar a la competencia es la interfinanciación entre operadores. Estos potenciales problemas de competencia son comunes a los mercados de terminación tanto en fijo como en móvil. Por lo tanto, a la vista de la capacidad y los incentivos que tienen los operadores de terminación para subir los precios sustancialmente por encima de los costes, la orientación en función de los costes se considera la actuación más apropiada para tratar este problema a medio plazo. [...] Habida cuenta de las características específicas de los mercados de terminación de llamada y de las consiguientes preocupaciones por lo que respecta a la competencia y la distribución, la Comisión reconoce desde hace mucho tiempo 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.»

15. El considerando 13 de la Recomendación 2009/396 prevé lo siguiente:

«Teniendo en cuenta las características particulares de los mercados de terminación de llamada, los costes de los servicios de terminación deben calcularse en función de los costes incrementales prospectivos a largo plazo (LRIC). [...] Los modelos basados en los LRIC incluyen solo aquellos costes causados por la provisión de un incremento definido. Un planteamiento basado en el coste incremental que atribuya solo gastos contraídos de manera eficiente, que no se sustentarían si el servicio incluido en el incremento dejara de prestarse (es decir, costes evitables), promueve una producción y un consumo eficientes y reduce al mínimo los posibles falseamientos de la competencia. Cuanto más se aparten las tarifas de terminación del coste incremental, mayores serán los falseamientos de la competencia entre los mercados de la telefonía fija y la móvil o entre los operadores con cuotas de mercado e intensidades de tráfico asimétricas. 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 llamada e incluye solo los costes evitables [...]»

16. Los puntos 1 y 2 de la Recomendación 2009/396 tienen el siguiente tenor: «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 acceso] a los operadores designados por las [ANR] 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 marco], 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.

2. Se recomienda que la evaluación de la eficiencia de los costes se base en costes corrientes y en la utilización de un modelo ascendente que emplee los costes incrementales prospectivos a largo plazo (LRIC) como metodología de costes pertinente.»

17. Es notorio que el método propuesto por la Comisión en la Recomendación 2009/396 es el denominado «BULRIC (*bottom-up long-run incremental costs*) puro», que consiste, esencialmente, en que sólo se tienen en cuenta los costes incrementales derivados de ofrecer el servicio de que se trata, considerándose el servicio mayorista de terminación de llamada como un incremento pertinente y que incluye únicamente los costes evitables, es decir, los costes que pueden evitarse si un incremento pertinente deja de darse. Por lo tanto, en este método de cálculo de costes no se toman en consideración los costes inevitables, como los costes comunes (los costes que no son directamente atribuibles a la prestación de un servicio concreto) y los costes asociados (que pueden ser directamente atribuidos a más de un único servicio).

#### B. Derecho neerlandés

18. El artículo 1.3, apartado 1, de la Telecommunicatiewet (Ley de Telecomunicaciones), en su versión aplicable a los hechos del litigio principal, establece lo siguiente:

«1. La [ACM] velará por que sus decisiones contribuyan a la consecución de los objetivos contemplados en el artículo 8, apartados 2 a 5, de la [Directiva marco], en todo caso mediante:

- a. el fomento de la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, de servicios de comunicaciones electrónicas o de los recursos asociados a estos, en particular mediante el apoyo de las inversiones eficientes en materia de infraestructuras y a las innovaciones;
- b. el desarrollo del mercado interior;
- c. la promoción de los intereses de los usuarios finales en cuanto a la elección, el precio y la calidad.»

19. El artículo 1.3, apartado 2, de la Ley de Telecomunicaciones establece que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, la ACM debe tener en cuenta en la mayor medida posible las recomendaciones de la Comisión contempladas en el artículo 19, apartado 1, de la Directiva marco. Si la ACM no aplica una Recomendación, deberá informar de ello a la Comisión, comunicando los motivos de su decisión.

20. Dicha Ley indica, en su artículo 6a.1, que la ACM, en su calidad de ANR, debe definir los mercados pertinentes en el sector de las comunicaciones electrónicas. Por este motivo, la ACM debe, con arreglo al artículo 6a.1, apartado 5, de esta Ley, determinar si el mercado en cuestión es o no realmente competitivo. Si no fuera así, la ACM debe, en virtud del artículo 6a.2 de dicha Ley, determinar si una o varias empresas tienen un peso significativo en el mercado así como las obligaciones adecuadas que deban serles impuestas.

21. El artículo 6a.2, apartado 3, de la Ley de Telecomunicaciones añade que una obligación establecida en el apartado 1 será adecuada cuando ésta se base en la naturaleza del problema constatada en el mercado de que se trata y guarde proporción y se justifique a la luz de los objetivos del artículo 1.3.

22. El artículo 6a.7 de esta Ley establece:

«1. Con arreglo al artículo 6a.2, apartado 1, la [ACM] podrá imponer, para las formas de acceso que debe determinar, una obligación relativa al control de las tarifas antes calculadas o el cálculo de los costes cuando un análisis del mercado indique que el operador de que se trata puede, a falta de competencia eficaz, mantener los precios a un nivel excesivamente elevado, o puede comprimir los márgenes, en ambos casos en detrimento de los usuarios finales. La [ACM] podrá vincular la obligación de las normas necesarias a su correcta ejecución.

2. Una obligación establecida en el apartado 1 podrá prever que se someta el acceso a una tarifa de acceso orientada en función de los costes o a la aplicación de un sistema de cálculo de los costes definido o aprobado por la [ACM].

3. Cuando la [ACM] haya impuesto a una empresa una obligación de orientación de los precios en función de los costes, dicha empresa deberá demostrar que sus precios están efectivamente determinados en función de sus costes.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, segunda frase, la [ACM] podrá vincular la obligación de establecer un sistema de contabilidad de costes a medidas referentes a la presentación de los resultados de la aplicación del sistema por la empresa sobre la que pese la obligación. [...]»

### III. Antecedentes de hecho del litigio principal y cuestiones prejudiciales

23. En el marco de un procedimiento anterior al considerado en el asunto principal, la Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (Autoridad Independiente de Correos y Telecomunicaciones, Países Bajos, actualmente la ACM, que es la ANR en ámbito de las telecomunicaciones en los Países Bajos) impuso a los operadores que prestan servicios de terminación en fijo y en móvil en los Países Bajos unas medidas tarifarias, según el modelo de cálculo de costes denominado «BULRIC puro» mediante una resolución de 7 de julio de 2010, tras haber realizado un análisis del mercado pertinente. El 31 de agosto de 2011, el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Tribunal de apelación en materia económica) anuló esta resolución por considerar, en particular, que se debería haber aplicado otro modelo de cálculo de costes, a saber, el modelo «BULRIC plus», que en esencia también permite tomar en consideración, e incluso reembolsar, los costes asociados (los costes que pueden ser atribuidos directamente a más de un único servicio) y costes comunes (los costes que no son directamente atribuibles a una prestación de servicios concreta).<sup>8</sup>

24. Posteriormente, dado que la ACM constató que en el mercado mayorista de servicios de terminación de llamada existía un riesgo de aplicación de tarifas excesivamente altas, ésta adoptó el 5 de agosto de 2013 una resolución (la impugnada en el litigio principal) mediante la cual fijó tarifas máximas para la prestación de tales servicios. Estas tarifas fueron establecidas en virtud del modelo «BURLIC puro», en aplicación de las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones que transponen los artículos 8 y 13 de la Directiva acceso y de la Recomendación 2009/396. La ACM estimó que este modelo era adecuado para determinar las tarifas de terminación de llamada orientadas en función de los costes y que, según dicha Recomendación, era el único modelo de orientación de los precios conforme con el Derecho de la Unión. Ésta consideró que una medida tarifaria establecida en base a este modelo de cálculo evitaba el riesgo de tarifas excesivamente elevadas y de compresión de los precios al mismo tiempo que favorecía la competencia, el desarrollo del mercado interior y los intereses de los usuarios finales.

8 — La cuestión de si los operadores afectados pueden o no recuperar estas dos categorías de costes en el marco de la aplicación del modelo «BULRIC puro» es objeto de controversia entre las partes y es examinada parcialmente en los puntos 88 a 91 de las presentes conclusiones.

25. Koninklijke KPN, KPN BV, T-Mobile Netherlands BV y Vodafone Libertel BV, que son operadores que suministran, en particular, servicios de terminación de llamada móviles, interpusieron un recurso de anulación ante el órgano jurisdiccional remitente contra la resolución de la ACM de 5 de agosto de 2013, resolución cuya ejecución quedó suspendida, en virtud de un procedimiento de medidas provisionales, mediante un auto de 27 de agosto de 2013.

26. En el marco del recurso de anulación del que conoce el órgano jurisdiccional remitente, Koninklijke KPN, KPN, T-Mobile Netherlands y Vodafone Libertel sostienen que una obligación tarifaria determinada según el modelo «BULRIC puro» es contraria a los artículos 6a.2, apartado 3, y 6a.7, apartado 2, de la Ley de Telecomunicaciones, que establecen, respectivamente, que las tarifas deben orientarse en función de los costes y que las obligaciones impuestas por la ACM deben ser adecuadas.

27. Dichas partes añaden que todas las afirmaciones de la ACM relativas a los efectos positivos que se esperan de la aplicación del modelo «BULRIC puro» a la estructura de las tarifas no pueden justificar la imposición de obligaciones tarifarias como las controvertidas en el litigio principal. Según estos operadores, los precios determinados según este modelo suponen que las tarifas de terminación de llamada sean inferiores a las que se obtendrían en un mercado competitivo. Por consiguiente, consideran que la Recomendación 2009/396 no es conforme al artículo 13 de la Directiva acceso.

28. Por su parte, el órgano jurisdiccional remitente estima que el tenor literal del artículo 6a.7, apartado 2, de la Ley de Telecomunicaciones no permite justificar la argumentación según la cual se puede imponer una forma de regulación tarifaria que exceda de una regulación de los precios que ya puede considerarse orientada en función de los costes.

29. Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional estima que es posible autorizar una obligación tarifaria más estricta si ésta es proporcionada y está justificada, habida cuenta de la naturaleza del problema detectado en el mercado de que se trata, y si persigue los objetivos definidos en el artículo 8, apartados 2 a 4, de la Directiva marco. En este caso, según el órgano jurisdiccional remitente la ACM debe determinar si la medida tarifaria de que se trata es adecuada para conseguir el objetivo buscado y no excede de lo necesario para lograr dicha finalidad. Además, la ACM debe explicar las razones de su decisión y efectuar una ponderación de todos los intereses afectados.

30. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, no obstante, en primer lugar, sobre los intereses que pueden o deben ser incluidos en la ponderación, así como sobre el peso que puede o debe concederse a cada uno de estos intereses en el análisis que debe realizarse antes de imponer las obligaciones tarifarias. En segundo lugar, dicho órgano jurisdiccional se pregunta qué importancia debe concederse, en el asunto principal, al hecho de que la Comisión haya propuesto el modelo «BULRIC puro» en la Recomendación 2009/396 para adoptar una medida tarifaria adecuada en el mercado mayorista de servicios de terminación en fijo y en móvil.

31. En estas circunstancias el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, en relación con los artículos 8 y 13 de la Directiva acceso, en el sentido de que se permite en principio a un órgano jurisdiccional nacional al que se le haya planteado un litigio relativo a la legalidad de una tarifa orientada en función de los costes impuesta por [la ANR] en el mercado mayorista de la terminación de llamada, apartarse de la Recomendación [2009/396], que recomienda [el modelo “BULRIC puro”] como medida adecuada de regulación de los precios en los mercados de terminación de llamada, si, a su juicio, ello resulta necesario en base a los elementos de hecho del caso del que conoce y/o a consideraciones de Derecho nacional e internacional?

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿en qué medida puede el órgano jurisdiccional nacional, a la hora de examinar una medida tarifaria orientada en función de los costes:
- a) en lo que respecta al artículo 8, apartado 3, de la Directiva marco, valorar el argumento de la ANR de que se fomenta el desarrollo del mercado interior, habida cuenta de la amplitud de la influencia efectiva sobre el funcionamiento del mercado interior?
  - b) a la vista de los objetivos políticos y de los principios regulatorios establecidos en el artículo 8 de la Directiva marco y en el artículo 13 de la Directiva acceso, valorar si la medida tarifaria:
    - i) es proporcionada;
    - ii) es adecuada;
    - iii) se aplica de forma proporcionada y está justificada?
  - c) exigir a la ANR que demuestre suficientemente que:
    - i) se realiza de forma efectiva el objetivo político, mencionado en el artículo 8, apartado 2, de la [Directiva marco], de que las ANR fomenten la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas y servicios de comunicaciones electrónicas y de que los usuarios obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad;
    - ii) se realiza de forma efectiva el objetivo político mencionado en el artículo 8, apartado 3, de la [Directiva marco], de contribuir al desarrollo del mercado interior; y
    - iii) se realiza de forma efectiva el objetivo político mencionado en el artículo 8, apartado 4, de la [Directiva marco], de promover los intereses de los ciudadanos de la Unión?
  - d) a la luz del artículo 16, apartado 3, de la [Directiva marco] y del artículo 8, apartados 2 y 4, de la Directiva acceso y con el fin de determinar si se trata de una medida tarifaria adecuada, tener en cuenta el hecho de que dicha medida se impone en un mercado en el que las empresas reguladas tienen un poder de mercado considerable pero que, en la forma escogida (método “BULRIC puro”), ésta tiende a promover uno de los objetivos de la [Directiva marco], en concreto los intereses de los usuarios finales, en un mercado distinto que no puede ser regulado?»

#### IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

32. Estas cuestiones fueron objeto de observaciones escritas formuladas por las partes demandantes en el asunto principal, por Tele 2 Nederland, BV Ziggo BV, Ziggo Services BV y Ziggo Zakelijk Services BV, partes coadyuvantes en el litigio principal,<sup>9</sup> por los Gobiernos neerlandés, italiano, polaco y finlandés, así como por la Comisión. En la vista celebrada el 16 de marzo de 2016 estas partes interesadas, así como el Gobierno alemán, presentaron sus informes orales, a excepción de Tele2 Nederland y de los Gobiernos italiano y polaco, que no estuvieron representados en ésta.

<sup>9</sup> — Estas cuatro partes interpusieron recursos contra la resolución de la ACM en lo referente a puntos que no dieron lugar ni al litigio principal ni a las cuestiones prejudiciales. En la vista, el representante de Ziggo, de Ziggo Services y de Ziggo Zakelijk Services señaló que estas sociedades eran los principales operadores que pagaban tarifas de terminación de llamada en los Países Bajos.

## V. Análisis

### A. Observaciones preliminares

33. La Directiva marco establece un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados. Esta Directiva establece las tareas que incumben a las ANR e introduce una serie de procedimientos cuyo objetivo es garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en el conjunto de la Unión.<sup>10</sup>

34. La Directiva marco confiere a las ANR tareas específicas de regulación de los mercados de comunicaciones electrónicas.

35. En el ejercicio de sus funciones, las ANR deben tener en cuenta en la mayor medida posible los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco. Con arreglo al artículo 8, apartado 1, de esta Directiva, corresponde a los Estados miembros velar por que las ANR adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos de dicho artículo. Esta última disposición específica también que las medidas adoptadas por las ANR deberán guardar proporción con dichos objetivos.

36. En virtud de las disposiciones de la Directiva marco, las ANR están obligadas a definir, en estrecha colaboración con la Comisión, los mercados pertinentes en el sector de las comunicaciones electrónicas y a valorar si dichos mercados son realmente competitivos.<sup>11</sup> Si un mercado no es realmente competitivo, la ANR en cuestión podrá imponer obligaciones reglamentarias *ex ante* a las empresas que tengan un peso significativo en dicho mercado.

37. Cuando una ANR imponga tales obligaciones, deberá tener en cuenta los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva marco, dado que dichas obligaciones regulatorias *ex ante* deben guardar proporción y justificarse a la luz de dichos objetivos.<sup>12</sup>

38. De conformidad con el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso, estas obligaciones regulatorias *ex ante* pueden contener, entre otras, obligaciones relativas a la orientación de los precios en función de los costes y obligaciones relativas a los sistemas de contabilidad de costes para el suministro de tipos particulares de interconexión o de acceso, cuando un análisis del mercado indique que el operador u operadores de que se trata pueden, a falta de una competencia eficaz, mantener los precios en un nivel excesivamente elevado o comprimir los precios, en detrimento de los usuarios finales. El artículo 13, apartado 2, de la Directiva acceso exige que los mecanismos de recuperación de costes y los métodos de fijación de precios que se impongan sirvan para fomentar la eficacia y la competencia sostenible y potencien al máximo los beneficios para los consumidores.

39. En el litigio principal está acreditado que la ACM impuso obligaciones tarifarias *ex ante*, en particular en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso,<sup>13</sup> a los operadores que dicha autoridad había identificado como poseedores de un peso significativo en el mercado mayorista de la terminación de llamada en los Países Bajos, en forma de tarifas máximas orientadas en función de los costes, basadas en el modelo de cálculo de costes propuesto por la Comisión en la

10 — Véase, en este sentido, la sentencia de 3 de diciembre de 2009, Comisión/Alemania (C-424/07, EU:C:2009:749), apartado 53.

11 — Artículos 15 y 16 de la Directiva marco.

12 — Véanse el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso y la sentencia de 3 de diciembre de 2009, Comisión/Alemania (C-424/07, EU:C:2009:749), apartado 60.

13 — Puede resultar útil recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la concesión por una ANR de una autorización de tarifas de terminación de llamada de telefonía móvil se enmarca en «las obligaciones en materia de [...] control de los precios [...] [referidas] a determinados tipos de interconexión o acceso», en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso; véase la sentencia de 14 de enero de 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9), apartados 42 y 43.

Recomendación 2009/396, a saber, el modelo denominado «BULRIC puro». Asimismo, es importante señalar que el órgano jurisdiccional remitente no pregunta al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha Recomendación, contrariamente a lo que parece haberle sido sugerido por las partes demandantes en el asunto principal.<sup>14</sup>

40. Tampoco se discute en el asunto principal que la imposición de obligaciones tarifarias *ex ante*, en base a una orientación de los precios en función de los costes, está justificada a la luz del carácter no competitivo y de las particularidades del mercado mayorista de la terminación de la telefonía fija y móvil, como ya se puso de relieve, en particular, en el considerando 7 de la Recomendación 2009/396 citado en el punto 14 de las presentes conclusiones.

41. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, no obstante, en esencia, si las medidas tarifarias adoptadas por la ACM en base al modelo de cálculo de costes «BULRIC puro», propuesto por la Recomendación 2009/396, no resultan excesivas y si, como alegan las partes demandantes en el asunto principal, un tarifa máxima basada en un modelo de cálculo algo diferente, a saber, el modelo denominado «BULRIC plus», que permite a los operadores afectados recuperar los costes inevitables, como los costes comunes y asociados,<sup>15</sup> en el mercado de que se trata, sería suficiente, dado que una medida tarifaria basada en este modelo ya respondería a las exigencias de orientación de los precios en función de los costes.

42. Concretamente, como se desprende del sumario, la aplicación del modelo de cálculo de costes «BULRIC puro» llevaría a establecer un tarifa máxima para la terminación de llamada de telefonía móvil de 1,019 céntimos de euro por minuto, mientras que ésta sería de 1,861 céntimos de euro por minuto en aplicación del modelo «BULRIC plus». En lo referente a la terminación de llamada de telefonía fija, la tarifa máxima sería de 0,108 céntimos de euro por minuto en aplicación del modelo «BULRIC puro» frente a 0,302 céntimos de euro por minuto según el modelo «BULRIC plus».

43. En ambos supuestos, observo que, por tanto, la aplicación del modelo «BULRIC plus» permitiría a los operadores de que se trata establecer sus tarifas de terminación de llamada a un nivel más elevado del resultante de la aplicación del modelo «BULRIC puro» establecido por la ACM de conformidad con la Recomendación 2009/396.

44. Habiéndose aclarado la trascendencia económica del asunto principal, las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente pueden dividirse en dos partes, de la siguiente manera: por una parte, ¿puede un órgano jurisdiccional nacional apartarse de una Recomendación de la Comisión aplicada por una ANR, y en tal caso, según qué tipos de consideraciones? Por otra parte, y en caso de respuesta afirmativa, ¿está autorizado dicho órgano jurisdiccional nacional, en particular, a controlar la proporcionalidad de la medida tarifaria impuesta por la ANR a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva marco y la Directiva acceso y puede éste exigir a la ANR que demuestre suficientemente que la medida tarifaria en cuestión permite la consecución efectiva de los objetivos perseguidos?

*B. Sobre el alcance del control jurisdiccional, el valor de la Recomendación 2009/396 y las consideraciones que permiten al órgano jurisdiccional apartarse de ella*

45. Dado el contexto en el que el órgano jurisdiccional remitente emplea el verbo «apartarse» en su primera cuestión prejudicial, está bastante claro que está contemplando la posibilidad de sustituir el modelo de cálculo «BULRIC puro», propuesto por la Comisión en su Recomendación 2009/396 y aplicado por la ACM en la resolución impugnada ante dicho órgano jurisdiccional, por el modelo

14 — Véase el punto 27 de las presentes conclusiones.

15 — Véanse, sobre estos costes, los puntos 17 y 23 de las presentes conclusiones.

«BULRIC plus», a semejanza de lo que hizo este órgano jurisdiccional en el pasado<sup>16</sup> y como solicitan las partes demandantes en el asunto principal. En efecto, parece que el órgano jurisdiccional remitente esté dispuesto a considerar que las tarifas establecidas según el modelo «BULRIC plus» ya responden a las exigencias sobre orientación de dichas tarifas en función de los costes, en el sentido, en particular, del artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso.

46. Aunque puede parecer controvertida,<sup>17</sup> esta competencia del órgano jurisdiccional remitente para sustituir con su propia valoración de los datos económicos y contables la realizada sobre estos mismos datos por la ACM en base a la Recomendación 2009/396, llegando, parece, hasta imponer un modelo de cálculo de costes de los operadores en favor de otro, no está expresamente contemplada ni prohibida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional remitente en su primera cuestión prejudicial.

47. En efecto, este artículo se limita, de manera general, a establecer que, en el marco de los recursos dirigidos contra las resoluciones de las ANR, los Estados miembros deberán velar por que «el fondo del caso se tenga debidamente en cuenta, así como que haya un mecanismo de recurso eficaz».<sup>18</sup>

48. De ello se desprende que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco no armoniza las normas y prácticas nacionales relativas a los procedimientos judiciales aplicables y tampoco el alcance del control efectuado por el juez nacional sobre las resoluciones de las ANR. Como máximo se puede inferir del tenor literal del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, que esta disposición establece un límite por debajo del cual se considerará que los Estados miembros no garantizan la eficacia de los mecanismos de recurso, es decir, que se excluye que el control ejercido por el órgano de recurso sea meramente formal. Asimismo, como examinaré más en detalle en el marco de la respuesta a dar a la segunda cuestión prejudicial,<sup>19</sup> las disposiciones de la Directiva marco y de la Directiva acceso requieren que el contenido del control ejercido sobre las resoluciones de las ANR que imponen las obligaciones regulatorias *ex ante* incluya el examen de la proporcionalidad de dichas obligaciones respecto de los objetivos perseguidos por la Directiva marco.

49. En cambio, contrariamente a lo que en esencia defendió el Gobierno italiano en sus observaciones escritas, ni el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco ni de forma más general el Derecho de la Unión obligan a un órgano jurisdiccional nacional, en una situación como la controvertida en el presente asunto, a limitarse a un control restringido de las apreciaciones económicas complejas realizadas por una ANR, como el control del error manifiesto de apreciación.

50. Debo señalar, asimismo, que el Tribunal de Justicia ya desestimó un argumento análogo en la sentencia de 24 de abril de 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244), apartados 163 a 169. En efecto, en dicho asunto —que se enmarcaba en el contexto del marco regulatorio de las telecomunicaciones inmediatamente anterior a la adopción de la Directiva marco y de la Directiva acceso, pero que sigue siendo plenamente pertinente sobre este punto—, el Tribunal de Justicia declaró, respecto del alcance del control jurisdiccional de las resoluciones de una ANR relativas a las tarifas de acceso al bucle local de operadores de telecomunicaciones que tienen un peso significativo, incluidas las apreciaciones de esta ANR relativas a los costes a tener en cuenta, su cálculo y su justificación contable, que el

16 — Véase el punto 23 de las presentes conclusiones. Nótese que, cuando se produjo el primer asunto, el plazo para aplicar una tarificación basada en el modelo «BULRIC puro», propuesto por la Recomendación 2009/396, no había expirado.

17 — Mientras que, en sus observaciones escritas, el Gobierno neerlandés indicó que, en una situación como la considerada en el asunto principal, no le corresponde al juez neerlandés imponerle a la ACM una medida tarifaria que estime adecuada, este mismo Gobierno señaló, en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, que el control del juez neerlandés era muy exhaustivo o muy estricto, rayano en un control de plena jurisdicción. Algunas de las partes en el litigio principal también defendieron esta última interpretación del alcance del control jurisdiccional realizado sobre las resoluciones de la ACM.

18 — Puede resultar útil recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco constituye una manifestación del principio de tutela judicial efectiva en virtud del cual incumbe a los Estados miembros ofrecer una tutela judicial a los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables; véase, en particular, la sentencia de 22 de enero de 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24), apartado 33.

19 — Véanse los puntos 80 y 81 de las presentes conclusiones.

Derecho de la Unión no prevé ninguna norma según la cual los Estados miembros deban establecer un modo particular de supervisión con respecto a dichas decisiones, rechazando expresamente el argumento expuesto por una parte interesada según el cual dicha supervisión debería haber sido marginal, si no limitado.

51. A la vista de las consideraciones anteriores, se deduce que, ante la inexistencia de tales reglas establecidas por el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, dentro del respeto a los principios de equivalencia y de efectividad.<sup>20</sup>

52. El hecho de que el órgano jurisdiccional remitente se considere autorizado a controlar de manera particularmente exhaustiva las resoluciones de la ACM, inclusive, en su caso, a sustituir con sus propias apreciaciones las realizadas por dicha autoridad en base a la Recomendación 2009/396, no está en absoluto prohibido por el Derecho de la Unión, siempre y cuando se respeten los dos principios antes mencionados. Volveré también sobre este aspecto del presente asunto, desde el punto de vista, más concretamente, del respeto del principio de efectividad, en el contexto de la respuesta a dar a la segunda cuestión prejudicial.<sup>21</sup>

53. No es menos cierto que, en el ejercicio de esta competencia, un órgano jurisdiccional nacional debe actuar con una extrema prudencia si pretende apartarse de las apreciaciones de naturaleza económica y contable sujetas a su control, basadas en una Recomendación de la Comisión, como la Recomendación 2009/396.

54. No cabe duda de que un órgano jurisdiccional nacional, que conozca de un recurso contra una resolución de una ANR que aplique la Recomendación 2009/396, no está vinculado por las apreciaciones que se contienen en esta última.

55. En efecto, tal como admiten todas las partes interesadas, con arreglo al artículo 288 TFUE, tal Recomendación carece de efectos jurídicos vinculantes, queda confirmado en el artículo 19, apartado 2, de la Directiva marco, al exigir en efecto que las ANR tengan en cuenta en la mayor medida posible las recomendaciones de la Comisión adoptadas en base al artículo 19, apartado 1, de la Directiva marco, pero autorizándolas expresamente a apartarse de ellas, sujeto a la obligación de informar a la Comisión y comunicarle la motivación de su posición.<sup>22</sup>

56. En el presente asunto, el hecho de que, mediante la adopción de la resolución impugnada ante el órgano jurisdiccional remitente, la ACM haya aplicado la Recomendación 2009/396 en el contexto del asunto principal no modifica la naturaleza jurídica de dicha Recomendación en sí misma. Por consiguiente, un órgano jurisdiccional nacional que conozca de un recurso contra una resolución de una ANR que aplique tal Recomendación, no está vinculado por las apreciaciones que figuran en esta última.

20 — Véase, en este sentido, en particular la sentencia de 24 de abril de 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244), apartado 166 y jurisprudencia citada.

21 — Véanse los puntos 92 a 97 de las presentes conclusiones.

22 — Véase también, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Lituania (C-274/07, EU:C:2008:497), apartado 50.

57. Sin embargo, como ha reconocido el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, a pesar del hecho de que las recomendaciones no están destinadas a producir efectos vinculantes, no carecen totalmente de efectos jurídicos. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales también están obligados a tomarlas en consideración a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o cuando tienen por objeto completar las disposiciones del Derecho de la Unión dotadas de fuerza vinculante.<sup>23</sup>

58. Esta jurisprudencia se aplica plenamente a la Recomendación 2009/396.

59. En particular, contrariamente a lo que Koninklijke KPN y KPN alegaron en sus observaciones, esta Recomendación tiene efectivamente por objeto, en mi opinión, completar las disposiciones del marco regulatorio aplicables a los servicios de comunicaciones electrónicas. En efecto, al haber sido adoptada en base al artículo 19, apartado 1, de la Directiva marco, después de que la Comisión constatará la existencia de divergencias e incoherencias en el desempeño de las tareas reglamentarias de las ANR referentes a la fijación de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión, la Recomendación 2009/396 pretende garantizar la aplicación armonizada de las disposiciones de la Directiva marco y de la Directiva acceso. Más concretamente, al proponer el modelo «BULRIC puro», la Recomendación 2009/396 identifica el modelo de cálculo de costes que se insta a las ANR a utilizar como base para fijar las tarifas de terminación de llamada al por mayor de los operadores designados como poseedores de un peso significativo, cuando imponen a estos últimos obligaciones de control de los precios y en particular obligaciones relativas a la orientación de los precios en función de los costes, con arreglo al artículo 13 de la Directiva acceso.<sup>24</sup>

60. En el marco del litigio del que conoce, relativo a la adecuación de la fijación de las tarifas máximas impuestas por la ACM a las partes demandantes en el asunto principal en el mercado mayorista de la terminación de la telefonía fija y móvil, basada en el modelo de cálculo de costes «BULRIC puro» propuesto por la Recomendación 2009/396, el órgano jurisdiccional remitente debe por tanto tener en cuenta debidamente esta Recomendación.

61. A este respecto, dicho órgano jurisdiccional no puede ignorar, en mi opinión, que la Recomendación 2009/396 precisamente fue adoptada tras la constatación de divergencias e incoherencias importantes entre las ANR a escala de la Unión en cuanto a la fijación de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil que según el considerando 7 de dicha Recomendación crearon, en particular, falseamientos fundamentales de la competencia.

62. Por lo tanto, el modelo de cálculo de costes «BULRIC puro», propuesto por la Comisión en dicha Recomendación, se estableció con el objetivo de poner fin a dichas divergencias y distorsiones dentro de la Unión, que según la Recomendación son perjudiciales para una competencia eficaz y para los consumidores finales.

23 — Véanse, en particular, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451), apartado 41, de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146), apartado 40, y de 24 de abril de 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244), apartado 94.

24 — Véanse, en particular, el considerando 21 y el punto 1 de la Recomendación 2009/396. En cualquier caso, incluso si esta Recomendación no pretendiera completar las disposiciones del Derecho de la Unión, no podría ser ignorada por los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la obligación que recae sobre estos últimos de tener en cuenta las recomendaciones es una obligación de carácter general, «en particular» cuando éstas tengan por objeto completar las disposiciones del Derecho de la Unión que tienen carácter vinculante.

63. La invitación que la Recomendación 2009/396 dirige a las ANR es por tanto la de hacer converger las obligaciones tarifarias que éstas imponen en base del modelo «BULRIC puro», con el fin de garantizar una competencia eficaz en el mercado interior que también beneficie a los usuarios finales y a los consumidores.<sup>25</sup>

64. En este contexto, en el ejercicio del control jurisdiccional sobre una resolución de una ANR que aplica la Recomendación 2009/396 en el mercado pertinente del Estado miembro de que se trata, el órgano jurisdiccional nacional debería actuar con circunspección y prudencia si pretende apartarse del modelo de cálculo de costes propuesto por esta Recomendación y como ha sido aplicado por esta ANR.

65. En efecto, por una parte, en la medida en que la validez de esta Recomendación no se cuestiona en absoluto, debe presumirse que el modelo de cálculo de costes recomendado por la Comisión en ésta constituye una medida adecuada para evitar las distorsiones de la competencia, incluidas las subvenciones cruzadas, y aportar un beneficio máximo a los consumidores finales. Después de todo, ésta parece ser la premisa del razonamiento del órgano jurisdiccional remitente, como indica la redacción de la primera cuestión prejudicial.

66. Por otra parte, procede asegurarse de que las distorsiones de la competencia a escala de la Unión, puestas de manifiesto en la Recomendación 2009/396 y que esta Recomendación pretende nivelar o reducir mediante la aplicación del modelo de cálculo de costes «BULRIC puro», no sean reintroducidas por los órganos jurisdiccionales nacionales o, cuanto menos, que estos últimos sólo puedan basarse en motivos serios para apartarse del modelo recomendado a escala de la Unión y aplicado por una ANR.

67. En su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente también se pregunta precisamente sobre las consideraciones concretas que lo autorizan a apartarse de la Recomendación 2009/396, tal como ha sido aplicada por la ACM. De este modo éste evoca en concepto de dichos motivos, de manera general, «los elementos de hecho del caso del que conoce y/o [...] consideraciones de Derecho nacional e internacional».

68. Las consideraciones de «Derecho internacional» no han sido explicitadas en modo alguno por el órgano jurisdiccional remitente y debo admitir que ignoro a qué normas o actos se refiere este último. Por lo tanto no es posible pronunciarse sobre tal motivo.

69. Las consideraciones derivadas del Derecho nacional son claramente más fáciles de identificar. Sin embargo, me deja perplejo que, como parece pretender el órgano jurisdiccional remitente, sea posible basarse exclusivamente en estas consideraciones para descartar el modelo de cálculo de costes «BULRIC puro» aplicado por la ACM en el presente asunto, a la luz de su contexto jurídico.

70. Si comprendo correctamente el razonamiento elaborado por el órgano jurisdiccional remitente, este último deduce de los artículos 6a.2, apartado 3, y 6a.7, apartado 2, de la Ley de Telecomunicaciones —que autorizan, en esencia, a la ACM a imponer una obligación tarifaria en forma de orientación de los precios en función de los costes, cuando dicha obligación se base en la naturaleza del problema detectado y guarde proporción y se justifique a la luz de los objetivos del

25 — Actualmente parece haberse alcanzado parcialmente este objetivo, en la medida en que, en la vista, la Comisión indicó que el modelo «BULRIC puro» se aplica en 24 de los 28 Estados miembros. Salvo la situación del Reino de los Países Bajos, los únicos países que no aplican un método de cálculo de costes basado en este modelo son la República Federal de Alemania, la República de Chipre y Finlandia. En la misma vista, la Comisión añadió que la situación de la República de Chipre se justifica en base al punto 12 de la Recomendación 2009/396 que permite a las ANR que tengan recursos limitados aplicar una metodología alternativa en determinadas circunstancias.

artículo 1.3 de la misma Ley— que no se puede imponer una forma de regulación tarifaria (a saber, la basada en el modelo «BULRIC puro») que exceda de una regulación de los precios que ya pueda considerarse orientada en función de los costes (por ello entiéndase la basada en el modelo «BULRIC plus»).

71. Al margen de las apreciaciones de valor relativas a los dos modelos de cálculos de costes, cabe señalar, como también observó el Gobierno neerlandés en la vista, que las disposiciones de Derecho interno a las que se refiere el órgano jurisdiccional remitente transponen, a menudo en términos idénticos, las de la Directiva marco y la Directiva acceso. Así pues, según el propio órgano jurisdiccional remitente, el artículo 1.3 de la Ley de Telecomunicaciones transpone el artículo 8 de la Directiva marco, estableciendo los objetivos generales del marco regulatorio de los servicios de comunicaciones electrónicas a los que deben contribuir las ANR. Además, el artículo 6a.2, apartado 3, de esta Ley reproduce el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso, en particular en lo referente a la necesidad de que las ANR impongan obligaciones regulatorias *ex ante* proporcionadas, mientras que el artículo 6a.7, apartado 2, de la Ley de Telecomunicaciones transpone el artículo 13, apartado 1, de esta misma Directiva acceso, en particular en cuanto a la exigencia de la orientación de las tarifas en función de los costes.

72. En estas circunstancias, y aunque concedo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente interpretar su Derecho nacional, me resulta muy difícil concebir que el Derecho interno, tal como lo ha expuesto dicho órgano jurisdiccional, a saber, tal como procede del Derecho de la Unión, exija, por su tenor literal y en su calidad de tal, apartarse del modelo de cálculo recomendado por la Comisión que tiene por objeto completar y precisar las disposiciones del artículo 13 de la Directiva acceso en cuanto a lo que se debe entender por la imposición de obligaciones tarifarias orientadas en función de los costes.

73. Es cierto que esto no significa, como acertadamente señalan los Gobiernos alemán, finlandés y polaco, que exista un único modelo teórico de cálculo de costes que pueda precisar las exigencias de orientación de las tarifas en función de los costes, previstas en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso.

74. Significa sencillamente que, habida cuenta del contexto del presente asunto, no me parece que unos motivos puramente jurídicos de Derecho interno puedan, en sí mismos, exigir descartar el modelo de cálculo de costes propuesto por la Recomendación 2009/396 y aplicado por la ACM en la resolución impugnada ante el órgano jurisdiccional remitente.

75. Por el contrario, como han sostenido en esencia Tele 2 Nederland, Ziggo, el Gobierno italiano y la Comisión, y como admitió T-Mobile Netherlands, son las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho del asunto principal, en particular las características específicas del mercado neerlandés las que, en mi opinión, podrían conducir al órgano jurisdiccional remitente a apartarse del modelo de cálculo aplicado por la ACM en base a la Recomendación 2009/396.

76. En mi opinión, éste debería ser el contenido de la respuesta a la primera cuestión prejudicial.

77. Sin embargo no es posible examinar este aspecto del asunto principal más a fondo. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente no ha aportado precisiones sobre las circunstancias de hecho o específicas del asunto principal que podrían llevarle a apartarse de las apreciaciones contenidas en la Recomendación 2009/396 y aplicadas por la ACM en la resolución cuya legalidad ha sido impugnada ante éste.

78. Por consiguiente propongo responder de la siguiente manera a la primera cuestión prejudicial: el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio relativo a la legalidad de una obligación de regulación *ex ante*, bajo la forma de una tarifa máxima orientada en función de los costes impuesta

por una autoridad nacional de reglamentación en el mercado mayorista, no competitivo, de servicios de terminación en fijo y en móvil, en aplicación de la Recomendación 2009/396, que propone un modelo de cálculo de costes, denominado «BULRIC puro», como medida adecuada de regulación de los precios en dicho mercado, puede apartarse de tal Recomendación adoptada de conformidad con el artículo 19, apartado 1, de la Directiva marco, si dicho órgano jurisdiccional nacional considera que existen motivos basados en las circunstancias de hecho del asunto principal, en particular en las características específicas del mercado del Estado miembro en cuestión, que lo exigen.

*C. Sobre el contenido del control jurisdiccional y sobre el nivel de prueba que se le exige a la ANR acerca de la consecución de los objetivos perseguidos por las Directivas marco y acceso*

79. Mediante su segunda cuestión prejudicial, subdividida en varias subcuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, por una parte, si el contenido del control efectuado sobre la resolución de la ACM puede incluir el examen de la proporcionalidad de la obligación tarifaria impuesta por dicha autoridad respecto de los objetivos y principios reglamentarios establecidos por la Directiva marco y la Directiva acceso, incluido el examen de la circunstancia de que la medida tarifaria se imponga en un mercado no competitivo pero pretenda promover el objetivo de favorecer a los consumidores finales en un mercado competitivo [segunda cuestión prejudicial, letras b) y d)]. Por otra parte, éste se pregunta, en primer lugar, si el control que debe ejercer sobre la resolución de la ACM puede tener en cuenta la influencia *efectiva* sobre el funcionamiento del mercado interior de la medida tarifaria impuesta por dicha autoridad y, en segundo lugar, si puede exigir a la ACM que demuestre suficientemente que dicha medida realiza *de forma efectiva* tres de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva marco [segunda cuestión prejudicial, letras a) y c)].

80. En lo tocante a la primera parte de la segunda cuestión, comparto la opinión del conjunto de las partes interesadas en el sentido de que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales controlar la proporcionalidad de las medidas tarifarias como la aplicada por la ACM en el asunto principal.

81. Como han señalado la mayoría de estas partes, se desprende claramente del artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso que las obligaciones impuestas por las ANR, incluidas las previstas en el artículo 13 de dicha Directiva relativas a la orientación de los precios en función de los costes, deben basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con éste y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva marco.<sup>26</sup> Ahora bien, tal competencia de las ANR no puede escapar al control jurisdiccional relativo al «fondo del caso», establecido en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco. Tal como han alegado el Gobierno neerlandés y la Comisión y como se desprende, en particular, de la reciente sentencia de 17 de septiembre de 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610), apartados 43, 47 y 49, los órganos jurisdiccionales nacionales deben, por tanto, velar por que las ANR respeten todas las exigencias derivadas de los artículos 8 y 13 de la Directiva acceso, incluida la necesidad de verificar si la obligación tarifaria impuesta por una ANR es proporcionada y se justifica a la luz de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva marco.<sup>27</sup>

82. El hecho de que una medida tarifaria semejante se base en una Recomendación de la Comisión, como la Recomendación 2009/396, no modifica este análisis. Dicho de otro modo, la mera existencia de tal Recomendación no priva al órgano jurisdiccional nacional de su competencia para controlar la proporcionalidad de una medida tarifaria adoptada por una ANR respecto de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva marco.

<sup>26</sup> — Véase también, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009), apartado 44.

<sup>27</sup> — Véase también, sobre la invitación que realiza el Tribunal de Justicia a un órgano jurisdiccional nacional para que valore la proporcionalidad de la obligación, impuesta por una ANR a un operador que tiene un peso significativo en un mercado, de instalar un cable de acometida que conecte el punto de distribución de una red de acceso con el punto de terminación de la red en el inmueble del usuario final, la sentencia de 19 de junio de 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009), apartado 47.

83. No obstante, como ya he señalado, una Recomendación de este tipo debe ser debidamente tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional nacional. El modelo «BULRIC puro» que esta Recomendación propone, cuya validez no ha sido cuestionada, y en base al cual la ACM realizó su análisis y adoptó su resolución, goza, en mi opinión, de una presunción de proporcionalidad respecto de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva marco.

84. En este contexto, considero que el examen de la proporcionalidad de la medida tarifaria respecto de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva marco debería llevar al órgano jurisdiccional remitente, con arreglo a las normas nacionales relativas a las modalidades procesales de los recursos jurisdiccionales, incluidas las referentes a la carga de la prueba, a verificar, por una parte, si las partes demandantes en el asunto principal han aportado suficientes elementos probatorios para desvirtuar la presunción antes mencionada en las circunstancias del asunto principal, habida cuenta, en su caso, de las características particulares del mercado neerlandés y, por otra, si las explicaciones ofrecidas por la ACM para excluir la aplicación del modelo «BULRIC plus», tal como solicitan las partes demandantes en el asunto principal, justifican dicha exclusión de modo suficiente en Derecho.

85. Asimismo, las disposiciones de la Directiva marco y la Directiva acceso no se oponen a que el órgano jurisdiccional nacional examine, en el contexto del control de la proporcionalidad de la medida tarifaria adoptada por la ACM, el hecho de que dicha medida haya sido impuesta en el mercado mayorista (no competitivo) de servicios de terminación en fijo y en móvil, pero que pretenda promover el objetivo de favorecer a los usuarios finales y a los consumidores en el mercado o mercados posteriores, abiertos a la competencia.

86. En este sentido, es importante recordar que, en virtud del artículo 8, apartados 2, letra a) y del artículo 4 de la Directiva marco, al fomentar la competencia las ANR deberán velar por que los usuarios obtengan el máximo beneficio, en particular, en cuanto al precio, y promoverán los intereses de los ciudadanos de la Unión, mientras que, según el artículo 13, apartado 2, de la Directiva acceso, cuando estas mismas ANR impongan mecanismos de recuperación de costes, deberán velar también por potenciar al máximo los beneficios para los consumidores. De ello se deduce, tal como han indicado acertadamente el Gobierno neerlandés y la Comisión en sus observaciones escritas, que las ANR deben tomar en consideración el interés de todos los usuarios finales, independientemente del mercado en el que se impongan las obligaciones *ex ante*. Tal apreciación de los intereses de los usuarios finales y de los consumidores por parte de las ANR no escapa del control jurisdiccional.

87. A fin de cuentas, puesto que, por definición, los usuarios finales y los consumidores no están presentes en el mercado mayorista de servicios de terminación en fijo y en móvil, es esencial que sus intereses puedan ser tomados en consideración y evaluados en el contexto del examen del efecto que pretende producir en el mercado minorista la medida tarifaria impuesta por la ANR en el mercado mayorista.

88. Examinando la cuestión planteada bajo una perspectiva diferente, las partes demandantes en el asunto principal alegaron en sus observaciones escritas que una ANR como la ACM carece de competencia para establecer obligaciones *ex ante* en un mercado competitivo como el mercado minorista de terminación de llamada de telefonía fija y móvil, a lo que conduciría, no obstante, la aplicación del modelo «BULRIC puro».

89. Es cierto que el artículo 16, apartado 3, de la Directiva marco prohíbe a las ANR imponer o mantener ninguna de las obligaciones tarifarias contempladas en el artículo 8 de la Directiva acceso cuando llegue a la conclusión de que un mercado es realmente competitivo. Por lo tanto, una ANR no podría imponer una obligación tarifaria *ex ante* en un mercado competitivo que fuera posterior al mercado mayorista de la terminación de la telefonía fija y móvil.

90. Como admite, en particular, la Comisión en sus observaciones escritas, la imposición de un método tarifario en función de los costes, basado en el modelo «BULRIC puro», obstaculiza la recuperación por los operadores afectados de los costes inevitables en el mercado mayorista (no competitivo) de la terminación de llamada de telefonía fija y móvil. Ésta señala también que, sin embargo, la aplicación de tal método basado en dicho modelo no impide a los operadores de que se trata recuperar estos costes en otros mercados abiertos a la competencia, lo que, según la Comisión, es más deseable, tanto desde el punto de vista de la competencia como del de los consumidores finales.

91. Dicho de otro modo, un método tarifario basado en el modelo «BULRIC puro» tiene por objeto imponer obligaciones tarifarias *ex ante* en los mercados competitivos. Como confirmó la Comisión en la vista, los operadores de que se trata son libres, por tanto, de recuperar sus costes inevitables, total o parcialmente, en algunos o varios de dichos mercados, en función, en particular, de su estrategia comercial o de una evaluación económica más justa de estos costes en dichos mercados.

92. En cuanto a la segunda parte de la segunda cuestión prejudicial, es decir, si el órgano jurisdiccional remitente está autorizado a tener en cuenta, en el marco del control realizado sobre la resolución de la ACM, la influencia *efectiva* sobre el funcionamiento del mercado interior de la medida tarifaria impuesta por dicha autoridad, y si puede exigir a la ACM que demuestre suficientemente que dicha medida realiza *de forma efectiva* tres de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva marco, considero que se debe responder negativamente.

93. En efecto, procede recordar que el artículo 8 de la Directiva marco establece que las ANR, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en esta Directiva así como, en particular, en la Directiva acceso, deben adoptar todas las medidas razonables (y proporcionadas) que *estén encaminadas a* la consecución de los objetivos definidos en dicho artículo, que consisten en *fomentar* la competencia en el suministro de redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, *contribuir* al desarrollo del mercado interior y *promover* los intereses de los ciudadanos de la Unión.<sup>28</sup>

94. Para realizar los objetivos expuestos en el artículo 8 de la Directiva marco, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva acceso especifica que las ANR ejercerán sus responsabilidades *de tal modo que se promueva* la eficiencia, la competencia sostenible, la innovación e inversión eficientes y el máximo beneficio para los usuarios finales.<sup>29</sup>

95. Por lo tanto, las obligaciones *ex ante* que pueden imponer las ANR, incluidas las obligaciones de índole tarifaria como las del asunto principal, deben *estar encaminadas a* la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva marco.

96. En cambio, en mi opinión no se puede exigir a una ANR que demuestre que dichas obligaciones han alcanzado realmente estos objetivos o que el juez nacional verifique la legalidad de tales obligaciones según la influencia efectiva que éstas ejerzan sobre el funcionamiento del mercado interior.<sup>30</sup>

28 — Véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009), apartado 39 (el subrayado es mío).

29 — Véase la sentencia de 19 de junio de 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009), apartado 40 (el subrayado es mío).

30 — Puede resultar útil recordar que, en el contexto de la interpretación de la expresión «incidencia sobre los intercambios entre los Estados miembros», establecida en el artículo 7, apartado 3, letra b), de la Directiva marco, el Tribunal de Justicia ha dictaminado que una medida adoptada por una ANR se enmarca en dicha expresión si dicha medida puede afectarles al ejercer una influencia directa o indirecta, real o *potencial*, en dichos intercambios: véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de abril de 2005, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej y Telefonía Dialog (C-3/14, EU:C:2015:232), apartado 59, y de 14 de enero de 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9), apartado 55 (el subrayado es mío). En el apartado 56 de esta última sentencia, el Tribunal de Justicia precisó que se desprendía de las apreciaciones y observaciones presentadas ante éste que las tarifas de terminación de llamada de telefonía móvil tienen una repercusión sobre los precios que los usuarios de otros Estados miembros han de pagar cuando llaman a clientes del operador en cuestión en un determinado Estado miembro, puesto que esas tarifas se repercuten sobre las tarifas de llamadas del usuario final.

97. Como lo señalaron en particular Ziggo y el Gobierno neerlandés, hacer recaer tal carga de prueba en una ANR haría abstracción del hecho de que la adopción de obligaciones regulatorias *ex ante* se basa en un análisis prospectivo de la evolución del mercado, que toma como referencia, para corregir los problemas de competencia detectados, el comportamiento o los costes de un operador eficiente. Por consiguiente, se trata de medidas orientadas al futuro respecto de las cuales, por definición, no se puede exigir la prueba de que realizan de forma efectiva los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva marco. Si una ANR estuviera obligada a proporcionar dicha prueba, entonces comparto la opinión de la Comisión de que la efectividad de las disposiciones de la Directiva marco y de la Directiva acceso se vería afectada. En efecto, tal hipótesis conduciría a exigir a una ANR la demostración de una prueba imposible o excesivamente difícil de aportar.

## VI. Conclusión

98. A tenor de las consideraciones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia dar respuesta a las cuestiones planteadas por el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Tribunal de apelación en materia económica, Países Bajos) de la siguiente manera:

- «1) El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio relativo a la legalidad de una obligación de regulación *ex ante*, bajo la forma de una tarifa máxima orientada en función de los costes impuesta por una autoridad nacional de reglamentación en el mercado mayorista, no competitivo, de servicios de terminación en fijo y en móvil, en aplicación de la Recomendación 2009/396/CE de la Comisión, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE, que propone un modelo de cálculo de costes, denominado “bottom-up long-run incremental costs (BULRIC) puro”, como medida adecuada de regulación de los precios en dicho mercado, puede apartarse de tal Recomendación adoptada de conformidad con el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2002/21, en su versión modificada, si dicho órgano jurisdiccional nacional considera que existen motivos basados en las circunstancias de hecho del asunto principal, en particular en las características específicas del mercado del Estado miembro en cuestión, que lo exigen.
- 2) En el contexto del control jurisdiccional de una obligación reglamentaria *ex ante* de naturaleza tarifaria, orientada en función de los costes, como la impuesta por la autoridad nacional de reglamentación en el asunto principal, un órgano jurisdiccional nacional puede examinar la proporcionalidad de dicha obligación a la luz de los objetivos políticos y de los principios reglamentarios establecidos en el artículo 8 de la Directiva 2002/21, en su versión modificada por la Directiva 2009/140, y en el artículo 13 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), en su versión modificada por la Directiva 2009/140. La apreciación de la proporcionalidad de la obligación reglamentaria *ex ante* en cuestión puede tener en cuenta los objetivos de promoción de los intereses de los usuarios finales y de los consumidores en los mercados minoristas, abiertos a la competencia, que sean posteriores al mercado mayorista de servicios de terminación en fijo y en móvil en el que se haya impuesto dicha obligación.
- 3) En el contexto de la apreciación de la proporcionalidad de una obligación reglamentaria *ex ante* de naturaleza tarifaria, orientada en función de los costes, como la impuesta por la autoridad nacional de reglamentación en el asunto principal, no se puede exigir a dicha autoridad que demuestre la

medida en la que tal obligación reglamentaria *ex ante* alcanza realmente los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21, en su versión modificada por la Directiva 2009/140, o influye de forma efectiva en el funcionamiento del mercado interior.»