



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. EVGENI TANCHEV
presentadas el 26 de julio de 2017¹

Asunto C-277/16

Polkomtel sp. z o.o.
contra
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia)]

«Redes de comunicaciones electrónicas — Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco) — Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso) — Prestación de servicios de terminación de llamadas vocales al por mayor en las redes móviles — Obligación de orientación de los precios en función de los costes — Precios fijados en un nivel inferior a los costes contraídos por el operador en cuestión para la prestación del servicio de terminación — Análisis del mercado»

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) invita al Tribunal de Justicia a clarificar en qué medida, y en qué condiciones, la Directiva 2002/19/CE (en lo sucesivo, «Directiva acceso»)² faculta a las autoridades nacionales de reglamentación (en lo sucesivo, «ANR») a controlar los precios que los operadores de telecomunicaciones aplican por la prestación de servicios de acceso o interconexión.
2. El servicio en cuestión en el marco de este asunto es el de terminación al por mayor de llamadas vocales en las redes móviles. Cuando un abonado a una red móvil realiza una llamada a un abonado de otra red móvil, la persona que efectúa la llamada llama a la red de la persona destinataria de la llamada. La terminación al por mayor de llamadas vocales es el servicio necesario para «terminar» las llamadas a los abonados destinatarios de estas. En la Unión Europea, la red a la que se llama fija la tarifa de terminación y la abona la red que efectúa la llamada. En consecuencia, uno de los mayores problemas por lo que respecta a la competencia es el de los elevados precios de terminación, que se repercuten en última instancia a los usuarios finales a través de la aplicación de tarifas elevadas de llamada.³
3. Por esta razón, el artículo 13 de la Directiva acceso faculta a las ANR para imponer medidas de control de los precios de los servicios de interconexión. Sin embargo, las medidas de control de los precios tan solo pueden imponerse a los operadores con respecto a los cuales se haya determinado que tienen un peso significativo en el mercado, de resultas de la realización de un análisis del mercado con arreglo a las disposiciones del artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE (en lo sucesivo,

¹ Lengua original: inglés.

² Directiva 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) (DO 2002, L 108, p. 7).

³ Véase el considerando 7 de la Recomendación 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 (2009/396/CE) (en lo sucesivo, «Recomendación sobre las tarifas de terminación») (DO 2009, L 124, p. 67). Véase, asimismo, Marini Balestra, F., *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, CEDAM, 2013, pp. 86 y 87, y Garzaniti, L. y O'Regan, M. (eds.), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet EU Competition Law and Regulation*, 3.ª edición, Sweet & Maxwell, 2010, apartado 4-010.

«Directiva Marco»),⁴ y únicamente cuando el operador en cuestión podría «mantener unos precios excesivos o la compresión de los precios, en detrimento de los usuarios finales». De conformidad con el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso, las medidas de control de los precios pueden adoptar la forma, en particular, de «obligaciones por lo que respecta [...] a la orientación de los precios en función de los costes».

4. La cuestión clave planteada en el marco de la presente petición de decisión prejudicial es la de saber si las ANR pueden, estableciendo una obligación por lo que respecta a la orientación de los precios en función de los costes, imponer a un operador que tenga un peso significativo en el mercado la obligación de fijar precios inferiores a los costes contraídos por dicho operador para prestar servicios de terminación. Asimismo, se pregunta al Tribunal de Justicia, en particular, con qué frecuencia una ANR puede, una vez fijados dichos precios orientados en función de los costes, exigir su modificación y sobre el procedimiento que se ha de seguir a dichos efectos.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

5. A tenor del artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»):

«Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales».

6. El artículo 8 de la Directiva Marco está redactado en los siguientes términos;

«1. Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, las autoridades nacionales de reglamentación 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 autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas:

[...]

b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas;

c) promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación; [...]

[...]»

⁴ Directiva 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 (Directiva Marco) (DO 2002, L 108, p. 33).

7. El artículo 16 de la Directiva Marco dispone lo siguiente:

«1. Lo antes posible tras la adopción de la recomendación o de cualquier actualización de la misma, las autoridades nacionales de reglamentación efectuarán un análisis de los mercados pertinentes, teniendo en cuenta las directrices en la mayor medida posible. Los Estados miembros velarán por que este análisis se lleve a cabo, si procede, en colaboración con las autoridades nacionales responsables en materia de competencia.

2. Cuando, en virtud de los artículos 16, 17, 18 o 19 de la Directiva 2002/22/CE (Directiva servicio universal), o de los artículos 7 u 8 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso), la autoridad nacional de reglamentación deba determinar si procede imponer, mantener, modificar o suprimir determinadas obligaciones 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 autoridad nacional de reglamentación 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. Si en ese mercado pertinente existen ya obligaciones reglamentarias sectoriales específicas impuestas a las empresas, deberá suprimir dichas obligaciones. Esta supresión de obligaciones deberá notificarse a las partes afectadas por ella con la antelación adecuada.

4. Cuando una autoridad nacional de reglamentación determine que uno de los mercados pertinentes no es realmente competitivo, establecerá qué empresas tienen un peso significativo en el 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. A tenor del artículo 8 de la Directiva acceso:

«1. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación estén facultadas para imponer las obligaciones a que se refieren los artículos 9 a 13.

2. Cuando resulte del análisis de mercado efectuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva [M]arco) que un operador tiene un peso significativo en un mercado específico, las autoridades nacionales de reglamentación 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 2002/21/CE (Directiva [M]arco). Tales obligaciones sólo se impondrán previa consulta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de dicha Directiva.

[...]»

9. Según el artículo 13 de la Directiva acceso:

«1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, las autoridades nacionales de reglamentación estarán facultadas para imponer obligaciones en materia de recuperación de los costes y control de los precios, que incluyan obligaciones por lo que respecta tanto a la orientación de los precios en función de los costes como a los sistemas de contabilidad de costes, en relación con determinados tipos de interconexión o acceso, en los casos en que el análisis del mercado ponga de manifiesto que una

ausencia de competencia efectiva permitiría al operador en cuestión mantener unos precios excesivos o la compresión de los precios, en detrimento de los usuarios finales. Las autoridades nacionales de reglamentación tendrán en cuenta la inversión efectuada por el operador y le permitirán una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido habida cuenta de los riesgos afrontados por éste.

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

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

[...]»

B. Derecho polaco

10. A tenor del artículo 40 de la Ley de telecomunicaciones de 16 de julio de 2004 (en lo sucesivo, «PT»), en su versión aplicable a los hechos:⁵

«1. El presidente [de la Oficina de Comunicaciones electrónicas] podrá, respetando los requisitos indicados en el artículo 24, número 2, letra a), imponer mediante resolución a un operador con peso significativo en el mercado la obligación de fijar las tarifas para el acceso a la red de telecomunicaciones a partir de los costes contraídos.

2. Un operador al que se le haya impuesto la obligación indicada en el apartado 1 presentará al presidente [de la Oficina de Comunicaciones electrónicas] una justificación de la cuantía de las tarifas que hayan sido establecidas a partir de los costes contraídos por el operador.

3. Para evaluar la corrección de la cuantía de las tarifas establecidas por el operador indicado en el apartado 1, el presidente [de la Oficina de Comunicaciones electrónicas] podrá recurrir a la cuantía de las tarifas o a los métodos para establecerlas en mercados competidores comparables o a otros procedimientos para evaluar la corrección de la cuantía de dichas tarifas.

4. Cuando conforme a la evaluación indicada en el apartado 3 las tarifas establecidas por el operador no sean correctas en su cuantía, el presidente [de la Oficina de Comunicaciones electrónicas] establecerá la cuantía de las tarifas o, en su caso, su cuantía máxima o mínima, aplicando los métodos indicados en el apartado 3 y considerando la promoción de la eficiencia y de una competencia sostenible, así como la salvaguarda del máximo beneficio para los usuarios finales.»

⁵ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.).

II. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

11. En virtud de una resolución adoptada el 19 de julio de 2006,⁶ en virtud del artículo 40 de la PT, el Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Presidente de la Oficina de Comunicaciones electrónicas; en lo sucesivo, «Presidente de la UKE») designó al operador de telecomunicaciones Polkomtel Sp. z o.o. (en lo sucesivo, «Polkomtel») como una empresa con peso significativo en el mercado de los servicios de terminación de llamadas vocales en sus redes móviles públicas. Por consiguiente, en dicha resolución se impuso a Polkomtel la obligación de establecer su tarifa para la terminación de llamadas en su red de telefonía móvil (en lo sucesivo, «tarifa MTR») a partir de los costes de la prestación de dicho servicio. Dicha resolución sigue siendo aplicable.

12. En respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia en la vista, el Presidente de la UKE explicó que, en 2007, adoptó una resolución que fijaba la tarifa MTR de Polkomtel para los tres años siguientes, es decir, hasta mayo de 2010. Según dicha resolución, la tarifa MTR de Polkomtel se estableció en 0,44 zlotys polacos (PLN)/minuto. Sin embargo, debía disminuir gradualmente a lo largo del susodicho periodo de tres años.

13. En la vista, el Presidente de la UKE explicó asimismo que, sin embargo, en 2008 se adoptó otra resolución en la que establecía la tarifa MTR de Polkomtel (en lo sucesivo, «resolución MTR de 2008»). Según dicha resolución, la tarifa MTR se estableció en 0,33 PLN/minuto para el tercer trimestre de 2008, en 0,21 PLN/minuto para el primer semestre de 2009 y en 0,1677 PLN/minuto a partir del tercer trimestre de 2009.

14. El Presidente de la UKE y Polkomtel declararon en la vista que Polkomtel solicitó y obtuvo la anulación de la resolución MTR de 2008 ante los tribunales polacos.

15. Finalmente, de resultas de la presentación por parte de Polkomtel de elementos justificativos de sus costes, el 9 de diciembre de 2009 el Presidente de la UKE adoptó una resolución por la que establecía la tarifa de MTR de Polkomtel en 0,1677 PLN/minuto⁷ (en lo sucesivo, «resolución MTR de 2009»). Así pues, la tarifa MTR establecida mediante dicha resolución se corresponde con la tarifa MTR fijada en la resolución MTR de 2008 para el tercer trimestre de 2009.

16. En la resolución MTR de 2009, el Presidente de la UKE verificó los elementos presentados por Polkomtel para justificar sus costes. En dicha resolución, recalcó que, según el artículo 40 de la PT, todos los costes *contraídos* por el operador podían recuperarse (mientras que otra disposición de la PT, su artículo 39, tan solo permite la recuperación de los costes *justificados* por el operador). Concluyó que los costes contraídos por Polkomtel por la prestación del servicio en cuestión se elevaban a 0,1690 PLN/minuto.

17. Sin embargo, el Presidente de la UKE no estableció la tarifa MTR de Polkomtel en 0,1690 PLN/minuto, porque, con arreglo al artículo 40, apartados 3 y 4, de la PT, decidió calcular la tarifa MTR de Polkomtel sobre la base de la tarifa MTR media de los tres operadores históricos, es decir, Polkomtel, Orange y T-Mobile. La tarifa MTR de Orange se elevaba a 0,1676 PLN/minuto y la de T-Mobile a 0,1667 PLN/minuto. Así pues, en la resolución MTR de 2009, el Presidente de la UKE estableció la tarifa MTR de Polkomtel en 0,1677 PLN/minuto.

⁶ Tal y como lo expuso el Presidente de la UKE en sus observaciones escritas y en respuesta a la pregunta planteada por el Tribunal de Justicia en la vista.

⁷ Procede señalar que, en la vista, el Presidente de la UKE reconoció que el proyecto de resolución MTR de 2008 no se notificó a la Comisión Europea. Por el contrario, tal y como se indica en la resolución de remisión, la resolución MTR de 2009 se adoptó en virtud del procedimiento previsto en el artículo 7 de la Directiva Marco (véase la decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009, en el asunto PL/2009/0991, C(2009) 8536, SG-Greffe (2009) D/8051: Voice Call Termination on Individual Mobile Networks — Details of the price control remedy).

18. Polkomtel recurrió la resolución MTR de 2009 ante el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia, Polonia). Mediante sentencia de 27 de mayo de 2013, el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia) modificó la resolución impugnada. Estableció el importe de la tarifa MTR de Polkomtel en 0,1690 PLN/minuto, es decir, en la misma cuantía que los costes contraídos por Polkomtel por prestar el servicio de terminación en cuestión. Según el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia), cuando a una empresa con peso significativo en el mercado se le impone la obligación mencionada en el artículo 40 de la PT, el Presidente de la UKE no está facultado para modificar la tarifa MTR indicada por la empresa, estableciéndola en un nivel inferior al coste efectivo de la prestación de dicho servicio.

19. Polkomtel y el Presidente de la UKE recurrieron la sentencia del Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia) ante el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia, Polonia). Mediante sentencia de 7 de mayo de 2014, el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia) estimó el recurso de apelación del Presidente de la UKE y desestimó el de Polkomtel. Según el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia), cuando a una empresa con peso significativo en el mercado se le impone la obligación mencionada en el artículo 40 de la PT, el Presidente de la UKE está facultado para establecer la tarifa MTR en un nivel inferior a los costes contraídos por la empresa, sujeto al requisito de que dicha resolución favorezca la competencia efectiva y sostenible y garantice un beneficio máximo para los usuarios finales. A este respecto, el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia) se basó en el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso, que establece que la carga de la prueba de que el precio fijado permite la recuperación de todos los costes corresponderá al operador. Por consiguiente, cuando el operador no aporta dicha prueba, la ANR competente puede establecer la tarifa MTR aplicable mediante una resolución. Por añadidura, a juicio del Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia) el Presidente de la UKE puede imponer a Polkomtel la obligación de justificar su tarifa MTR una vez al año, con el fin de permitir al Presidente de la UKE ejercer sus funciones de regulación.

20. Polkomtel recurrió la sentencia del Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia) ante el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo).

21. El Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) suspendió el procedimiento y solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara con carácter prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 13, en relación con el artículo 8, apartado 4, de [la Directiva acceso], en su versión inicial, en el sentido de que la autoridad nacional de reglamentación, cuando impone a un operador con peso relevante en el mercado la obligación de orientar los precios en función de los costes, está facultada, a fin de promover la eficiencia y la competencia sostenible, para fijar el precio de la prestación de servicios comprendida por dicha obligación en un nivel que es inferior a los costes de la prestación del servicio por el operador, verificados por la autoridad nacional de reglamentación y reconocidos como costes que guardan una relación de causalidad?
- 2) ¿Debe interpretarse el artículo 13, apartado 3, en relación con el artículo 8, apartado 4, de [la Directiva acceso], en su versión inicial, en relación con el artículo 16 de [la Carta], en el sentido de que la autoridad nacional de reglamentación está facultada para imponer al operador obligado a orientar los precios en función de los costes la obligación de establecer los precios anualmente a partir de los datos de costes más actualizados y de presentar el precio así establecido, incluida la justificación de costes, a la autoridad nacional de reglamentación para su verificación antes de que dicho precio se aplique en el mercado?
- 3) ¿Debe interpretarse el artículo 13, apartado 3 de [la Directiva acceso], en su versión inicial, en relación con el artículo 16 de [la Carta], en el sentido de que la autoridad nacional de reglamentación puede ordenar al operador obligado a orientar los precios en función de los costes la modificación del precio solo si el operador inicialmente determina él mismo, de forma

autónoma, el precio y ha comenzado a aplicarlo o en el sentido de que también está facultada a tal efecto, cuando el operador aplica el precio que la autoridad nacional de reglamentación ha establecido previamente, pero de la justificación de costes para el siguiente periodo contable se desprende que el precio establecido previamente por la autoridad nacional de reglamentación es superior a los costes del operador?»

22. Polkomtel, el Presidente de la UKE, los Gobiernos italiano, de los Países Bajos y polaco y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas. Polkomtel, el Presidente de la UKE, la República de Polonia y la Comisión Europea han presentado, asimismo, observaciones orales, durante la vista de 11 de mayo de 2017.

III. Análisis

A. Sobre la primera cuestión prejudicial

23. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 13 de la Directiva acceso, en relación con el artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que una ANR está facultada para imponer a un operador con peso relevante en el mercado la obligación de fijar el precio de la prestación del servicio de que se trate en un nivel inferior a los costes contraídos por el operador, verificados por la susodicha autoridad.

24. Debo señalar que en la resolución MTR de 2009, el Presidente de la UKE verificó los elementos presentados por Polkomtel para justificar su tarifa MTR y concluyó que los costes de Polkomtel por la prestación de los servicios de terminación de llamadas vocales en su red móvil se elevaban a 0,1690 PLN/minuto. Sin embargo, basándose en que se debe promover la eficiencia y la competencia sostenible, en dicha resolución se estableció la tarifa MTR de Polkomtel en 0,1677 PLN/minuto, es decir, en un nivel inferior a los costes contraídos por el operador. Dado que las tarifas MTR de los otros dos operadores históricos, Orange y T-Mobile, se elevaban a 0,1676 y a 0,1667 PLN/minuto, respectivamente, la tarifa MTR de Polkomtel se estableció sobre la base de la tarifa MTR media fijada para los tres operadores históricos.

25. Polkomtel alega que no se puede obligar a un operador con peso relevante en el mercado a fijar sus precios en un nivel inferior a sus costes de prestación del servicio en cuestión. El artículo 13 de la Directiva acceso no establece que los precios pueden fijarse en un nivel inferior a los costes. El único objetivo de la obligación de orientar los precios en función de los costes que se enuncia en el apartado 1 de dicha disposición es evitar los precios excesivos. Polkomtel añade que el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso exige que el operador demuestre una relación de causalidad entre los costes específicos y el servicio prestado, no que sus costes se corresponden con los de un operador eficiente.

26. El Presidente de la UKE sostiene que una ANR puede imponer a un operador con peso relevante en el mercado la obligación de fijar sus precios en un nivel inferior a sus costes de prestación del servicio en cuestión. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso faculta a las ANR para imponer obligaciones en materia de orientación de los precios en función de los costes. Los apartados 2 y 3 del artículo 13 de la Directiva se refieren, respectivamente, al fomento de la eficacia y de la competencia sostenible y al coste del suministro eficaz de servicios. También el artículo 8 de la Directiva Marco hace alusión al fomento de la competencia. Por consiguiente, un operador con peso relevante en el mercado puede verse obligado a fijar precios en un nivel inferior a sus costes, si dichos costes son superiores a los costes de prestación del servicio en cuestión de un operador eficiente.

27. El Gobierno italiano, el Gobierno polaco y la Comisión Europea comparten el análisis del Presidente de la UKE. El Gobierno de los Países Bajos no ha presentado observaciones sobre la primera cuestión prejudicial.

28. En mi opinión, el artículo 13 de la Directiva acceso, en relación con el artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que una ANR puede, a efectos de fomentar la eficiencia, imponer a un operador con peso relevante en el mercado la obligación de fijar el precio de la prestación de un servicio determinado en un nivel inferior a los costes contraídos por el operador para la prestación del servicio.

29. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso establece que las ANR estarán facultadas para imponer a un operador con peso significativo en el mercado «obligaciones en materia de recuperación de los costes y control de los precios, que incluyan obligaciones por lo que respecta [...] a la orientación de los precios en función de los costes».

30. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso no contiene definición alguna del concepto de «orientación en función de los costes». La obligación de orientar los precios «en función de los costes» podría ser una obligación de fijar los precios en la misma cuantía que los costes contraídos por el operador de que se trate para la prestación del servicio en cuestión (en ese caso, los precios se «orientan en función de los costes» en el sentido de que son idénticos al importe de los costes contraídos). Podría tratarse asimismo de una obligación de fijar los precios en un nivel que no se limite tan solo a cubrir los costes contraídos, sino que permita también obtener un pequeño margen de beneficio (en ese caso, los precios se «orientan en función de los costes» en el sentido de que solamente rebasan ligeramente los costes contraídos). Por último, podría tratarse de una obligación de fijar los precios en un nivel que no cubra todos los costes del operador de que se trate para la prestación de servicio en cuestión, pero que cubra los costes contraídos por un operador eficiente para la prestación de dicho servicio, con o sin la obtención de un pequeño margen de beneficio (en ese caso, los precios se «orientan en función de los costes» de una prestación eficiente del servicio en cuestión).

31. En primer lugar, ha de precisarse que la obligación de orientar los precios «en función de los costes» que se prevé en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso no puede considerarse una obligación de fijar los precios en un nivel que permita recuperar todos los costes contraídos por el operador de que se trate para la prestación del servicio en cuestión.

32. Esto se debe a que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso establece la obligación de orientar los precios «en función de los costes». Dicho artículo no prevé la obligación de «recuperar» todos los costes contraídos.

33. Es cierto que el artículo 13, apartado 1, hace alusión a obligaciones «en materia de recuperación de los costes», de las cuales la obligación de orientar los precios «en función de los costes» puede considerarse como un ejemplo. Sin embargo, la obligación relativa a la orientación de los precios «en función de los costes» puede asimismo considerarse un ejemplo de medidas de «control de los precios», a las que se hace también alusión en el artículo 13, apartado 1 (puesto que dicha disposición establece que 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 [...] a la orientación de los precios en función de los costes»⁸).

⁸ El subrayado es mío.

34. En segundo lugar, aun cuando la obligación por lo que respecta a orientación de los precios «en función de los costes» que se establece en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso se considerara una obligación de recuperar todos los costes contraídos por el operador de que se trate para la prestación del servicio en cuestión, seguiría tratándose de una obligación que las ANR *estarían facultadas* para imponer a los operadores con un peso significativo en el mercado. No podría tratarse de una obligación que las ANR *deben* imponer a dichos operadores en determinadas circunstancias, concretamente cuando se aplican precios excesivos o en caso de compresión de los precios.

35. Esto se debe a que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso establece expresamente que las ANR «estarán facultadas» para imponer obligaciones en materia de orientación de los precios en función de los costes.

36. Cuando un análisis del mercado realizado en virtud del artículo 16 de la Directiva Marco revela que un mercado en particular no es realmente competitivo, la ANR competente goza de una amplia discrecionalidad para decidir el tipo de medida correctiva que se ha de imponer al operador con un peso significativo en el mercado.⁹ Según el artículo 16, apartado 4, de la Directiva Marco y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva acceso, la ANR competente «impondrá» una obligación a dicho operador. Podrá, sin embargo, elegir cualquier obligación de las enumeradas, en particular, en los artículos 9 a 13 de la Directiva acceso. Podrá incluso, «en circunstancias excepcionales», decidir imponer una medida correctiva que no se enumere en la Directiva acceso, si la Comisión así lo autoriza.¹⁰

37. Por lo que se refiere a las medidas de control de precios, el considerando 20 de la Directiva acceso establece que la intervención reguladora «puede ser relativamente leve, como en el caso de la obligación de fijar precios razonables para la selección del operador [...] o revestir una envergadura mucho mayor, como ocurre con la obligación de orientación de los precios en función de los costes», reconociendo así que las ANR tienen una amplia discrecionalidad para decidir qué medidas de control de precios se han de imponer en cada caso. Tal discrecionalidad en la elección de las medidas de control de precios ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia.¹¹

38. Por consiguiente, en mi opinión, el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso no excluye la imposición de una obligación de fijar los precios en un nivel inferior a sus costes a un operador designado como poseedor de un peso significativo en el mercado.

39. En tercer lugar, desde mi punto de vista, aunque las ANR gozan de una amplia discrecionalidad por lo que a las medidas de control de precios que se han de imponer se refiere, deben, en principio, fijar los precios sobre la base de los costes de un operador eficiente y no sobre la base de los costes del operador en cuestión. Esto significa que los precios normativos pueden ser inferiores a los costes contraídos por el operador en cuestión.

40. Debo señalar que, en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso, no existe definición alguna de los «costes» con respecto a los cuales los precios han de orientarse.

9 A este respecto, véase Garzaniti, L. y O'Regan, M. (eds.), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet EU Competition Law and Regulation*, 3.ª edición, Sweet & Maxwell, 2010, apartado 1-069: con arreglo a lo dispuesto en la Directiva Marco y la Directiva acceso, ambas aprobadas en 2002, «se concede una amplia discrecionalidad a las ANR por lo que se refiere a la elección de las medidas correctivas que están facultadas para imponer a las empresas con un peso significativo en el mercado, contrariamente al marco regulador de 1998, según el cual, si se determinaba que una empresa tenía un peso significativo en el mercado, esta se debía someter a todas las obligaciones reglamentarias previstas en las directivas pertinentes».

10 Véase el artículo 8, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva acceso.

11 Sentencias de 24 de abril de 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244), apartado 153; de 3 de diciembre de 2009, Comisión/Alemania (C-424/07, EU:C:2009:749), apartado 61, y de 15 de septiembre de 2016, Koninklijke KPN y otros (C-28/15, EU:C:2016:692), apartado 36.

41. Sin embargo, el artículo 13, apartado 3, de dicha Directiva, relativo a la obligación de que los precios se atengan al principio de orientación en función de los costes, indica que uno de los «objetivos» de las ANR en dichas situaciones consiste en el «cálculo del coste del suministro *eficaz* de servicios». ¹²

42. Por otra parte, el punto 1 de la Recomendación sobre las tarifas de terminación establece que «las ANR deben establecer unas tarifas de terminación basadas en los costes contraídos por un operador *eficiente*». ¹³ A este respecto, se ha de recalcar que aunque, y tal y como ya se ha mencionado con anterioridad, las ANR gozan de una amplia discrecionalidad por lo que a las medidas correctivas que se han de adoptar se refiere, el artículo 19, apartado 1, de la Directiva Marco establece que las ANR deben tener «en cuenta en la máxima medida posible» las recomendaciones de la Comisión, y que, cuando una ANR decida no seguir una recomendación, deberá «informar de ello a la Comisión motivando su posición». En consecuencia, en la sentencia Koninklijke KPN, el Tribunal de Justicia declaró que «corresponde a la ANR, cuando impone obligaciones de control de los precios y de contabilidad de los costes conforme al artículo 13 de la Directiva acceso, seguir, *en principio*, las indicaciones de la [Recomendación sobre las tarifas de terminación]. Solo si considera que, en el marco de su apreciación de una situación determinada, el modelo [...] propuesto por dicha Recomendación no es adecuado a las circunstancias podrá apartarse del mismo motivando su posición». ¹⁴

43. La razón por la cual la Recomendación sobre las tarifas de terminación establece que las tarifas de terminación deben basarse en los costes contraídos por un operador eficiente es que, como ya se ha mencionado con anterioridad, «la fijación de precios excesivos es la principal preocupación de las autoridades de reglamentación por lo que respecta a la competencia», tanto más cuanto que los elevados precios de terminación pueden transferirse a los usuarios finales y «se recuperan en última instancia a través de la aplicación de tarifas más elevadas». ¹⁵

44. Dicha posición es conforme con el artículo 13, apartado 2, de la Directiva acceso, que establece que se debe velar 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». ¹⁶ Dicha posición es también conforme con el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso, que establece que las obligaciones impuestas, en particular, con arreglo al artículo 13 de dicha Directiva deberán «justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de [la Directiva Marco]». Entre dichos objetivos se encuentran el de «que no exista falseamiento ni restricción de la competencia» y el de la promoción de «una inversión *eficiente* en materia de infraestructura». ¹⁷

45. Por consiguiente, si los costes contraídos por el operador de que se trate son superiores a los de un operador eficiente, el precio fijado sobre la base de los de este último puede ser inferior al basado en los del primero. En mi opinión, dicha solución no es incompatible con el artículo 13 de la Directiva acceso, puesto que, tal y como ya se ha explicado con anterioridad, los costes de un operador eficiente deben, «en principio», considerarse para establecer los precios orientados en función de los costes, en

¹² El subrayado es mío.

¹³ El subrayado es mío.

¹⁴ Sentencia de 15 de septiembre de 2016, Koninklijke KPN y otros (C-28/15, EU:C:2016:692), apartado 38 (el subrayado es mío).

¹⁵ Véase el considerando 7 de la Recomendación sobre las tarifas de terminación. Véase asimismo el considerando 9 de la antedicha Recomendación, que establece que, «en un entorno competitivo, los operadores competirían en función de gastos corrientes y no serían compensados por gastos que hubieran contraído por ineficiencias [...]».

¹⁶ El subrayado es mío.

¹⁷ Véase el artículo 8, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva Marco (el subrayado es mío).

virtud de dicha disposición. Como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto Koninklijke KPN, esto se entiende sin perjuicio de la libertad de la ANR de apartarse, en una situación concreta, del método propugnado por la Recomendación sobre las tarifas de terminación, si lo considera apropiado y motiva su posición.¹⁸

46. Con todo, debo insistir en que, desde mi punto de vista, los precios orientados en función de los costes impuestos en virtud del artículo 13 de la Directiva acceso no pueden ser inferiores a los costes contraídos por un operador eficiente para la prestación del servicio de interconexión en cuestión.¹⁹ Y ello se debe al hecho de que imponer precios inferiores a los costes de una prestación eficiente del servicio en cuestión podría disuadir al operador de que se trata de mantener su red y de desarrollar una infraestructura de nueva generación. Dicha solución podría, asimismo, disuadir a los operadores de la competencia de construir sus propias infraestructuras de red, objetivo que figura entre los enumerados en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva Marco. Otra razón que se puede alegar es que, según el artículo 13, apartados 1 y 3, de la Directiva acceso, al operador de que se trate se le debe permitir «una tasa razonable de rendimiento» en relación del el capital correspondiente o de la inversión.

47. En el asunto que nos ocupa, procede señalar que, según la resolución de remisión, no se ha establecido que los costes contraídos por Polkomtel resultaran superiores a los de un operador eficiente. Así pues, la tarifa MTR de Polkomtel se estableció sobre la base de la tarifa MTR media de los tres operadores históricos, es decir, la propia Polkomtel y sus competidoras Orange y T-Mobile, que han servido de referencia.²⁰ No se facilita información alguna al Tribunal de Justicia sobre las modalidades de cálculo de las tarifas MTR de Orange y de T-Mobile. En particular, no se facilita información alguna sobre el hecho de saber si las tarifas MTR de Orange y de T-Mobile se fijaron libremente o si las estableció el Presidente de la UKE.²¹ Si dichas tarifas las fijó el Presidente de la UKE, las mismas pueden haber sido calculadas sobre la base de los costes de un operador eficiente.

48. Así pues, le corresponderá al órgano jurisdiccional remitente verificar si la tarifa MTR de Polkomtel se basa en los costes contraídos por un operador eficiente para la prestación del servicio de terminación al por mayor de llamadas vocales en las redes móviles. De no ser así, el órgano jurisdiccional remitente debería comprobar si resultaba apropiado apartarse del modelo propuesto en la Recomendación sobre las tarifas de terminación, y si se aportaron razones para justificar la adopción de dicho enfoque en la resolución MTR de 2009. A dicho respecto, procede señalar que, durante la vista oral, el representante del Presidente de la UKE sostuvo que se utilizó una metodología

18 Sentencia de 15 de septiembre de 2016, Koninklijke KPN y otros, C-28/15, EU:C:2016:692, apartado 38.

19 Véase Garzaniti, L. y O'Regan, M. (eds.), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet EU Competition Law and Regulation*, 3.^a edición, Sweet & Maxwell, 2010, apartado 1-278: los operadores a los que se ha impuesto una obligación de orientación de los precios en función de los costes, podrían, a pesar de todo, incrementar los precios «si existen pruebas fiables, derivadas del análisis contable de los costes aprobado por la ANR competente, de que el precio propuesto resultaría inferior a los costes eficientes de los elementos y servicios de la red subyacente solicitados si se incluye una tasa razonable de rendimiento»; véase asimismo Marini Balestra, F., *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, CEDAM, 2013, p. 175: «la orientación de los precios en función de los costes es, en principio, el tope mínimo que las ANR no pueden rebasar: ello significa que las ANR no pueden imponer tarifas por debajo de los costes [...]. Dicha afirmación, sin embargo, debe ponderarse con el hecho de que los costes calculados por la ANR pueden resultar inferiores a los costes reales, si la metodología de contabilidad de costes aplicada por la ANR tiene en cuenta los costes de la infraestructura de un operador eficiente, y no los del operador de que se trate [...]. Por consiguiente, las ANR no podrían fijar precios inferiores a los costes que ellas mismas han calculado, pero podrían establecer precios inferiores a los costes reales» (traducción libre).

20 La resolución de remisión resalta que «en el presente asunto no se ha acreditado que los costes de Polkomtel, que son la base para fijar el precio de la prestación de servicios comprendida por la obligación resultante del artículo 40 de la [PT], sean superiores a lo que sería suficiente para el suministro eficaz de servicios. El Presidente de la UKE simplemente supuso que el precio establecido a partir de los costes contraídos por Polkomtel debía ser fijado, definitivamente, en un nivel inferior, para garantizar las mismas condiciones de competencia para todos los operadores con peso significativo en el mercado» (el subrayado es mío). Por añadidura, durante la vista oral, el Presidente de la UKE indicó que la resolución MTR de 2009 aplica una metodología de evaluación comparativa.

21 Debo señalar, sin embargo, que en la vista, el Presidente de la UKE mencionó que, en el momento de los hechos, tres operadores, uno de ellos Polkomtel, tenían un peso significativo en el mercado en Polonia. Cada uno de ellos poseía una cuota de mercado de alrededor del 30 % y estaba sujeto a obligaciones que les había impuesto el Presidente de la UKE.

de evaluación comparativa en la resolución MTR de 2009, dado que la Recomendación sobre las tarifas de terminación concede a las ANR un periodo transitorio para aplicar las tarifas de terminación sobre la base de los costes eficientes y que la resolución MTR de 2009 se adoptó durante dicho periodo transitorio, que se extendía hasta el 31 de diciembre de 2012.²²

49. Por consiguiente, ha de responderse a la primera cuestión que el artículo 13 de la Directiva acceso, en relación con el artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que cuando las ANR imponen a un operador con peso relevante en el mercado una obligación de orientar los precios en función de los costes, dichos precios pueden, en principio, establecerse en un nivel que es inferior a los costes de la prestación del servicio en cuestión por el operador de que se trate, siempre y cuando sean superiores a los costes contraídos por un operador eficiente para la prestación del mismo servicio. Sin embargo, esta solución se entiende sin perjuicio de la discrecionalidad de la que goza la ANR, en una situación determinada, de fijar los precios en un nivel superior a los costes contraídos por un operador eficiente para la prestación del servicio en cuestión, si considera dicha metodología apropiada y motiva su posición.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial

50. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso, en relación con el artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva y con el artículo 16 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que cuando una ANR impone a un operador con peso relevante en el mercado la obligación de orientar los precios en función de los costes, está facultada para imponerle una obligación de modificar esos precios anualmente a partir de los datos de costes más actualizados y de presentar los precios así actualizados a la ANR antes de que se apliquen en el mercado.

51. Polkomtel alega que, cuando se obliga a un operador con peso significativo en el mercado a fijar precios orientados en función de los costes, no se le puede exigir que modifique dichos precios anualmente y que presente los precios así actualizados a la ANR, para su verificación antes de que se apliquen. Aduce que la obligación de orientar los precios en función de los costes tan solo se puede imponer tras un procedimiento complejo, el cual incluye un análisis del mercado con arreglo a las disposiciones del artículo 16 de la Directiva Marco. Dicho análisis del mercado debe realizarse cada tres años, según el artículo 16, apartado 6, de la Directiva Marco, modificada por la Directiva 2009/140/CE²³ (la cual Polkomtel reconoce que no resultaba aplicable en el momento de los hechos), y cada dos años según la legislación nacional. Sin embargo, nada impide a la ANR competente realizar un análisis del mercado más a menudo. Por el contrario, la ANR competente no puede exigir al operador de que se trate que modifique los precios orientados en función de los costes previamente establecidos sin que se realice un nuevo análisis del mercado. De otra suerte, los precios normativos podrían mantenerse aunque el mercado se haya convertido en un mercado competitivo. En particular, el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso no puede interpretarse en el sentido de que impone al operador de que se trate la obligación de modificar anualmente los precios orientados en función de los costes.

²² En efecto, el punto 11 de la Recomendación sobre las tarifas de terminación establece que «las ANR deben velar por que las tarifas de terminación se apliquen a un nivel eficiente en cuanto a los costes y simétrico antes del 31 de diciembre de 2012». Por añadidura, según el considerando 21 de la susodicha Recomendación, «un período de transición que terminase el 31 de diciembre de 2012 debería considerarse lo bastante largo para permitir que las ANR implantasen el modelo de costes».

²³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO 2009, L 337, p. 37).

52. El Gobierno de los Países Bajos comparte la posición de Polkomtel. Recalca, en particular, que las ANR deben realizar un análisis del mercado relativo a los mercados de la terminación de llamadas vocales en las redes móviles cada tres años. Así pues, las ANR deben fijar los precios máximos para los tres años siguientes. Si las ANR exigieran una modificación anual de dichos precios, vulnerarían el requisito de proporcionalidad establecido en el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso y privarían a los operadores de seguridad jurídica, comprometiendo, por lo tanto, sus inversiones.

53. El Presidente de la UKE arguye que a un operador al que se le impone la obligación de orientar los precios en función de los costes se le puede exigir que modifique y que presente dichos precios anualmente, para su verificación por parte de la ANR competente antes de que se apliquen, debido a que el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso faculta a la ANR para exigir al operador de que se trate que justifique *en cualquier momento* los precios que aplica y, cuando proceda, ordenarle que los modifique. La PT tan solo faculta al Presidente de la UKE para exigir la justificación de los precios y, en caso necesario, para ordenar que se modifiquen una vez al año. Así pues, la PT concuerda con el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso y brinda seguridad jurídica a los operadores. También resulta conforme al requisito de proporcionalidad que se establece en el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso.

54. Los Gobiernos italiano y polaco y la Comisión Europea comparten el análisis del Presidente de la UKE.

55. En mi opinión, el artículo 13, apartado 3, en relación con el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se impone a un operador la obligación de orientar los precios en función de los costes, dicho operador puede verse obligado a modificar sus precios anualmente a partir de los datos de costes más actualizados y a presentar dichos precios a la ANR competente para su verificación.

56. El artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso establece que «cuando un operador *tenga* la obligación de que sus precios se atengan al principio de orientación en función de los costes»,²⁴ es decir, cuando dicha obligación ha sido ya impuesta al operador, «las [ANR] podrán exigir a [dicho] operador que justifique plenamente los precios que aplica y, cuando proceda, ordenarle que los modifique».

57. Debo señalar que, tal y como la Comisión ha sostenido, el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso no indica la frecuencia según la cual la ANR competente puede exigir dicha justificación y, cuando proceda, ordenar la modificación de los precios previamente establecidos.²⁵

58. Por consiguiente, hay que remitirse al artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso, el cual establece que las obligaciones, como la de orientación de los precios en función de los costes, «deberán basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con este y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de [la Directiva Marco]». En mi opinión, el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso debería aplicarse, no solamente a la imposición inicial de la obligación de orientación de los precios en función de los costes, sino también a la modificación de dichos precios con arreglo al artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso. Así pues, la frecuencia con la que podrá exigirse la justificación y la modificación de los precios orientados en función de los costes previamente impuestos debe resultar apropiada en el caso de que se trate («basarse en la índole del problema detectado»), guardar proporción con este y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva Marco.

²⁴ El subrayado es mío.

²⁵ Resulta irrelevante que, como ha indicado Polkomtel, el artículo 16, apartado 6, de la Directiva Marco, en su versión modificada por la Directiva 2009/140, establezca que las ANR deben realizar un análisis del mercado cada tres años. Lo que se le pregunta al Tribunal de Justicia es con qué frecuencia la ANR puede exigir la modificación de los precios orientados en función de los costes con arreglo al artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso. No se le pregunta con qué frecuencia la ANR puede realizar un análisis del mercado conforme al artículo 16 de la Directiva Marco.

59. He de señalar que una de las características de los mercados de las comunicaciones electrónicas es su rápida evolución en razón de los avances tecnológicos. Durante la vista, la Comisión explicó que dichos mercados se «caracterizan por su rápida evolución y el progreso tecnológico», mientras que el Presidente de la UKE subrayó que «de repente, surgen avances tecnológicos que alteran de manera fundamental el funcionamiento del mercado pertinente».²⁶ A la luz de tales características del mercado, desde mi punto de vista una obligación de modificación anual de los precios anteriormente establecidos no puede considerarse como excesiva o desproporcionada.

60. Además, ha de precisarse que la inexistencia de modificación, en el momento oportuno, de los precios orientados en función de los costes podría dar lugar a distorsiones o restricciones de la competencia, las cuales, según el artículo 8, apartado 2, letra b), de la Directiva Marco, deben evitarse. En efecto, si los costes disminuyeran de modo significativo tras la fijación de los precios orientados en función de los costes, el operador de que se trate podría, a falta de la oportuna modificación, aplicar precios excesivamente elevados. A la inversa, si los costes aumentaran tras la fijación de los precios orientados en función de los costes, el operador de que se trate podría verse confrontado a dificultades para mantener la infraestructura o invertir en nuevas tecnologías.

61. Por consiguiente, en mi opinión, se podrá exigir a un operador al que se le haya impuesto previamente una obligación de orientación de los precios en función de los costes que justifique sus precios y, en caso necesario, que los modifique anualmente.

62. Pasaré ahora a examinar si las ANR deben realizar un análisis del mercado con arreglo al artículo 16 de la Directiva Marco, antes de proceder a dicha modificación anual de los precios orientados en función de los costes.

63. Para empezar, he de indicar que la obligación de orientación de los precios en función de los costes tan solo se puede imponer como última etapa de un proceso que conlleva tres.²⁷

64. En una primera etapa, deben identificarse y definirse los mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, es decir, los mercados que podrían justificar la imposición de obligaciones normativas. A nivel de la Unión Europea, la Comisión publica una recomendación basada en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva Marco. Dicha recomendación contiene una lista de los mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante*.²⁸ Incumbe a las ANR identificar y definir los mercados pertinentes en sus territorios nacionales. Según el artículo 15, apartado 3, de la Directiva Marco, dicha tarea debe llevarse a cabo «teniendo en cuenta en la mayor medida posible» la recomendación publicada por la Comisión.

65. La segunda etapa consiste, en virtud del artículo 16, apartados 1 y 2, de la Directiva Marco, en la realización, por parte de la ANR competente, de un análisis del mercado pertinente, con el fin de determinar si dicho mercado es realmente competitivo, es decir, si un operador (individualmente o conjuntamente con otros) tiene un peso significativo en dicho mercado.²⁹

26 Véase asimismo Garzaniti, L. y O'Regan, M. (eds.), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet EU Competition Law and Regulation*, 3.ª edición, Sweet & Maxwell, 2010, apartado 4-015, donde se subraya el impacto de los avances tecnológicos sobre la definición del mercado.

27 Véase Garzaniti, L. y O'Regan, M. (eds.), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet EU Competition Law and Regulation*, 3.ª edición, Sweet & Maxwell, 2010, apartados 1-220 a 1-226.

28 Recomendación 2007/879/CE de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21 (en lo sucesivo, «Recomendación relativa a los mercados») (DO 2007, L 344, p. 65).

29 La noción de peso significativo en el mercado, tal y como se define en el artículo 14 de la Directiva Marco, equivale al concepto del Derecho de la competencia de posición dominante. Véase el apartado 70 de las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador [de la Unión] de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO 2002, C 165, p. 6).

66. La tercera etapa consiste, cuando una ANR determina que un operador tiene un peso significativo en el mercado pertinente, en que esta imponga las obligaciones apropiadas a dicho operador, con arreglo al artículo 16, apartados 2 y 4, de la Directiva Marco. Una de dichas obligaciones es la obligación de orientar los precios en función de los costes, prevista en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso.

67. En mi opinión, las ANR pueden exigir la modificación anual de los precios orientados en función de los costes sin tener que realizar un análisis del mercado conforme al artículo 16 de la Directiva Marco.

68. En primer lugar, el artículo 16, apartado 2, de la Directiva Marco establece que «cuando, en virtud [del artículo] 8 de la [Directiva acceso], la [ANR] deba determinar si procede imponer, mantener, modificar o suprimir determinadas obligaciones 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». El artículo 16, apartado 1, de la Directiva Marco establece que, lo antes posible después de la adopción por la Comisión de una recomendación sobre los mercados pertinentes de productos y servicios que pueden ser objeto de regulación *ex ante* (lo que la Comisión ha hecho en tres ocasiones hasta ahora),³⁰ las ANR efectuarán un análisis de los mercados identificados por la Comisión en dicha recomendación. Así pues, en mi opinión, el artículo 16, apartado 2, de la Directiva Marco no exige que las ANR realicen un nuevo análisis del mercado cuando pretenden determinar si ha lugar a «modificar» una obligación anteriormente impuesta. Más bien, el artículo 16, apartado 2, tan solo exige a las ANR que tengan en cuenta el análisis del mercado inicial que dio lugar a la imposición, por ejemplo, de una obligación de orientación de los precios en función de los costes, y que verifiquen si, a la luz de las informaciones actualizadas sobre los costes, dicha obligación sigue resultando apropiada.

69. En segundo lugar, el considerando 15 de la Directiva acceso establece que para imponer una obligación específica a una empresa cuyo peso significativo en el mercado ya ha sido establecido sobre la base de un análisis de mercado no requerirá proceder a un «análisis del mercado adicional» sino «una justificación de que dicha obligación es adecuada y proporcionada con respecto a la índole del problema detectado». Así pues, el único objetivo del análisis del mercado que se ha de realizar según el artículo 16 de la Directiva Marco es determinar si un mercado es realmente competitivo. La inexistencia de competencia efectiva puede revestir diferentes significados, como, por ejemplo, tal y como se indica en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso, que «el operador en cuestión [mantiene] unos precios excesivos o [comprime] los precios, en detrimento de los usuarios finales». Una vez esto establecido, no se necesita análisis del mercado adicional alguno para imponer obligaciones normativas. En otras palabras, el objetivo del análisis del mercado, en el sentido del artículo 16 de la Directiva Marco, no es determinar si una medida correctiva particular resulta apropiada. Por consiguiente, si no se exige un análisis del mercado para determinar si se ha de imponer la orientación de los precios en función de los costes, no se puede exigir un análisis del mercado para determinar si dichos precios deben, un año después, modificarse (o mantenerse o retirarse).

³⁰ La primera recomendación relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios que pueden ser objeto de regulación *ex ante* se adoptó en 2003 [Recomendación 2003/311/CE de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* en virtud de la Directiva 2002/21 (DO 2003, L 114, p. 45)]. La segunda se adoptó en 2007 (la Recomendación 2007/879/CE relativa a los mercados citada en la nota 28 de las presentes conclusiones). La tercera se adoptó en 2014 [Recomendación 2014/710/UE de la Comisión, de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* con arreglo a la Directiva 2002/21 (DO 2014, L 295, p. 79)].

70. Evidentemente, esto no significa que los precios orientados en función de los costes previamente impuestos puedan modificarse sin evaluar su adecuación y proporcionalidad. La «justificación» de la adecuación y proporcionalidad que se exige en el considerando 15 de la Directiva acceso para la imposición inicial de una obligación se aplica, asimismo, en mi opinión, a la modificación de dicha obligación. Esto concuerda con el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso, que exige que las obligaciones guarden «proporción».

71. A este respecto, debo señalar que, si bien el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso hace recaer en el operador en cuestión «la carga de la prueba de que las cuotas se determinan en función de los costes», sin embargo, dicha disposición se refiere al cálculo del «coste del suministro eficaz de servicios», que se confía a las ANR. Esto implica, en mi opinión, que las ANR deben verificar las informaciones proporcionadas por el operador en cuestión y examinar si los costes, calculados sobre la base del análisis del mercado,³¹ han evolucionado y si, por consiguiente, los precios han de modificarse.

72. A mi juicio, esto es compatible con la libertad de empresa que se consagra en el artículo 16 de la Carta.

73. La protección conferida por el artículo 16 de la Carta abarca la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil, la libertad contractual y la libre competencia. La libertad contractual incluye la libertad de determinar el precio de un servicio.³² En mi opinión, la obligación de orientar los precios en función de los costes constituye, sin duda alguna, una interferencia con respecto a la libertad de empresa. Así pues, la obligación de modificar anualmente dichos precios sin que la ANR realice un análisis del mercado constituye, asimismo, una injerencia en dicha libertad.

74. No obstante, el artículo 52, apartado 1, de la Carta reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades consagrados por ella, siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.³³ He de señalar, en primer lugar, que en la legislación nacional, y en concreto en la PT, se prevé la obligación de orientar los precios en función de los costes y la de modificar los precios anualmente sin que la ANR realice un análisis del mercado. En segundo lugar, dichas obligaciones respetan la esencia de la libertad de empresa, dado que los operadores siguen pudiendo suministrar los servicios de interconexión en cuestión (puesto que la ANR no puede fijar precios inferiores a los costes de un operador eficiente). En tercer lugar, los artículos 39 y 40 de la PT, mediante los cuales se transpone el artículo 13 de la Directiva acceso, persiguen objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea, como el fomento de la competencia a la que se alude en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva Marco. En particular, las obligaciones de orientar los precios en función de los costes y de modificar dichos precios anualmente debería, según el artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso, evitar que los operadores apliquen precios excesivamente elevados o compriman los precios. En cuarto lugar, la obligación de modificar los precios anualmente y sobre la base de la verificación, por parte de la ANR competente, de la adecuación de dicha modificación, a la luz de la evolución de los costes, es conforme con el requisito de proporcionalidad previsto en el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso.

75. Así pues, ha de responderse a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso, en relación con el artículo 8, apartado 4, de esta Directiva y con el artículo 16 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la ANR impone a un operador con un peso significativo en el mercado la obligación de orientar los precios en función de los costes, dicha ANR

³¹ Independientemente de la metodología de contabilidad de costes que se aplique.

³² Sentencia de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartados 42 y 43.

³³ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972), apartado 70.

está facultada para exigir al operador en cuestión que justifique plenamente sus precios y, si es necesario, que los modifique anualmente. Para poder exigir dicha modificación de los precios, las ANR no tienen obligación de realizar un análisis del mercado en el sentido del artículo 16 de la Directiva Marco. Sin embargo, deben asegurarse de que dicha modificación de los precios sea apropiada y proporcionada a la luz de la evolución de los costes.

C. Sobre la tercera cuestión prejudicial

76. Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si un operador al que se ha impuesto una obligación de orientar los precios en función de los costes, en virtud del artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso, tan solo se le puede exigir que modifique sus precios con arreglo al artículo 13, apartado 3, de la misma Directiva una vez que haya empezado a aplicar los precios orientados en función de los costes o, al contrario, también antes de que haya empezado a aplicarlos.³⁴

77. El órgano jurisdiccional remitente apunta que la versión polaca del artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso establece que «[las ANR] podrán exigir al operador de que se trate que justifique plenamente los precios que *aplica* y que, cuando proceda, podrán ordenarle que los modifique».³⁵ Según el órgano jurisdiccional remitente, la versión polaca de dicha disposición sugiere que las ANR pueden exigir a un operador al que se haya impuesto la obligación de orientar los precios en función de los costes que modifique dichos precios tan solo cuando haya empezado a aplicarlos sobre la base del artículo 13, apartado 1. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente apunta que, contrariamente a la versión polaca, las versiones inglesa, alemana y francesa de la última frase del artículo 13, apartado 3, no aluden a los precios ya «aplicados». Así pues, el órgano jurisdiccional remitente considera que las ANR pueden exigir a un operador al que se haya impuesto la obligación de orientar los precios en función de los costes que los modifique sobre la base del artículo 13, apartado 3, no solo cuando ya haya empezado a aplicarlos, sino también con anterioridad.

78. Procede señalar que, por ejemplo, las versiones danesa, alemana, francesa, húngara, italiana y sueca³⁶ de la última frase del artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso establecen que las ANR pueden exigir a un operador que justifique plenamente «sus precios». Dichas versiones no aluden a los precios «aplicados». Sin embargo, la versión española se refiere a los precios «que aplica» el operador.³⁷

34 En los fundamentos de la resolución de remisión se indica que, mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta «si el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso debe interpretarse en el sentido de que la obligación del operador con peso significativo en el mercado de modificar los precios que haya calculado *en cumplimiento de la obligación que le haya sido impuesta en virtud del artículo 13, apartado 1, de la Directiva acceso* se actualiza exclusivamente [...] tras iniciar la aplicación en el tráfico comercial de los precios así establecidos o [...] por anticipado [...], cuando el operador aplica en el tráfico comercial los precios que la [ANR] determinó» (el subrayado es mío). Así pues, en mi opinión, el órgano jurisdiccional remitente no pregunta si al operador en cuestión se le puede exigir, sobre la base del artículo 13, apartado 3, que modifique sus precios tanto cuando aplica precios fijados libremente como cuando aplica precios previamente impuestos por la ANR en virtud del artículo 13, apartado 1. Lo que pregunta el órgano jurisdiccional remitente es si al operador en cuestión se le puede exigir, sobre la base del artículo 13, apartado 3, que modifique sus precios una vez que haya empezado a aplicar los precios previamente fijados por la ANR con arreglo al artículo 13, apartado 1, así como antes de que haya comenzado a aplicar los precios previamente fijados por la ANR.

35 El subrayado es mío. La versión polaca de la última frase del artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso establece lo siguiente: «[...] krajowe organy regulacyjne mogą zażądać od danego operatora całościowego uzasadnienia *stosowanych cen*, a w razie potrzeby — odpowiedniego dostosowania tych cen [...]» (el subrayado es mío).

36 La versión danesa establece lo siguiente: «de nationale tilsynsmyndigheder kan anmode en udbyder om at fremlægge fuld dokumentation for *priserne* og om nødvendigt kræve, at priserne tilpasses»; según la versión alemana: «die nationalen Regulierungsbehörden können von einem Betreiber die umfassende Rechtfertigung *seiner Preise* und gegebenenfalls deren Anpassung verlangen»; la versión francesa indica lo siguiente: «les autorités réglementaires nationales peuvent demander à une entreprise de justifier intégralement *ses prix* et, si nécessaire, en exiger l'adaptation»; la redacción de la versión húngara es la siguiente: «a nemzeti szabályozó hatóságok megkövetelhetik az üzemeltetőtől, hogy *árait* teljeskörűen indokolja, és szükség szerint megkövetelhetik az *árak* kiigazítását is»; conforme a la versión italiana: «le autorità nazionali di regolamentazione possono esigere che un operatore giustifichi pienamente *i propri prezzi* e, ove necessario, li adegui», y la versión sueca establece lo siguiente: «de nationella regleringsmyndigheterna får ålägga en operatör att fullt ut motivera *sina priser* och, när så är lämpligt, kräva att priserna justeras» (el subrayado es mío).

37 La versión española reza lo siguiente: «las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a un operador que justifique plenamente *los precios que aplica* y, cuando proceda, ordenarle que los modifique» (el subrayado es mío).

79. Según reiterada jurisprudencia, en caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición de la Unión, la norma de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra.³⁸ En el presente asunto, el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso garantiza que un operador al que se le haya impuesto la obligación de orientar los precios en función de los costes sobre la base del artículo 13, apartado 1, aplique de hecho precios orientados en función de los costes. El artículo 13, apartado 3, garantiza que la obligación impuesta sobre la base del artículo 13, apartado 1, se cumpla efectivamente. En mi opinión, dicha obligación no podrá cumplirse de manera efectiva si la ANR competente no está facultada para exigir que el operador en cuestión modifique sus precios tanto antes de que empiece a aplicarlos como cuando ha empezado a aplicarlos. A este respecto, se ha de recalcar que el artículo 8, apartado 1, de la Directiva Marco faculta a las ANR para que «adopten todas las medidas razonables» que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en el apartado 2 de dicha disposición y, en particular, al fomento de la competencia, siempre y cuando estas medidas guarden proporción con dichos objetivos.³⁹

80. En consecuencia, ha de responderse a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso debe interpretarse en el sentido de que, cuando a un operador se le ha impuesto la obligación de orientar los precios en función de los costes, con arreglo al artículo 13, apartado 1, de dicha Directiva, se podrá exigir a dicho operador que modifique sus precios antes de que empiece a aplicarlos o después de que haya empezado a aplicarlos.

IV. Conclusión

81. Habida cuenta de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia):

- «1) 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 relación con el artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que cuando una autoridad nacional de reglamentación impone a un operador con peso significativo en el mercado una obligación de orientar los precios en función de los costes, dichos precios pueden, en principio, establecerse en un nivel que es inferior a los costes de la prestación del servicio en cuestión por el operador de que se trate, siempre y cuando sean superiores a los costes contraídos por un operador eficiente para la prestación del mismo servicio. Sin embargo, esta solución se entiende sin perjuicio de la discrecionalidad de la que goza la autoridad nacional de reglamentación, en una situación determinada, de fijar los precios en un nivel superior a los costes contraídos por un operador eficiente para la prestación del servicio en cuestión, si la misma considera dicha metodología apropiada y motiva su posición.
- 2) El artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso, en relación con el artículo 8, apartado 4, de esta Directiva y con el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, cuando una autoridad nacional de reglamentación impone a un operador con un peso significativo en el mercado la obligación de orientar los precios en función de los costes, dicha autoridad nacional de reglamentación está facultada para exigir al operador en cuestión que justifique plenamente sus precios y, si es necesario, que los modifique anualmente. Para poder exigir dicha modificación, las autoridades nacionales de reglamentación no tienen obligación de realizar un análisis del mercado en el sentido del artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco

³⁸ Sentencia de 17 de mayo de 2017, ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:377), apartado 37.

³⁹ Es conveniente apuntar, asimismo, que, en la vista, los representantes del Presidente de la UKE y del Gobierno polaco indicaron que la resolución MTR de 2009 no se aplicaba de modo retroactivo.

regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco). Sin embargo, deben asegurarse de que dicha modificación de los precios sea apropiada y proporcionada a la luz de la evolución de los costes.

- 3) El artículo 13, apartado 3, de la Directiva acceso debe interpretarse en el sentido de que, cuando a un operador se le ha impuesto la obligación de orientar los precios en función de los costes, con arreglo al artículo 13, apartado 1, de dicha Directiva, se podrá exigir a dicho operador que modifique sus precios antes de que empiece a aplicarlos o después de que haya empezado a aplicarlos.»