

Asunto C-494/21

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

11 de agosto de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

High Court (Tribunal Superior, Irlanda)

Fecha de la resolución de remisión:

30 de julio de 2021

Parte recurrente:

Eircom Limited

Parte recurrida:

Commission for Communications Regulation (Comisión de Regulación de Comunicaciones)

LA HIGH COURT (TRIBUNAL SUPERIOR)

SALA DE LO MERCANTIL

[*omissis*]

[*omissis*]

[Cuestiones procesales] [*omissis*] [*omissis*]

DECIDE plantear al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la cuestión prejudicial recogida en la resolución dictada por escrito el 5 de mayo de 2021 por el presente órgano jurisdiccional para que se pronuncie al respecto, que tiene el siguiente tenor:

En unas circunstancias en las que:

- (i) el mercado de las telecomunicaciones se ha liberalizado y en él participan muchos proveedores de servicios de telecomunicaciones;

(ii) la autoridad nacional de reglamentación (en lo sucesivo, «ANR») ha seleccionado a un proveedor de servicios (en lo sucesivo, «Proveedor del Servicio Universal» o «PSU») para cumplir las Obligaciones de Servicio Universal (en lo sucesivo, «OSU»);

(iii) la ANR ha determinado que existe un coste neto positivo derivado del cumplimiento de las OSU (en lo sucesivo, «Coste Neto de las OSU»); y

(iv) la ANR ha determinado que el Coste Neto de las OSU es significativo en comparación con los costes administrativos de establecer un mecanismo para repartir el Coste Neto de las OSU entre los participantes en el mercado;

en caso de que, en virtud de las obligaciones que le incumben con arreglo a la Directiva 2002/22 del Servicio Universal, la ANR deba apreciar si el Coste Neto de las OSU es excesivo a la luz de la capacidad del PSU de soportarlo, habida cuenta del conjunto de características que le son propias, en particular, del nivel de sus equipos, su situación económica y financiera, así como de su cuota de mercado (en el sentido del apartado 42 de la sentencia Base) ¿permiten las Directivas que la ANR realice esa apreciación teniendo exclusivamente en cuenta las características / la situación del PSU, o debe evaluar las características / la situación del PSU en relación con las de sus competidores en el mercado de que se trate?

[omissis] [omissis]

1 [omissis] [abreviaturas]

[omissis] [omissis]

I. ÓRGANO JURISDICCIONAL REMITENTE

2 [omissis]

II. PARTES EN EL LITIGIO PRINCIPAL Y SUS LETRADOS

3 [omissis]

4 [omissis]

5 [omissis]

6 [omissis] [omissis]

III. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y HECHOS PERTINENTES

- 7 Se solicita al Tribunal de Justicia orientación sobre la correcta aplicación de la sentencia Base (C-389/08), en la que se interpreta la Directiva del Servicio Universal y, más concretamente, sobre la apreciación de la existencia de una carga injusta en el contexto del mercado irlandés, en el que únicamente existe un PSU pero hay múltiples proveedores de servicios de telecomunicaciones.
- 8 La controversia objeto del litigio principal versa sobre un recurso interpuesto ante la High Court por Eircom al amparo del artículo 4 del European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Framework) Regulations, 2011 [Reglamento (Marco) de las Comunidades Europeas (Redes y Servicios de Comunicaciones electrónicas)] de 2011 (en lo sucesivo, «Reglamento Marco»).
- 9 Eircom impugna cinco decisiones adoptadas por la ComReg [Comisión de Regulación de Comunicaciones] en las que esta declaró que el coste neto que suponía para Eircom cumplir la OSU en relación con el suministro de acceso desde una ubicación fija durante los años 2010-2011 a 2014-2015, ambos inclusive, no constituía una carga injusta para Eircom y que, en consecuencia, procedía denegar sus solicitudes de financiación formuladas con arreglo al artículo 11 del European Communities (Electronic Communications Networks and Services) (Universal Service and Users' Rights) Regulations 2011 [Reglamento de las Comunidades Europeas (Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas) (Servicio Universal y Derechos de los Usuarios)] de 2011 (en lo sucesivo, «Reglamento del Servicio Universal»).

IV. CRONOLOGÍA GENERAL

- 10 El 30 de junio de 2010, tras una consulta pública, la ComReg volvió a designar a Eircom PSU en relación con el suministro de acceso desde una ubicación fija durante un período de dos años y, en relación con las demás cuestiones relacionadas con la OSU, entre el 1 de julio de 2010 y el 30 de junio de 2012. Mediante decisiones posteriores volvió a nombrarse a Eircom como entidad encargada de cumplir determinadas obligaciones relacionadas con el servicio universal, modificándose las condiciones y obligaciones a la luz de las condiciones del mercado. Eircom sigue siendo el único PSU para el suministro de acceso desde una ubicación fija, telefonía y cabinas telefónicas en Irlanda hasta la fecha.
- 11 El 31 de mayo de 2011, tras una serie de consultas públicas, la ComReg publicó la Decisión 04/11, integrada por varias decisiones numeradas que establecen los principios y metodologías para calcular los costes e ingresos netos de la OSU, los principios y metodologías para calcular los demás beneficios de la OSU y el planteamiento que se adoptaría a efectos de determinar si se estaba sometiendo al PSU a una carga injusta a la luz del coste neto. Los términos de las decisiones que recogen este planteamiento están recogidos en el anexo A.

- 12 Entre septiembre de 2014 y marzo de 2016, Eircom solicitó financiación para cubrir el coste neto del cumplimiento de la OSU durante los cinco años comprendidos entre 2010-2011 y 2014-2015, con arreglo al artículo 11 del Reglamento del Servicio Universal.
- 13 El 18 de abril, de 2019, tras una consulta pública relativa a cada una de esas cinco solicitudes, la ComReg publicó cinco decisiones (en lo sucesivo, «Decisiones») en las que declaró que el coste neto positivo soportado por Eircom para cumplir su OSU durante los años comprendidos en el período 2010-2011 a 2014-2015 no constituía una carga injusta en ninguno de esos años.
- 14 El 15 de mayo de 2019, Eircom interpuso recurso contra la citadas Decisiones alegando que la ComReg había cometido un error al concluir que no se había impuesto una carga injusta a Eircom.

V. DECISIONES IMPUGNADAS

- 15 La ComReg adoptó una Decisión independiente con respecto a cada año para el que Eircom solicitaba financiación. Estas decisiones fueron publicadas conjuntamente y en cada una de ellas se determinó que el coste neto no constituía una carga injusta para Eircom.
- 16 La ComReg estimó que el coste neto que Eircom había soportado para cumplir la OSU durante esos cinco años era, en total, ligeramente superior a 43 millones de euros. El coste neto positivo determinado por la ComReg con respecto a cada año figura en el anexo B.
- 17 Los beneficios antes de intereses e impuestos obtenidos por Eircom de su negocio de telefonía fija durante el período de cinco años en cuestión ascendieron a 1 397 000 millones de euros, cuyo desglose, para cada año, figura en el anexo C.
- 18 En cada una de sus decisiones, la ComReg se basó en un «Informe sobre Carga Injusta» elaborado por Oxera, una empresa de consultoría económica, relativo a cada año en concreto. A título de ejemplo, se adjunta como anexo D, el informe de Oxera para el año 2014-2015, y, como anexo E, la correspondiente decisión de la ComReg.
- 19 En cada una de las decisiones se declaró que existía un coste neto directo comprobado y comprobable; que los beneficios de la OSU no superaban el coste neto (es decir, que existía un coste neto positivo), y que el coste neto positivo era significativo en comparación con el coste administrativo de establecer un sistema de reparto [de manera que se cumplieran los requisitos establecidos en los incisos (i), (ii) y (iii), letra a), de la Decisión 38, recogidos en el anexo A].
- 20 En todos sus informes, Oxera llegó a la conclusión de que la rentabilidad del PSU y su capacidad de obtener una tasa de rendimiento razonable del capital empleado no se habían visto afectadas de forma significativa por el coste neto de la OSU en

el período pertinente (apreciación que debía realizarse en virtud de la Decisión 40, según lo dispuesto en el anexo A).

- 21 Para determinar si Eircom estaba obteniendo una tasa de rendimiento razonable, Oxera comparó un índice de rentabilidad del capital empleado (en lo sucesivo, «ROCE»,¹ [siglas en inglés de «return on capital employed»]) basado en la rentabilidad financiera de Eircom con un coste medio ponderado regulado del capital (en lo sucesivo, «WACC»[, siglas en inglés de «weighted average cost of capital»]), determinado con carácter previo por la ComReg. Por ejemplo, en el informe correspondiente a 2014-2015 se determinó que el ROCE correspondiente al negocio de telefonía fija (mayorista y minorista) de Eircom, incluido el coste neto, era igual a 11,4 %, mientras que el WACC regulado autorizado de Eircom representaba un 8,18 % (de manera que el ROCE correspondiente al negocio de telefonía fija, incluido el coste neto, para cada año superaba el WACC). Se incluye un cuadro con estas cifras para cada año objeto de análisis en el anexo F. Oxera también tuvo en cuenta otros indicadores (aunque, según Eircom, Oxera no les atribuyó mucho peso) relativos a la situación financiera y económica de Eircom, incluida su cuota de mercado en el mercado de la telefonía fija por volumen de ingresos, los cambios en los ingresos medios por usuario a lo largo del tiempo, y los cambios en el número de clientes de Eircom a lo largo del tiempo, a modo de «contexto ampliado» del análisis de rentabilidad que había realizado. Oxera concluyó con respecto a cada año objeto de análisis que la rentabilidad y capacidad de obtener un ROCE adecuado de Eircom no se habían visto significativamente afectadas por el coste neto de la OSU y que, por consiguiente, la carga que el coste neto había constituido durante el período objeto de la solicitud no era injusta a la luz de la capacidad de Eircom para soportarla.
- 22 Oxera declaró que, a la luz del análisis realizado, no había examinado si el coste neto incidía de forma significativa en la capacidad de Eircom de competir en el futuro en igualdad de condiciones con sus competidores con arreglo a la Decisión 41 (recogida en el anexo A).
- 23 La ComReg estimó que la conclusión de que la rentabilidad y capacidad de Eircom para obtener un ROCE adecuado no se habían visto afectadas de forma significativa durante ninguno de los años objeto de la solicitud demostraba que el coste neto no había ocasionado un perjuicio competitivo significativo a Eircom. Por consiguiente, la ComReg declaró que no era preciso realizar el examen relativo a la distorsión de la competencia previsto en la Decisión 41 de la Decisión 04/11.
- 24 Ni la ComReg ni Oxera examinaron la situación de los competidores de Eircom en el mercado. Tanto los informes de Oxera como las decisiones de la ComReg se centran en las características de Eircom.

¹ El ROCE es un indicador de rentabilidad financiera basado en la contabilidad que refleja la relación entre los beneficios de explotación y el capital empleado en un negocio.

VI. EL MERCADO DE LA TELEFONÍA FIJA EN IRLANDA

- 25 Las cuotas de mercado nacionales de los operadores del mercado de telefonía fija en Irlanda durante la mayor parte del período pertinente, recogidas en el estudio de mercado de la ComReg para el año 2015, figuran en el anexo G: en dicho anexo se aprecia que la cuota de mercado nacional de Eircom (anterior titular del monopolio) en cuanto a contrataciones de telefonía fija se redujo del 74,5 % (1T, 2010) al 47,2 % (4T, 2014); mientras que, por ejemplo, Virgin incrementó su cuota de mercado nacional del 5 % al 21,7 % durante el mismo período. El estudio de mercado de la ComReg para el año 2014 indicaba que, según una encuesta realizada en 2013 a los hogares, la cuota de mercado de Virgin en Dublín era del 42 % frente al 44 % de Eircom.
- 26 Habida cuenta de que Eircom ha sido la única empresa que se ha considerado que tiene un poder de mercado significativo en varios mercados de telefonía fija (mayorista y minorista), de manera que sus precios mayoristas y minoristas están regulados, Eircom es el único operador del mercado al que la ComReg ha aplicado un WACC. No está en cuestión el importe del WACC regulado, sino la adecuación de su utilización para apreciar si existe una carga injusta.
- 27 En particular, el PSU está obligado a atender cualquier solicitud razonable de un particular de conectarse a la red de telecomunicaciones públicas en una ubicación fija a cambio de un precio nacional único determinado por el PSU (el precio promediado geográficamente).
- 28 La mayor parte del coste neto de la OSU (superior al 85 % durante el período 2014-2015) corresponde a la prestación de servicios comprendidos en la OSU a clientes no rentables o a clientes rentables en zonas no rentables.
- 29 Aunque la pertinencia de esas cuestiones para el recurso es objeto de controversia, es pacífico que, en principio, constituye una característica del mercado de las telecomunicaciones que los proveedores de servicios que no son PSU también se benefician de que haya clientes conectados a la red que, de no ser por el PSU, no serían atendidos (externalidades positivas) o que también es una característica reconocida de esos mercados competitivos que, en principio, todos los proveedores de servicios puede optar por operar en entornos geográficos más rentables.

VII. DISPOSICIONES LEGALES PERTINENTES

- 30 En el momento pertinente, el marco regulador de las comunicaciones electrónicas en la Unión estaba constituido por la Directiva Marco y por cuatro directivas específicas, de las cuales la Directiva del Servicio Universal resulta pertinente para el presente asunto.
- 31 La Directiva Marco dispone que cada Estado miembro deberá nombrar a uno o varios organismos para que actúen como autoridad nacional de reglamentación y

que tendrán encomendadas las misiones reguladoras asignadas en la propia Directiva Marco y en las directivas específicas. Según el artículo 3, apartado 3, «*los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad y transparencia*».

- 32 La ComReg, en su condición de organismo regulador del sector de las comunicaciones electrónicas en Irlanda, es la autoridad nacional de reglamentación a efectos de la Directiva Marco y de las directivas específicas.
- 33 Los artículos 7 y 8 de la Directiva Marco establecen los principios que debe aplicar la autoridad nacional de reglamentación, incluidos el principio de no discriminación, de protección de la competencia, de proporcionalidad y de transparencia.²
- 34 Las siguientes disposiciones de la Directiva del Servicio Universal resultan pertinentes para las cuestiones objeto del presente procedimiento que han dado lugar a la solicitud de las partes de que se plantee una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267:
- el artículo 1, que establece los objetivos y la naturaleza fundamental del servicio universal;
 - el artículo 3, que obliga a los Estados miembros a garantizar la disponibilidad del servicio universal, respetando determinados principios concretos;
 - el artículo 12, que expone las medidas que debe adoptar una autoridad nacional de reglamentación si considera que un PSU soporta una carga injusta;
 - el artículo 13, según el cual, cuando una autoridad nacional de reglamentación considere que un PSU está sometido a una carga injusta, el correspondiente Estado miembro, a petición del PSU, podrá introducir un mecanismo de compensación, con cargo a los fondos públicos y en condiciones de transparencia, a favor del PSU por los costes netos que se determine, o también repartir el coste neto de la OSU entre los distintos proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas del mercado, y
 - la parte A del anexo IV, que regula el cálculo correcto del coste neto de la OSU.³

² Los artículos 2, letra g), y 3, apartado 1, así como los considerandos 1 y 36 de la Directiva Marco también resultan pertinentes.

³ También resultan pertinentes para la controversia objeto del litigio principal los considerandos 2, 3, 4, 18, 21 y 23.

- 35 En el ámbito nacional, el artículo 11 del Reglamento del Servicio Universal (S.I. 337/2011)⁴ dispone que el PSU puede solicitar a la ComReg que aprecie si el coste neto de la OSU constituye una carga injusta.
- 36 El artículo 12 dispone que, cuando la ComReg llegue a la conclusión de que el PSU está sometido a una carga injusta, repartirá el coste neto de la OSU entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas.

VIII. Sentencia BASE (C-389/08)

- 37 Las partes discrepan sobre el significado que ha de atribuirse a las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Justicia en su sentencia Base, dictada en el asunto C-389/08, y sobre su aplicación a la apreciación de la existencia de una carga injusta cuando únicamente hay un PSU en el mercado, así como sobre el método que ha de aplicarse para determinar la existencia de una carga injusta con carácter general. Por consiguiente, procede plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia relativa, principalmente, a la aplicación al presente procedimiento de la sentencia Base (C-389/08).
- 38 En aquel asunto, el contexto fáctico de la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia estaba constituido por un régimen legal en virtud del cual todos los operadores del mercado podían ser potenciales PSU si sus clientes tenían derecho a tarifas sociales. El Derecho belga establecía que, si el número de tarifas sociales concedidas por un operador resultaba ser superior al número de tarifas sociales correspondientes a su cuota del volumen de negocios global del mercado, dicho operador debía recibir una compensación.
- 39 Sin embargo, el coste neto no se calculaba en función de las características de cada operador individual, sino que se basaba en los costes de Belgacom, el proveedor histórico.
- 40 En los apartados 42 y 43 sentencia, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente en relación con el significado de la expresión «carga injusta»: ⁵

«A este respecto, del vigesimoprimer considerando de la Directiva 2002/22 resulta que la intención del legislador comunitario era vincular los mecanismos de cobertura de los costes netos que pudiera ocasionar la prestación de un servicio universal para una empresa a la existencia de una carga excesiva para dicha empresa. En este contexto, al considerar que el coste neto del servicio universal no supone necesariamente una carga excesiva para todas las empresas afectadas, pretendía excluir la posibilidad

⁴ Reglamento de las Comunidades Europeas (Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas) (Servicio Universal y Derechos de los Usuarios) de 2011.

⁵ Esos mismos principios se recogen en la sentencia dictada en el asunto C-222/08, Comisión/Bélgica, relativa al procedimiento por infracción iniciado por la Comisión.

de que todo coste neto de la prestación de un servicio universal diese lugar automáticamente a un derecho a ser compensado. En estas circunstancias, la carga injusta cuya existencia ha de corroborar la autoridad nacional de reglamentación antes de cualquier compensación es la carga que presente carácter excesivo para cada empresa afectada según su capacidad para soportarla, habida cuenta del conjunto de características que le son propias, en particular, del nivel de sus equipos, su situación económica y financiera, así como de su cuota de mercado.

Si bien es cierto que ante la inexistencia de precisiones en la Directiva 2002/22 a este respecto, corresponde a la autoridad nacional de reglamentación establecer con carácter general e impersonal los criterios que permitan determinar los umbrales más allá de los cuales una carga puede considerarse excesiva, tomando en consideración las características mencionadas en el apartado anterior, dicha autoridad tan solo podrá declarar que la carga de la prestación del servicio universal es injusta, a los efectos de la aplicación del artículo 13 de dicha Directiva, si lleva a cabo un examen particular de la situación de cada empresa afectada a la luz de estos criterios.»

- 41 No se discute que tanto la ComReg como la High Court irlandesa están obligados a aplicar las decisiones del Tribunal de Justicia en virtud del principio de cooperación leal. Sobre lo que discrepan las partes es sobre la interpretación correcta de la sentencia Base (C-389/08) y su correcta aplicación al contexto fáctico del presente procedimiento.

IX. ALEGACIONES DE LAS PARTES SOBRE LAS CUESTIONES JURÍDICAS

- 42 Las partes están de acuerdo en que la ComReg tiene la obligación legal de determinar si el coste (neto de los beneficios) de cumplir la OSU representa una carga injusta para el PSU. Sin embargo, las partes discrepan sobre el significado de las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Justicia en su sentencia Base (C-389/08) y sobre su aplicación al examen de la existencia de una carga injusta cuando únicamente hay un PSU en el mercado, así como sobre el método correcto que ha de aplicarse para determinar la existencia de una carga injusta con carácter general.

Alegaciones de Eircom

- 43 En la medida en que resulta pertinente para las cuestiones que han dado lugar a la presente remisión prejudicial con arreglo al artículo 267, Eircom formula las siguientes alegaciones:
- (i) para determinar si la OSU representa una carga injusta en un mercado competitivo es preciso realizar un análisis de la competencia en el marco del

- cual se aprecie si la imposición unilateral del coste neto de la OSU al PSU falsea la competencia al colocarle en una posición de desventaja frente a sus competidores en el mercado;
- (ii) la capacidad relativa del PSU para soportar el coste neto de la OSU debe apreciarse teniendo en cuenta no solo las características que son propias a Eircom, sino también las de sus competidores. El experto en economía independiente contratado por Eircom considera que, si no se realiza dicha apreciación, existe un riesgo significativo de que se llegue a una situación en la que todos los proveedores de servicios de comunicaciones se beneficien de las externalidades positivas de la OSU pero el PSU sea el único que soporte su coste, pese a no estar en una posición significativamente mejor para hacerlo, lo cual, por definición, debe considerarse injusto dado que no existe ninguna razón objetiva que justifique esa desigualdad de trato;
 - (iii) las alusiones a la necesidad de tener en cuenta las características que son propias al PSU recogidas en la sentencia Base (C-389/08), deben apreciarse en el contexto fáctico de dicho asunto, en el que existían múltiples PSU y la conducta infractora de la autoridad nacional de reglamentación consistió en apreciar la potencial carga injusta impuesta a cada uno de ellos de forma genérica. Los comentarios del Tribunal de Justicia deben entenderse en ese sentido y no como una orden de considerar exclusivamente las características de una única empresa en un mercado competitivo;
 - (iv) asimismo, las características que han de apreciarse a la luz del método expuesto en la sentencia Base (C-389/08), como el nivel de los equipos y la cuota de mercado, son términos sustancialmente comparativos y solo son pertinentes en la medida en que sitúan al PSU en una situación de ventaja o desventaja frente a sus competidores;
 - (v) las afirmaciones realizadas en la sentencia Base (C-389/08) también deben interpretarse en el contexto de las obligaciones vinculantes de las autoridades nacionales de reglamentación recogidas en la Directiva Marco y en la Directiva del Servicio Universal, así como a la luz de los principios generales del Derecho de la Unión. De los términos de la Directiva Marco y de la Directiva del Servicio Universal, así como de los principios generales del Derecho de la Unión, se desprende claramente que minimizar las distorsiones de la competencia constituye una obligación general de la ComReg en su condición de autoridad nacional de reglamentación;
 - (vi) al fijar en un nivel tan alto el umbral que debe cumplirse para considerar que se ha producido un «efecto significativo» sobre la rentabilidad y la capacidad de obtener una tasa de rendimiento razonable del capital, y entrar posteriormente a valorar si una carga coloca al PSU en una situación de desventaja frente a sus competidores, la ComReg ha incumplido las obligaciones que, en su condición de autoridad nacional de reglamentación,

- le incumben con arreglo a la Directiva Marco y a la Directiva del Servicio Universal;
- (vii) la metodología para determinar si el coste neto de la OSU ha colocado al PSU en desventaja frente a sus competidores basada en el análisis de si el ROCE del PSU ha superado su WACC en el año pertinente es incorrecta. El planteamiento de la ComReg únicamente analiza si el PSU ha sido o no capaz de absorber el coste sin que su ROCE caiga al nivel de su WACC. Además, dicho umbral tiene en cuenta el ROCE de todo el negocio mayorista y minorista de telefonía fija de Eircom y no el de su negocio de la OSU (que es un negocio exclusivamente minorista);
 - (viii) la imposición de una obligación unilateral de financiar un servicio universal a una empresa en un mercado competitivo simplemente sobre la base de que la autoridad nacional de reglamentación estima que esa empresa puede permitírsele en el corto a medio plazo no puede constituir nunca una razón objetiva para hacerlo. El hecho de que el PSU tenga un ROCE superior a su WACC no demuestra, a falta de otra información, que el PSU sea capaz de absorber el coste sin efectos perjudiciales en su posición competitiva en el mercado. No revela nada acerca del poder de mercado del PSU o sobre el de sus competidores y es un indicador deficiente de las condiciones del mercado y del impacto competitivo de la OSU;
 - (ix) el ROCE de cada uno de los operadores del mercado durante el período pertinente, determinado por el experto en economía designado por Eircom, figura en el anexo H. Dicho experto considera que las cifras demuestran que el ROCE medio de Eircom durante el período 2010-2015 es el más bajo de todos los operadores analizados;
 - (x) el empleo del WACC determinado por la ComReg para Eircom no es un parámetro adecuado: el experto en economía independiente demuestra que, en muchos sectores, las empresas pueden obtener una tasa de rentabilidad por encima del WACC, y que todos los operadores de ese mercado registran niveles de rentabilidad muy por encima del WACC que se aplica a Eircom. La OSU, que constituye una obligación legal cuyo objeto es garantizar que los usuarios dispongan de una serie de servicios de comunicaciones básicos a precios asequibles, no tiene por finalidad reducir los beneficios del PSU en un entorno competitivo. Imponer el coste de la OSU unilateralmente a un PSU, aunque ello le coloque en una situación de desventaja frente a sus competidores y al margen del hecho de que sus principales competidores no hayan sido sometidos a medidas para reducir sus beneficios en un nivel similar, es contrario a los objetivos de la Directiva Marco y de la Directiva del Servicio Universal de garantizar la proporcionalidad y evitar la discriminación y el falseamiento de la competencia.
 - (xi) según las pruebas aportadas por el experto en economía de Eircom, que no han sido rebatidas por el experto en economía de la ComReg, en 2010-2011

el coste neto tendría que haber sido de 244 millones de euros para que se cumpliera esa exigencia (que representa un 62 % de los beneficios antes de intereses e impuestos) y, en lo que respecta a los años para los que se ha solicitado financiación, la suma más baja que hubiera permitido cumplir esa exigencia en uno de los años habría sido un coste neto de 51 millones de euros (que representa un 23 % de los beneficios antes de intereses e impuestos);

- (xii) el método que la ComReg ha adoptado en sus Decisiones entrañaría que únicamente cabría considerar que se impone una carga injusta si el ROCE de Eircom relativo a la totalidad de su negocio de telefonía fija se desplomase hasta un nivel tal que, de mantenerse, surgirían problemas para captar nuevo capital, según la información proporcionada por el experto en economía. Ello va en contra del marco regulador que persigue promover la competencia efectiva;
- (xiii) habida cuenta de que las conclusiones alcanzadas en la sentencia Base (C-389/08) son pertinentes para mercados con un único PSU, de ello se desprende, por lo tanto, que la autoridad nacional de reglamentación debe llevar a cabo, en primer término, una evaluación individual sobre los costes netos reales para un PSU sin partir de premisas genéricas relativas a la relación entre un coste neto positivo y una carga injusta y, posteriormente, en segundo término, cumplir la obligación vinculante que le incumbe en virtud de la Directiva del Servicio Universal de determinar si se trata o no de una carga injusta teniendo en cuenta el contexto completo del mercado en el que el PSU opera; y
- (xiv) la rentabilidad y la capacidad de Eircom de obtener una tasa de rendimiento razonable del capital empleado se ve significativamente afectada por el coste neto del PSU dado que impone un coste adicional a Eircom que sus rivales no tienen que soportar, sin que Eircom obtenga un beneficio (como una posición en el mercado cercana al monopolio en el mercado minorista) que contrarreste la desventaja de ese coste añadido. No es posible determinar si se produce un «efecto significativo» en la rentabilidad o en la capacidad de obtener una tasa de rendimiento razonable en virtud de un umbral de rentabilidad, excluyendo de ese modo cualquier consideración basada en el falseamiento de la competencia o en razones objetivas.

Alegaciones de la ComReg

- 44 En la medida en que resulta pertinente para las cuestiones que han dado lugar a la presente remisión prejudicial con arreglo al artículo 267, la ComReg formula las siguientes alegaciones:
- (i) a tenor de las conclusiones recogidas en la sentencia Base (C-389/08), es preciso centrarse en la capacidad del PSU para soportar el coste neto habida cuenta de las características que le son propias. Este método implica realizar

- un análisis unilateral de la propia capacidad de la entidad para soportar la carga, no un análisis de todos los competidores del mercado y sus respectivas capacidades para soportar el coste neto;
- (ii) la Directiva del Servicio Universal no solo permite a las autoridades nacionales de reglamentación establecer con carácter general e impersonal los criterios que permitan determinar si una carga puede considerarse injusta sino que, a la luz de la sentencia Base (C-389/08), se lo exige. Tales criterios no están regulados en la Directiva ni establecidos por el Tribunal de Justicia, sino que deben ser determinados por cada autoridad nacional de reglamentación. Por consiguiente, no es sorprendente que cada Estado miembro haya adoptado sus propios criterios y que estos varíen de un Estado miembro a otro;
 - (iii) el método desarrollado en la sentencia Base (C-389/08) tiene por objeto que se determine si el coste neto es excesivo según la capacidad del PSU para soportarlo, a la luz de determinados indicadores identificados que se centran en las características del PSU;
 - (iv) a la luz del método desarrollado en la sentencia Base (C-389/08), la rentabilidad constituye una variable fundamental a la hora de determinar la capacidad de Eircom para soportar el coste neto;
 - (v) la ComReg aduce que la rentabilidad y capacidad de Eircom de obtener un ROCE adecuado son indicadores de su situación financiera y que es apropiado utilizarlos para evaluar su capacidad para soportar la carga consistente en el coste neto. La ComReg alega que el WACC regulado permitido constituye un nivel de rentabilidad de referencia competitivo y apropiado para realizar esa evaluación. Los organismos reguladores y las autoridades suelen emplear el WACC en asuntos en materia de competencia como parámetro de referencia de la rentabilidad que los inversores (a saber, accionistas y prestamistas) pueden esperar cuando invierten en un negocio. El WACC refleja el coste de oportunidad del inversor de asumir el riesgo de invertir en una empresa o, en otras palabras, el rendimiento de referencia que dicho inversor exigiría para realizar la inversión;
 - (vi) los informes de Oxera y las decisiones de la ComReg se han centrado en las características de Eircom y en su capacidad para soportar el coste neto y han llegado a la conclusión de que el coste neto no era excesivo a la luz de la capacidad de Eircom para soportarlo, con arreglo a dicho método;
 - (vii) la capacidad de una entidad de obtener una subvención indirecta por los beneficios obtenidos es pertinente en lo que respecta a su capacidad para soportar el coste neto de la OSU y las subvenciones indirectas, como principio, subyacen al razonamiento aplicado en la sentencia Base (C-389/08);

- (viii) Eircom insiste en lo injusto que es que deba soportar una carga de 45 millones de euros a lo largo de cinco años, pasando por alto que durante, ese mismo período, su beneficio antes de impuestos e intereses fue de 1 397 000 millones de euros. Es preciso tener esto en cuenta, toda vez que la apreciación de la existencia de una carga injusta tiene por objeto determinar la capacidad del PSU para soportar el coste neto;
- (ix) resulta crucial que Eircom no haya acreditado que su rentabilidad y su capacidad para obtener un ROCE adecuado se hayan visto afectadas de forma significativa por el coste neto de la OSU. Eircom tampoco aduce que el coste neto de la OSU esté generando una falta de rentabilidad (dado que no existe tal falta de rentabilidad) o, lo que es más importante, una incapacidad para soportar el coste. La cuantía absoluta de los beneficios y la comparación entre el ROCE y el WACC demuestran que el coste neto no ha tenido un efecto significativo en la rentabilidad de Eircom. Si tomamos como ejemplo el año 2010-2011, pese a operar en un entorno competitivo, los beneficios antes de intereses e impuestos de Eircom ascendieron a 388 millones de euros frente a los 7,5 millones de euros que tuvo que soportar en concepto de coste neto positivo;
- (x) en ningún apartado de la sentencia Base (C-389/08) se establece o corrobora que la ComReg deba realizar un análisis de los competidores del PSU, de sus beneficios, de su cuota de mercado y del beneficio que obtienen de la OSU. Tampoco se sugiere en dicha sentencia que deba realizarse este tipo de estudio de mercado o que deba establecerse algún tipo de comparación entre Eircom y sus competidores antes de determinar si Eircom puede soportar el coste neto;
- (xi) la ComReg alega que las cuotas de mercado de los competidores y su progresión (invocadas por Eircom) no son indicativas y aún menos determinantes de la capacidad de Eircom para soportar el coste neto. En lo que respecta al ROCE de otros operadores del mercado indicados por Eircom en el anexo H, la ComReg arguye que ese análisis del ROCE recoge datos volátiles y contradictorios, apunta a la rentabilidad de los competidores y, en cualquier caso, es irrelevante para la apreciación de que se trata;
- (xii) si en el marco de la evaluación de la existencia de una carga injusta debiera realizarse un estudio de mercado de este tipo, cabría razonablemente esperar que la Directiva Marco o la Directiva del Servicio Universal lo hubieran establecido en términos análogos o similares, o que el Tribunal de Justicia lo hubiera indicado en su sentencia Base (C-389/08), pero no lo hizo;
- (xiii) la metodología de la ComReg tiene efectivamente en cuenta la situación competitiva en el mercado dado que, cuando queda debidamente acreditado que un coste neto positivo afecta de forma significativa a la rentabilidad de un PSU, la ComReg debe apreciar si dicho coste neto afecta de forma

significativa a la capacidad del PSU de seguir compitiendo con otros operadores en igualdad de condiciones. Además, en el contexto del análisis previsto en la Decisión 40, la ComReg y Oxera sí tuvieron en cuenta aspectos del mercado como contexto más amplio de la evaluación de la rentabilidad (incluida la política de fijación de precios de Eircom y su cuota en el mercado de la telefonía fija), según resulta, por ejemplo, del cuadro 5.1 y de la conclusión de los informes de Oxera que acompaña a cada una de las Decisiones, de las que se adjunta el ejemplar correspondiente al año 2014-2015 como ejemplo en el anexo D;

- (xiv) la rentabilidad es un sólido indicador del entorno competitivo y el resultado de la evaluación de la rentabilidad no está desvinculado de determinadas consideraciones relativas a la competencia;
- (xv) de lo que se trata en el presente asunto es del coste neto de la OSU —el impacto de un importe monetario— no de otras exigencias cualitativas de la OSU que pueden tener efectos competitivos, como el precio ponderado geográficamente;
- (xvi) no cabe duda de que, cuando se pronunció en la sentencia Base (C-389/08), al establecer el criterio adecuado para apreciar la existencia de una carga injusta el Tribunal de Justicia tenía principalmente en mente las exigencias de no discriminación, proporcionalidad y de reducir al mínimo las distorsiones del mercado, así como la desviación con respecto a las condiciones de mercado a las que el PSU se enfrenta; y
- (xvii) el experto en economía contratado por la ComReg está convencido de que la comparación del ROCE y del WACC es una etapa adecuada de la evaluación de la situación económica y financiera de un PSU.

X. MOTIVACIÓN DE LA PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL

- 45 Las partes discrepan sobre el significado que ha de atribuirse a las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Base (C-389/08) y su aplicación al examen de la existencia de una carga injusta cuando únicamente hay un PSU en el mercado y sobre el método correcto que ha de aplicarse para determinar la existencia de una carga injusta con carácter general.
- 46 La sentencia Base (C-389/08) no aborda una situación en la que existen muchos proveedores de servicios de telecomunicaciones pero un solo PSU. Esa es la situación que existe en Irlanda. Para resolver las controversias objeto del litigio principal, es preciso obtener orientación del Tribunal de Justicia. Además, es probable que la orientación que el Tribunal de Justicia proporcione sea de interés para los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros. Es poco probable que Irlanda sea el único Estado miembro que tenga un mercado liberalizado de las telecomunicaciones en el que pueda plantearse este problema.

XI. CUESTIÓN PREJUDICIAL

En unas circunstancias en las que:

- (i) el mercado de las telecomunicaciones se ha liberalizado y en él participan muchos proveedores de servicios de telecomunicaciones;
- (ii) la autoridad nacional de reglamentación (en lo sucesivo, «ANR») ha seleccionado a un proveedor de servicios (en lo sucesivo, «Proveedor del Servicio Universal» o «PSU») para cumplir las Obligaciones de Servicio Universal (en lo sucesivo, «OSU»);
- (iii) la ANR ha determinado que existe un coste neto positivo derivado del cumplimiento de las OSU (en lo sucesivo, «Coste Neto de las OSU»); y
- (iv) la ANR ha determinado que el Coste Neto de las OSU es significativo en comparación con los costes administrativos de establecer un mecanismo para repartir el Coste Neto de las OSU entre los participantes en el mercado;

en caso de que, en virtud de las obligaciones que le incumben con arreglo a la Directiva 2002/22 del Servicio Universal, la ANR deba apreciar si el Coste Neto de las OSU es excesivo a la luz de la capacidad del PSU de soportarlo, habida cuenta del conjunto de características que le son propias, en particular, del nivel de sus equipos, su situación económica y financiera, así como de su cuota de mercado (en el sentido del apartado 42 de la sentencia Base) ¿permiten las Directivas que la ANR realice esa apreciación teniendo exclusivamente en cuenta las características / la situación del PSU, o debe evaluar las características / la situación del PSU en relación con las de sus competidores en el mercado de que se trate?