

RESOLUCIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2017 EN RELACIÓN AL PRECIO DEL BUCLE DESAGREGADO APROBADO POR LA CMT PARA EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE NOVIEMBRE DE 2008 Y ABRIL DE 2011

OFE/DTSA/002/18/ EJECUCIÓN SENTENCIA TS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 26 de julio de 2018

Visto el expediente relativo a la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 24 de noviembre de 2015, por la que se ejecuta la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre 2014

Mediante resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 24 de noviembre de 2015, se procedió a la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo (TS), de 18 de noviembre de 2014¹, relativa al procedimiento de revisión del precio de alquiler del bucle desagregado de Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) vigente desde noviembre de 2008 hasta abril de 2011. En concreto, su parte dispositiva estableció lo siguiente:

¹ En dicha sentencia, el TS estimó el recurso núm. PO 08/253/2009 interpuesto por Telefónica contra las Resoluciones de esta Comisión de 28 de noviembre de 2008 y 12 de marzo de 2009, relativas a la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica (expedientes DT 2008/877 y AJ 2009/36).

“Primero. - En cumplimiento de la sentencia y calculado el precio de la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado correspondiente al ejercicio 2008 de conformidad con los términos señalados en la resolución judicial, procede declarar que el mismo es de 6,99 euros.

Segundo. - Teniendo en cuenta que el anterior precio es inferior al límite inexorable de 7,79 euros establecido en la sentencia, procede declarar que el precio del bucle durante la vigencia de la resolución de 2008 es de 7,79 euros.

Tercero. - El periodo de vigencia del citado precio es el comprendido desde el día siguiente a la fecha de su notificación a Telefónica (11 de diciembre de 2008) hasta la fecha de entrada en vigor de la subsiguiente resolución de precios de abril de 2011.”

Contra la anterior resolución fue interpuesto, por parte de Telefónica, incidente de nulidad de ejecución (PO 253/2009), el cual fue desestimado mediante Auto de la Audiencia Nacional, de 5 de abril de 2016², por considerar que la sentencia del TS de 18 de noviembre de 2014 no fijaba unas bases concretas y definidas que permitieran una simple operación aritmética para el cálculo del nuevo precio y que, por tanto, el regulador había recuperado su capacidad técnica para recalcular el precio, sin otro límite que la interdicción de una *reformatio in peius* respecto del precio precedente. Esto es, el nuevo precio calculado no podía ser más perjudicial económicamente para Telefónica que el anteriormente determinado por esta Comisión, lo que había sido respetado por la Resolución de 24 de noviembre de 2015.

SEGUNDO.- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017

Telefónica presentó recurso de casación contra los anteriores Autos (nº 8/3251/2016), el cual se resolvió mediante sentencia del TS, de 16 de noviembre de 2017, en la que se estima en parte el incidente de ejecución interpuesto por Telefónica contra la resolución de la CNMC de 24 de noviembre de 2015, la cual se declara disconforme a Derecho y se anula en cuanto no se ajuste al siguiente pronunciamiento:

“(…) en el cálculo del precio de la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado (desde noviembre de 2008 a abril de 2011) el coste de todos los pares vacantes ha de repartirse entre Telefónica y los otros operadores en proporción a los pares que tiene en servicio cada operador, de conformidad con lo expuesto en el fundamento de Derecho noveno de esta sentencia”.

² Auto confirmado en reposición el 7 de julio de 2016.

TERCERO.- Inicio del procedimiento de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 a 113 de la Ley 29/1998, de 10 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), que regulan la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo, con fecha 12 de febrero de 2018 se comunicó a los interesados el inicio de la tramitación del presente procedimiento de ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 2017.

Con fecha 23 de marzo de 2018 Orange Espagne S.A.U (en adelante Orange) presentó un escrito de alegaciones previas en el presente procedimiento.

CUARTO.- Trámite de audiencia

El 26 de abril de 2018 la DTSA emitió informe en el presente procedimiento y se abrió el trámite de audiencia.

El 22 y el 24 de mayo de 2018 se recibieron escritos de alegaciones de Orange y Telefónica, respectivamente.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial y objeto del procedimiento

La CNMC es el organismo competente para dar cumplimiento al Resuelve Segundo del Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 16 de noviembre de 2016, de conformidad con el artículo 104.1 de la LJCA, al ser el órgano que dictó la Resolución que anula la citada Sentencia, en relación con la determinación de la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado.

En concreto, el órgano de la Comisión competente para resolver sobre esta materia es la Sala de Supervisión Regulatoria, de acuerdo con lo establecido en el precitado artículo 104.1 de la LJCA y en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Constituye el objeto del presente procedimiento, por tanto, recalcular el precio de la cuota de alquiler del par desagregado que fue aprobado en la resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008 y tuvo vigencia hasta la siguiente revisión de 7 de abril de 2011, importe que, de conformidad con el referido fallo, será de aplicación desde el día siguiente a la fecha de notificación de la Resolución

recurrída (11 de diciembre de 2008) hasta el 7 de abril de 2011, momento en el que se aprobó la siguiente revisión de precios de las Ofertas de Telefónica.

III FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

III.1 Metodologías utilizadas para el cálculo del precio del bucle

III.1.1 Resolución de la CMT de 2008

Mediante resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones³ (en lo sucesivo CMT) de fecha 28 de noviembre de 2008⁴, se aprobó una reducción del 19,9% en el precio del alquiler del bucle desagregado de la Oferta mayorista de acceso al Bucle de Abonado (OBA), que quedó establecido en 7,79 euros mensuales (frente a los 9,72 euros vigentes hasta ese momento).

La determinación de dicha cuota se llevó a cabo mediante un modelo de costes elaborado por la consultora ELMCO⁵. Los datos de entrada más relevantes procedían de la contabilidad de costes corrientes de Telefónica⁶, y se incorporaron según las premisas siguientes:

- Se determinó la suma de los costes de las componentes de red ‘acometida’, ‘cable de pares’ y ‘repartidor principal’⁷ de la contabilidad de costes de Telefónica correspondiente al ejercicio 2006⁸.
- El coste total resultante se dividió entre el número total de pares instalados que formaban parte de la red de acceso de Telefónica, contabilizándose tanto los pares activos o en servicio como los vacantes o de reserva, lo que permitió obtener un coste unitario asociado a los componentes de red señalados.

³ Organismo sectorial integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁴ Resolución sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (expediente DT 2008/877).

⁵ ELMCO Consultores Asociados, S.L.L.

⁶ Conforme a las obligaciones que tiene impuestas, Telefónica dispone de un sistema de contabilidad regulatoria basado en su contabilidad financiera, en el que debe aplicar los criterios y principios aprobados por esta Comisión. Telefónica presenta anualmente a la CNMC su contabilidad regulatoria bajo los estándares de costes corrientes e históricos totalmente distribuidos. El estándar de corrientes refleja la inversión requerida para desplegar la red de Telefónica con la tecnología más avanzada disponible a precios actualizados, y tiene una mayor relevancia que los costes históricos en el ámbito de la fijación de los precios regulados.

⁷ Sólo se tuvo en cuenta el 50% del coste total del componente, debido a que sólo se tiene en cuenta el lado vertical del repartidor (el par de cobre se conecta siempre al lado vertical del repartidor principal, donde mediante el correspondiente montaje de puentes se conecta al tendido de cable interno/externo que lo une a la red del operador y se factura separadamente).

⁸ Última contabilidad verificada de la que se disponía cuando se instruyó el procedimiento.

- Se incorporaron otros conceptos generadores de coste (facturación, gestión comercial, creación y mantenimiento de bases de datos, sistema informático SGO y costes comunes), cuyas cuantías fueron determinadas por la empresa consultora.

Esta metodología de cálculo resulta idéntica a la que se empleó para determinar el coste del par de cobre en las dos revisiones de precios precedentes de 2004⁹ y 2006¹⁰. Sin embargo, si bien en estas últimas la CMT incorporó al modelo la cifra de pares instalados comunicada por Telefónica en el contexto de los informes anuales, en la revisión de 2008 la CMT consideró preferible recurrir a un valor obtenido mediante un requerimiento de información específico, por considerarlo de mayor fiabilidad. De acuerdo con dicho requerimiento, el número de pares contabilizado fue de 21,4 millones, tal como refleja la tabla siguiente:

Total pares instalados	21.437.830
Pares en servicio	15.622.359
Pares vacantes	5.815.471
%vacantes	27,13%

III.1.2 Aspectos cuestionados por la sentencia del TS de noviembre de 2014

La anterior resolución fue anulada parcialmente por el TS en su sentencia de 18 de noviembre de 2014. En concreto se anularon los siguientes apartados:

- a) El resuelve primero, en cuanto modifica el apartado de precios de la OBA de manera que la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros.
- b) El resuelve tercero, en cuanto dispone que aquel importe será de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la resolución.

En este sentido, el TS consideró que la AN debería haber efectuado un análisis exhaustivo de la prueba pericial presentada por Telefónica, teniéndose en cuenta el cambio en la metodología de costes empleada por la Resolución de la CMT con respecto a la utilizada en otras anualidades previas. Asimismo, incidió en la importancia de salvaguardar el principio general de orientación a costes, destacando que las decisiones de las ANR sobre esta materia constituyen apreciaciones complejas y que la introducción de cambios en las ofertas de referencia debe efectuarse *“cargándose de razón”*.

⁹ Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U.

¹⁰ Resolución de 14 de septiembre de 2006, sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U.

Los criterios y elementos específicos del procedimiento de cálculo utilizado por la CMT, que según el TS debían ser objeto de revisión, son los siguientes:

- a) El factor divisor de 21 millones (número total de pares vacantes y en servicio) empleado para el cálculo del precio supuso un cambio de criterio respecto al utilizado en ejercicios anteriores, en los que la CMT únicamente habría tomado en consideración los pares en servicio (17 millones), lo que causó una reducción en exceso del precio unitario.
- b) El supuesto asumido por la CMT de que los pares vacantes están disponibles exclusivamente para Telefónica es incorrecto. La prueba practicada por Telefónica acreditó, según el TS, que los pares vacantes también están a disposición de los operadores alternativos.
- c) No se aportó una motivación suficiente sobre el uso de la metodología extracontable adoptada.
- d) El informe pericial presentado por Telefónica mostró, basándose en los resultados de la contabilidad para 2009, que la cuota fijada por la CMT le ocasionaba pérdidas. Ello constituiría un elemento adicional que puso de relieve su falta de ajuste al principio de orientación a costes.

Por todo ello el TS concluía que el cálculo efectuado por la CMT *“no ha arrojado un resultado fiable que pueda ser corroborado en su revisión jurisdiccional como plenamente acorde con el criterio de la orientación a costes”*, por lo que obligaba a sustituirlo por otro *“más ajustado a las cifras contables (esto es, de costes) y a aquel criterio (orientación a costes)”*.

Asimismo indicaba que, como límite inexorable del obligado proceso de recálculo, el nuevo precio no debía superar al recogido en la resolución anulada (se entiende “superar por debajo”), y añadía que, salvado ese límite, la CNMC recuperaba su plena capacidad de concretarlo, a cuyo efecto podría, fundadamente y en términos de coherencia, tanto variar el numerador (es decir, los componentes de costes considerados) como el propio denominador (el número de pares sobre los que se distribuyen dichos costes).

Por otra parte, indicaba que la CNMC podría tener en cuenta las consideraciones de Telefónica respecto a cómo deben distribuirse los costes de los pares vacantes (a este respecto Telefónica propugnaba no que el coste de los pares vacantes fuese soportado sólo por los otros operadores, sino que lo fuese por Telefónica y por aquéllos en una determinada proporción, a su entender, ochenta a veinte).

Por último, se autorizaba la utilización de los datos de la contabilidad de Telefónica referida al año 2008, dado que se disponía ya, retrospectivamente,

de los datos de la contabilidad correspondiente a dicho ejercicio debidamente auditada.

III.1.3 Determinación del nuevo precio en la resolución de la CNMC de 24 de noviembre de 2015

Para el cálculo de la nueva cuota de alquiler del bucle que debía ser determinada por esta Comisión, la sentencia del TS de 18 de noviembre de 2014 señaló la posibilidad de que la CNMC utilizase, de manera retrospectiva, la contabilidad de Telefónica del ejercicio 2008 (en la resolución de 2008 se había recurrido a la contabilidad de 2006 por ser la última disponible y verificada). La sentencia puso de manifiesto, asimismo, que ni la resolución de la CMT ni la AN habían justificado en Derecho los criterios adoptados en origen, y por ello obligaba a la CNMC a modificar los precios teniendo en cuenta ciertos criterios que se recogían en la misma. Sin embargo, el TS no impuso un método de cálculo específico, sino que dejó a la capacidad discrecional de la CNMC la valoración de las consideraciones recogidas en su sentencia al objeto de determinar el precio del alquiler del bucle de abonado.

De conformidad con las anteriores consideraciones, mediante resolución de 24 de noviembre de 2015 la CNMC procedió a la ejecución de la sentencia del TS, haciéndose especial hincapié en las justificaciones requeridas en vía jurisdiccional.

Lo señalado por el TS en relación con la utilización de la contabilidad de 2008 (cuya verificación se finalizó en junio de 2010, casi dos años más tarde que la resolución de precios anulada) venía a justificar, según entendió la CNMC, la validez de recurrir a la información de costes más actualizada posible, aunque dicha información se hubiese obtenido a posteriori.

Por este motivo se consideró fundamentado emplear el modelo de costes de que se había dotado este organismo, Se trata de un modelo ascendente (*bottom-up*) bajo el estándar de costes incrementales a largo plazo (LRIC), elaborado por la consultora WIK conforme a las mejores prácticas a nivel internacional¹¹, que tampoco había sido desarrollado en la fecha de la resolución de 2008. Su utilización está especialmente justificada al tratarse de una herramienta cuya validez viene avalada por las recomendaciones de la Comisión Europea en el ámbito de fijación de precios mayoristas¹².

¹¹ Mediante esta metodología se modelizan los costes incrementales soportados por un operador hipotéticamente eficiente en la prestación de todos los servicios de acceso y se añade un margen para la recuperación estricta de los costes comunes. Así se garantiza que un operador eficiente pueda recuperar todos los costes en que incurre para prestar el servicio, incluyendo un adecuado retorno del capital invertido. Los parámetros de entrada de este modelo son calibrados, por otro lado, con información procedente de la contabilidad regulatoria de Telefónica.

¹² La Comisión Europea y las ANR vienen propiciando en diferentes ámbitos la utilización de modelos ascendentes que empleen los costes incrementales prospectivos a largo plazo (LRIC), como metodología de costes pertinente para evaluar la eficiencia de los costes. Así se apuntaba ya en la Recomendación de la Comisión, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo

En la resolución de la CNMC se justificó que los resultados del modelo *bottom-up* eran los más fiables para el periodo afectado por la sentencia, y por tanto indispensables para establecer un precio correctamente orientado a los costes eficientes de producción, con las debidas garantías, de conformidad con el mandato del TS.

El coste calculado mediante el modelo *bottom-up* fue inferior a 7,79 euros (7,47 euros o, de forma alternativa, 6,99 euros si se parametriza el modelo con las vidas útiles recomendadas por la consultora WIK en lugar de las de la contabilidad de Telefónica). Puesto que dicho valor era inferior al límite inexorable de 7,79 euros establecido en la sentencia, se concluyó que estaba justificado mantener en 7,79 euros el precio del bucle durante la vigencia de la resolución de 2008.

III.1.4 Aspectos cuestionados por la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2017

El 16 de noviembre de 2017 el TS dictó sentencia estimando parcialmente el incidente de ejecución interpuesto por Telefónica contra la resolución de la CNMC de 24 de noviembre de 2015, debiendo destacarse los siguientes aspectos:

- La Resolución de la CNMC, de 24 de noviembre de 2015, incorpora la justificación que la sentencia del TS echó en falta en su momento en relación con la justificación de confrontar la contabilidad de Telefónica con otras fuentes, y cumple con lo exigido en ella. Se señala expresamente, en este sentido, que *“en ningún pasaje de la sentencia puede deducirse en absoluto que el Tribunal excluya la utilización del método “bottom-up”, sino que impone una exigente motivación, la que está cumplidamente explicada en la resolución impugnada”*.
- En relación con el uso de la contabilidad para otros servicios, la sentencia considera suficiente la motivación de la CNMC.
- Por lo que respecta al problema de la imputación de los costes de los pares vacantes, sin embargo, considera el TS que la prueba practicada acredita que los mismos están a disposición de los operadores alternativos, lo cual supone:

de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE (2009/396/CE), y viene a consolidarse para los precios de acceso en la Recomendación de la Comisión, de 11 de septiembre de 2013, relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y a las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha (2013/466/UE), que demanda el empleo de modelos ascendentes (*bottom-up*) diseñados a partir de un operador teórico eficiente para el cálculo de costes de redes NGA y legadas, en detrimento de los modelos descendentes (sistemas de contabilidad de costes).

- a) Que la nueva resolución administrativa impugnada no cumple la sentencia en lo que respecta a la imputación de los costes de los pares vacantes, ya que se han suprimido los pares “ineficientes”, cosa que la sentencia no dijo, pues en ningún momento se afirmó que la planta de Telefónica estuviera sobredimensionada
- b) Que, en consecuencia, el coste todos los pares vacantes ha de repartirse entre Telefónica y los otros operadores, en proporción a los pares que tiene en servicio cada operador.

Es esta parte, por tanto, la que anula el TS, declarándose expresamente que *“en el cálculo del precio de la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado correspondiente al ejercicio 2008, el coste de todos los pares vacantes ha de repartirse entre Telefónica y los otros operadores en proporción a los pares que tiene en servicio cada operador, de conformidad con lo expuesto en el fundamento de Derecho noveno de esta sentencia.”*

III.2 Revisión del precio del bucle en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017

La sentencia del TS es muy clara con respecto a los siguientes aspectos fundamentales:

Sobre la metodología empleada:

- Admite el empleo de un modelo *bottom-up*, distinto a la contabilidad regulatoria, y lo considera debidamente justificado.

Sobre el criterio de imputación de costes:

- La imputación de los costes de los pares vacantes no se ha resuelto adecuadamente. Al estar los pares vacantes también a disposición de los operadores, estos deben asumir el coste de todos ellos, al menos de forma proporcional.
- Es un error calcular el coste de la red descontando los pares “ineficientes” de los pares vacantes; nunca se afirmó que la red de Telefónica estuviese sobredimensionada.

A la vista de dichos aspectos, es necesario rehacer el cálculo de costes a fin de que se repercuta a los operadores el coste asociado a todos los pares vacantes que ha reportado Telefónica, manteniendo el resto de criterios empleados.

III.2.1 Nuevo resultado del modelo bottom-up considerando el margen de vacancia reportado por Telefónica y contemplado en la resolución de 2008

El modelo *bottom-up* empleado por la CNMC en la resolución de 2015 lleva a cabo el cálculo del coste unitario incluyendo todos los costes asociados a la red de acceso (formada por las líneas en servicio más un margen adicional de reserva o vacancia), y distribuyendo dichos costes entre el número de líneas que se encuentran activas. Esto permite que el coste correspondiente a los pares vacantes se vea trasladado al coste unitario, y que por tanto sea repercutido a los operadores de forma proporcional (de acuerdo con el volumen de líneas desagregadas de las que hacen uso), como requieren los criterios establecidos por el TS.

En el modelo se determinó, de acuerdo con la información obtenida, el margen de vacancia que cabría esperar de un operador eficiente. Ello condujo a un número de pares vacantes inferior al que Telefónica mantiene en su red:

- Pares vacantes considerados en el modelo *bottom-up*: 9,1%
- Pares vacantes según los datos de la resolución de 2008: 27,13%

Ahora bien, el TS ha establecido que no se cumple la sentencia de 2014 en lo que respecta a la imputación de los costes de los pares vacantes, ya que en el cálculo llevado a cabo por la CNMC se han descontado de los mismos, según el TS, los pares "ineficientes". Indica el TS que en ningún momento se señaló que la planta de Telefónica estuviese sobredimensionada.

Es decir, la sentencia del TS invalida el margen de vacancia empleado en el modelo *bottom-up* de la resolución de 2015, que al estar basado en un modelado de red eficiente resulta inferior al margen utilizado en la resolución de 2008.

Es por ello que, al objeto de cumplir con el fallo de la meritada sentencia, se ha procedido a recalcular el coste de par de cobre mediante el citado modelo, de igual forma a cómo se hizo en la resolución de 2015, pero incorporando esta vez idéntico margen de vacancia, de acuerdo con lo exigido por el TS, al que se consideró en la resolución de 2008 (margen del 27,13%). En el Anexo 1 se detallan las modificaciones efectuadas sobre el modelo *bottom-up* al objeto de incorporar el nuevo margen de pares vacantes.

El coste del par de cobre desagregado que se determina como resultado de dicho ejercicio es el siguiente:

Precio par de cobre (euros/mes)	
Nuevo resultado del modelo (margen de vacancia 27,13%)	Según resolución 2015 (margen de vacancia 9,1%)
7,34 *	6,99
7,82 **	7,47

* Considerando las vidas útiles de los activos recomendadas por el consultor.

** Considerando las vidas útiles de la contabilidad de Telefónica.

Cabe tener en cuenta que el ejercicio que ahora se lleva a cabo consiste esencialmente en incorporar al modelo *bottom-up* determinados parámetros propios de la actual red de Telefónica, como es el margen de vacancia, alejándonos de otros valores que en el modelo se consideraron eficientes. En línea con dicho criterio resulta también coherente tomar el segundo de los valores obtenidos en la tabla, ya que se ha calculado, de igual manera, priorizando parámetros propios de la contabilidad regulatoria del operador, en este caso los valores de las vidas útiles aprobadas por la CNMC, y no los estimados por el consultor.

Siendo así cabe concluir que el precio del par de cobre, calculado mediante el modelo *bottom-up* parametrizado con valores (margen de vacancia) propios de la red de Telefónica en el año 2008, sería de 7,82 euros/mes, en lugar del valor de 7,79 euros/mes determinado en la resolución de la CNMC de 2008.

III.2.2 Sobre el descuento de ineficiencias

Orange cuestiona en sus escritos de alegaciones que el modelo *bottom-up* deba dimensionarse con 21,4 millones de pares instalados (valor que resulta de la aplicación del margen de vacancia del 27,13%). Según Orange únicamente deberían incorporarse al modelo los accesos que tengan consideración de comercializables, entendiéndose como tales aquéllos que puedan ser activados en un plazo razonable, y debiendo quedar excluidos los que no presenten continuidad total hasta la central. Según Orange sólo los 16 millones de pares recogidos en los Informes Anuales de la CNMC cumplen dicho requisito, y por tanto sería ineficiente, conforme a los estándares de eficiencia que prevé la Comisión Europea, considerar en el modelo una cifra superior.

Ciertamente la afirmación siguiente manifestada por la CNMC se encontraba en su resolución de 2015, y es destacada por el TS en su última sentencia:

*“El objetivo del modelo es reflejar los costes en que incurriría un operador eficiente para la prestación del mismo servicio que Telefónica. Para ello, el modelo de costes se desarrolló partiendo de la ubicación real de las centrales y nodos de la red de acceso de Telefónica (aproximación denominada *scorched-node* o “nodo quemado”, en contraposición al criterio de “tierra quemada” que no partiría de las ubicaciones reales), pero suprimiendo las ineficiencias (como por ejemplo, los pares vacantes en exceso)”.*

La supresión de ineficiencias constituye una característica genérica, casi obligada, de los modelos *bottom-up*, que por definición tienen por objeto modelar redes razonablemente eficientes. Este criterio implica que el modelado de la red de acceso no puede ni debe replicar fielmente los parámetros técnicos de la red del operador regulado, sino que debe emplear otros que pueden diferir de los primeros en mayor o menor medida, pero que se consideran los adecuados para modelar una red que se encuentre razonablemente libre de ineficiencias. Con la finalidad de determinar estos parámetros técnicos eficientes se recurre a labores de comparativa internacional o a la obtención de información técnica, por medio de requerimientos de información, de un amplio número de operadores (y no solo del operador regulado).

En consecuencia, como viene a indicar Orange, no siempre deberá tomarse el parámetro de vacancia real del operador regulado, como puede comprobarse observando la actual situación de la red de Telefónica. El número total de pares instalados es de 21,4 millones, mientras que el número de líneas activas, que viene sufriendo un declive continuado, se sitúa actualmente en torno a 7 millones. Dicha situación refleja un porcentaje de vacancia del 66%. En el futuro inmediato, habida cuenta de que dicho declive continuará como resultado del aumento de la penetración de las redes ópticas, el porcentaje de vacancia ascenderá hasta niveles todavía superiores. El uso en un futuro de tales valores en un modelo *bottom-up* sería incompatible con el fin perseguido de obtener la referencia de costes adecuada.

No obstante, conforme a la exposición anterior resulta claro que en el presente procedimiento de ejecución debe aplicarse el valor indicado por el TS, y por tanto carece de sentido reincidir en la cuestión relativa al margen de vacancia que debe incorporarse al cálculo.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

Primero.- En cumplimiento de la sentencia y calculado el precio de la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado correspondiente al ejercicio 2008 de conformidad con los términos señalados en la resolución judicial, procede declarar que el mismo es de 7,82 euros.

Segundo.- El periodo de vigencia del citado precio es el comprendido desde el día siguiente a la fecha de su notificación a Telefónica (11 de diciembre de 2008) hasta la fecha de entrada en vigor de la subsiguiente resolución de precios de abril de 2011.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

ANEXO 1. Modificaciones incorporadas al modelo *bottom-up* para adaptar el margen de pares vacantes a lo exigido por el TS

En el presente anexo se describe la modificación que se ha incorporado al modelo *bottom-up* empleado en la Resolución de la CNMC de 2015 para determinar el coste del bucle desagregado, al objeto de adaptar el margen de vacancia (porcentaje de pares vacantes) al valor que se consideró en la resolución de 2008.

El modelo contenía en la versión empleada en 2015 el número de pares en servicio y vacantes que se consideró adecuado para modelar una red razonablemente libre de ineficiencias, tal como muestra la tabla siguiente:

Total pares instalados	17.067.414
Pares en servicio	15.515.831
Pares vacantes	1.551.583
%vacantes	9,09%
Relación instalados/en servicio (I/S)	1,1000

En cambio, de acuerdo con los datos empleados en dicha resolución de 2008, la red de acceso de Telefónica constaba del número de pares siguiente:

Total pares instalados	21.437.830
Pares en servicio	15.622.359
Pares vacantes	5.815.471
%vacantes	27,13%
Relación instalados/en servicio (I/S)	1,3723

Al objeto de trasladar de forma exacta la anterior configuración se ha procedido a incorporar el factor I/S al modelo *bottom-up*, incrementando en esa proporción el número de pares de cobre que conforman la red de acceso. Para ello se ha multiplicado por dicho valor el número modelado de pares que se encuentran en servicio en todos los tramos de la red de acceso, lo que ha permitido modelar un número total de pares instalados equiparable al que presenta la red de Telefónica. A su vez se ha mantenido inalterado el volumen efectivo de demanda, esto es, el número de pares en servicio.

Tras dicha corrección se han recalculado todas las inversiones necesarias para construir la red modelada según los parámetros citados, obteniéndose un incremento, con respecto a los resultados determinados en 2015, en las cuantías asociadas a los activos de red afectados por el sobredimensionamiento: los medios portadores de cobre y las infraestructuras de obra civil que los albergan. La tabla siguiente muestra la variación de las inversiones así determinadas:

Tipo de activo	Inversión (Cálculo 2015)	Inversión (Nuevo cálculo)	Variación(%)
Cables de pares de cobre	1.811.351.472	2.073.903.161	+14,49
Elementos auxiliares de red (cajas de empalmes)	483.085.082	534.381.082	+10,62
Infraestructuras de obra civil	2.574.212.204	2.596.839.909	+0,88
Otras inversiones	3.004.025.319	3.038.692.642	+1,15
Total	7.872.674.077	8.243.816.794	+4,71

De igual forma se han visto incrementados el resto de costes afectados por el aumento de la inversión, esto es, los costes de operación y mantenimiento de la red y los costes comunes.

Costes anuales	Coste según cálculo 2015	Coste según nuevo cálculo	Variación(%)
Operación y mantenimiento	166.782.634	174.869.642	+4,85
Costes comunes	16.678.263	17.486.964	+4,85

Como puede observarse, el factor I/S no se ha visto trasladado de forma directa al incremento de las inversiones (+4,71%) y costes anuales (+4,85%) por motivo de las economías de escala. Es decir, el coste de los activos no evoluciona linealmente con respecto a la capacidad de los mismos, o lo que es igual, la duplicación de la capacidad de un cable de pares no conlleva la duplicación de su coste. En la práctica el sobrecoste que conlleva un cable de pares con respecto a otro de capacidad inferior puede ser reducido. Este efecto es aún más visible en la obra civil, donde con frecuencia las infraestructuras no requieren nuevas inversiones para acoger cables de mayor grosor, o incluso un cable adicional: por ejemplo, un prisma de canalización con dos conductos donde se encuentren instalados dos cables de pares, podrá incorporar un tercero sin necesidad de modificar su estructura.

El resto de criterios del modelo se mantienen inalterados respecto a la versión preparada para la resolución de 2015, de modo que el origen de tiempos de su horizonte temporal se sitúa en 2008¹³, se emplea el coste de capital calculado

¹³ Cuando se desarrolló el modelo se consideró una evolución de la demanda de servicios sobre redes de cobre y fibra a lo largo de un horizonte temporal de 20 años, con inicio en 2011. Para obtener las referencias de costes del alquiler de bucle en el periodo de interés, se ha trasladado el origen de tiempos a 2008 y se han incorporado los datos de demanda reales ya conocidos para ese año y los siguientes, que coinciden con los de las contabilidades de Telefónica.

por la CNMC para el ejercicio 2013 y se aplica el método de depreciación económica¹⁴.

Como resultado de las modificaciones señaladas, y de la sobreinversión necesaria para desplegar un volumen de pares vacantes del 27,13%, se han podido determinar los nuevos resultados del modelo. Se han realizado dos cálculos distintos considerado, respectivamente, las vidas útiles de los activos recomendadas por el consultor y las empleadas en la contabilidad de Telefónica. Así pues se obtiene para 2008 un coste unitario del par de cobre desagregado de 7,34 €/mes o de 7,82€/mes.

¹⁴ El modelo emplea el método de depreciación económica, valorando los activos de obra civil no con su coste completo de reposición sino considerando su grado porcentual de amortización en la contabilidad de Telefónica, como se expone en la Resolución de 18 de julio de 2013, por la que se revisan los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (DT 2012/1555). Se ha incorporado al expediente la versión descrita del modelo referida a 2008.

ANEXO 2. Respuesta a las alegaciones

1. Número de pares vacantes

Alegaciones de los interesados

Según Orange, los pares que no presentan continuidad hasta la central estarían reservados exclusivamente para el servicio minorista de Telefónica, por lo que no resulta proporcionado que los costes asociados a los mismos se trasladen a los operadores. A este respecto indica que el incremento propuesto -más de 4 millones de pares vacantes- se corresponde con pares no prolongados hasta central, es decir, según Orange, pares no susceptibles de desagregación, y por tanto pares cuyos costes no deberían ser repercutidos a los operadores. Subsidiariamente, solicita que se valore únicamente el coste de prolongación parcial de esos pares vacantes, por debajo del 50% del coste de prolongación hasta la central.

Respuesta a las alegaciones

Como se he indicado, el objeto de este procedimiento es el estricto cumplimiento de lo dispuesto por el TS, por lo que no cabe reinterpretar la cuestión relativa al margen de vacancia aludida por Orange.

En cualquier caso, cabe indicar, en relación a lo señalado por Orange, que no existe previsión alguna relativa a que determinados pares, como son aquéllos que no presentan continuidad hasta la central, sean de uso exclusivo de Telefónica. Es decir, todos los cables vacantes de Telefónica, aunque no presenten continuidad hasta la central, constituyen una reserva para la prestación tanto de los servicios minoristas de Telefónica como de los mayoristas, siendo susceptibles dichos pares de prolongarse para la previsión de ambos tipos de servicios.

Siendo así, debe considerarse que todos los pares que conforman la planta de Telefónica son susceptibles de ser puestos a disposición de los operadores y, por tanto, la cuestión sobre qué porcentaje de cables pertenece a cada categoría (con o sin continuidad) carece de relevancia, estando justificado que el coste de todos ellos lo asuman tanto los operadores como Telefónica, en la parte proporcional que les corresponda.

2. Vida útil de las acometidas

Alegación de interesados

Según Orange, no está justificado considerar una vida útil para las acometidas de cobre de 10 años, en lugar de los 20 años previstos por el consultor que desarrolló el modelo *bottom-up*.

Respuesta a las alegaciones

A ello basta responder que por el momento el valor de dicha vida útil establecido por esta Sala es de 10 años¹⁵, y la evolución previsible de la red de cobre, que está siendo sustituida por una red de fibra óptica, no justifica su extensión.

3. Estado de amortización de los activos

Alegaciones de los interesados

Orange considera que el modelo *bottom-up* no recoge el elevado estado de amortización de los pares de cobre (entre el 69% y el 74%), por lo que se estaría sobrevalorando este activo. Asimismo solicita que el modelo tenga en cuenta que también la obra civil se encuentra muy amortizada, con grados de amortización en torno al 59% para toda la infraestructura y al 84% para los postes.

Según Telefónica, no se han explicado los valores de amortización incorporados al modelo, y por qué difieren de los reflejados en el módulo “*Module_2.5_Correccion valoración obra civil*” de versiones anteriores.

Respuesta a las alegaciones

El modelo emplea el método de depreciación económica, valorando los activos de obra civil no con su coste completo de reposición sino considerando su grado porcentual de amortización en la contabilidad de Telefónica, criterio de la Recomendación de la Comisión Europea de 2013 y que se expone en la Resolución de 18 de julio de 2013.

Así pues. tal como solicita Orange, el modelo recoge ya el estado de amortización que presentaban los activos de obra civil de Telefónica en la fecha correspondiente al periodo modelado (los porcentajes de amortización se han determinado a partir de los resultados de la contabilidad regulatoria de Telefónica correspondiente al ejercicio 2008, puesto que el origen de tiempos del horizonte temporal del modelo se sitúa en dicho año).

Sobre la base de dicho criterio se incorpora un porcentaje de amortización de la obra civil del 52,9%, idéntico al empleado en la resolución de 2015 (puesto que ambas se refieren al mismo horizonte temporal). Por el contrario, en el primer cálculo del coste de par de cobre, efectuado en 2013, se incorporaba un valor de amortización superior, del 58,5%. Esta diferencia, a la que tanto Orange como Telefónica parecen estar refiriéndose, se debe a que el porcentaje de amortización de la obra civil era, lógicamente, inferior en 2008.

¹⁵ Resolución, de 20 de marzo. De 2018, sobre la propuesta de vidas útiles para la contabilidad de costes corrientes de Telefónica de España S.A.U. para 2017.

Por el contrario, dicho criterio no se aplicó a los cables de cobre en las resoluciones anteriores de 2013 y 2015, por lo que no procede en el marco de este procedimiento reconsiderar dicha hipótesis.

4. Incremento de las inversiones

Alegaciones de los interesados

Según Orange se observa un incremento muy relevante de las inversiones en cables de cobre en el segmento de alimentación (+28%), en cables aéreos (+157%) y en menor medida en cables ubicados en el segmento de distribución (+10%). Indica que al haberse recalculado los costes en el modelo *bottom-up* para incorporar un incremento del 24,75% en el número de pares, no estarían justificados incrementos en las inversiones que superen dicho valor.

Por otra parte Orange considera que la inversión en obra civil debería ser insensible al incremento en el número de cables de cobre, por lo que no estaría justificado el aumento de la inversión que sufren estos activos (+0,88%).

Respuesta a las alegaciones

La observación de los datos de inversión contenidos en el modelo *bottom-up* y reflejados en el cuadro siguiente permite comprobar que el incremento que se produce en el cableado aéreo es del 10,87%, y no del 157%, como mantiene Orange.

Cables de pares de cobre	Inversión (Cálculo 2015)	Inversión (Nuevo cálculo)	Variación(%)
Red de alimentación	411.618.924	526.918.036	+28,01%
Cableado aéreo	728.547.988	807.717.994	+10,87%
Red de distribución	671.184.561	739.267.131	+10,14%
Total	1.811.351.472	2.073.903.161	+14,49

Por lo que respecta al resto de incrementos cabe señalar que la red de alimentación, tal como indica Orange, se ha visto más afectada debido a la estructura de precios unitarios empleada en el modelo. Así, en el preciarario para el tendido de cables en conductos, se observan sobrecostes más importantes ante incrementos porcentuales del tamaño de los cables de alta capacidad (de 200 a 400 pares, por ejemplo) que en cables de baja capacidad (de 25 a 50 pares o de 50 a 100 pares). Al estar los primeros presentes en los tramos de alimentación, y los segundos en los de distribución, se daría el efecto señalado por Orange (incrementos en la inversión de +28% en la red de alimentación frente a +10% en la de distribución).

Lo indicado por Orange sobre la supuesta insensibilidad de la inversión en obra civil con respecto al número de cables de cobre no deja de tener cierto fundamento, puesto que un mayor número de cables requerirá de mayor espacio en canalización pero en cantidad ciertamente muy limitada. Precisamente así lo reflejan las cifras del Anexo I, con un incremento ciertamente marginal (+0,88%), puesto que muy frecuentemente, aunque no siempre, la incorporación de un nuevo cable no requiere la construcción de obra civil adicional.

5. Incremento de los costes de mantenimiento

Alegaciones de los interesados

Según Orange, no debería producirse un incremento del OPEX (en el nuevo cálculo efectuado en el modelo *bottom-up* éste se ve incrementado en un 4,85%), ya que los pares vacantes, al no estar en uso, no son objeto de averías que puedan justificar costes por operación y mantenimiento.

Respuesta a las alegaciones

Los cables vacantes requieren de mantenimiento, aunque no estén en servicio: por ejemplo, el colapso de un prisma de canalización (por movimiento de tierras, actuación de excavadoras, etc.) afectará por igual a cables en servicio y vacantes. La red modelada incluye ahora más elementos y ello tiene un cierto reflejo en los costes de operación estimados.

6. Costes de capital (WACC)

Alegaciones de los interesados

Orange señala que el WACC no ha sido actualizado conforme a los valores aprobados hasta la fecha, lo que tiene un impacto al alza en el resultado.

Respuesta a las alegaciones

El WACC empleado es idéntico al incorporado al cálculo de 2015, ya que, como se he indicado, no es objeto del presente procedimiento la modificación de parámetros distintos al margen de vacancia considerado, tal como se desprende de la sentencia del TS.

7. Insuficiente documentación

Alegaciones de los interesados

Telefónica indica que la documentación obrante en el expediente no es suficiente para verificar si la CNMC ha respetado los criterios establecidos por el TS. Según Telefónica, en el modelo elaborado en 2013 se establecía la vacancia de pares

de la red modelada en la pestaña “*Inputparameters*” del Módulo 2, que en el presente expediente no se encuentra disponible.

Telefónica añade que no se ha ofrecido explicación sobre la incorporación de nuevas pestañas en el fichero Excel del modelo, ni sobre la utilización que se hace de las mismas. Indica que la composición de estas pestañas difiere de la recogida en las pestañas “originales”. Por ejemplo, la pestaña “*cu_invest_renewals_NPV_FULL*” contiene distintos datos que la pestaña “*cu_invest_renewals_NPV*”. Telefónica indica que no puede valorar la exactitud o corrección de dichos datos.

Telefónica solicita que se le proporcione información completa sobre el modelo utilizado, dándole la posibilidad de ejercitar debidamente su derecho de defensa.

Respuesta a las alegaciones

Debe recordarse que el objeto único del procedimiento, y por tanto del nuevo cálculo efectuado en el modelo de costes, es dar cumplimiento a la sentencia del TS incorporando la vacancia requerida en la misma, aunque sin alterar el resto de parámetros considerados en el cálculo efectuado en la resolución de 2015.

Telefónica sostiene que no tiene información completa del modelo y que ello afecta a su derecho de defensa. A ello cabe replicar que se trata de un modelo de costes que Telefónica ha podido conocer en profundidad tras haber tenido acceso a él en repetidas ocasiones: en un proceso de consulta pública en los meses de abril y mayo de 2012, en el procedimiento de fijación del precio resuelto en julio de 2013¹⁶, y en la ejecución de Sentencia de 2015. Además, el modelo y su documentación explicativa han estado disponibles desde 2013 en la página web de esta Comisión.

Por lo demás, el Módulo 2 al que Telefónica hace referencia o las pestañas Excel que menciona son irrelevantes a efectos de los cálculos que para incorporar el nuevo margen de vacancia se llevan a cabo para el presente expediente. Dichos cálculos se han expuesto en el Anexo I y el modelo de costes se ha facilitado a los operadores que han solicitado acceder a él (Orange y Telefónica).

Por todo lo anterior, los interesados han podido ejercer su derecho de defensa, como muestran también las detalladas alegaciones de Orange que se analizan en epígrafes anteriores.