



Roj: **SAN 2699/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2699**

Id Cendoj: **28079230082019100375**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/06/2019**

Nº de Recurso: **52/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ERNESTO MANGAS GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000052 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00311/2016

Demandante: "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S. A. U."

Procurador: D^a. GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: "ORANGE ESPAGNE, S. A. U."

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

SENTENCIA N°:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [Sección Octava] ha pronunciado la siguiente Sentencia en el **recurso contencioso-administrativo núm. 52/2016**, interpuesto por "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S. A. U.", representada por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca**, con asistencia letrada, frente a Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 24 de noviembre de 2015 [Expediente: OFE/DTSA/024/15/ EJECUCION SENTENCIA PRECIO BUCLE]; habiendo intervenido, como parte demandada, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y como parte codemandada, "ORANGE ESPAGNE, S. A. U.", representada por el Procurador de los Tribunales **D. Roberto Alonso Verdú**, con asistencia letrada.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Me diante escrito de 20 de enero de 2017, el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, actuando en nombre y representación de "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S. A. U.", en adelante TESAU, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa mencionada en el encabezamiento, dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [CNMC], de 24 de noviembre de 2015 [Expediente: OFE/DTSA/024/15/ EJECUCION SENTENCIA PRECIO BUCLE];

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso contencioso administrativo por providencia de 16 de febrero de 2016 [P. O. 52/2016 - Sala de lo Cont. Admvo., Sección 8, Audiencia Nacional], mediante posterior providencia de 01 de abril siguiente se acordó dejar en suspenso la tramitación del mismo hasta que se resolviera el incidente de ejecución planteado en el P. O. 253/2009, puesto que, *prima facie*, lo que en éste se decidiera pudiera tener efectos o estrecha conexión con el presente recurso contencioso- administrativo.

Una vez resuelto el mencionado incidente de ejecución suspensión, mediante diligencia de ordenación de 01 de septiembre de 2016 se levantó la suspensión del curso del proceso, dándose traslado a la parte actora para la **demanda**, trámite que formalizó mediante escrito de 29 de septiembre de 2016, presentado por la Procuradora Sra. Robledo Machuca, quien había comparecido en el procedimiento mediante escrito de 08 de junio de 2016, por fallecimiento del Procurador Sr. Lanchares Perlado. Demanda en la que terminó solicitando: 1) La anulación de los apartados primero y segundo de la resolución impugnada. 2) El reconocimiento de la situación jurídica individualizada de TESAU, con la consiguiente adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la misma, consistentes en:

-El establecimiento de un nuevo precio mensual por el acceso desagregado al bucle de abonado de un mínimo de 9,14 Euros/mes, resultante de la contabilidad de costes del año 2008.

-El derecho de TESAU a refacturar a los operadores que accedieron a su bucle de abonado la diferencia entre los 7,79 Euros y el precio que se establezca, desde el 11 de diciembre de 2008 hasta el 7 de abril de 2011, con los intereses legales correspondientes.

TERCERO.- De la demanda se confirió traslado a la Abogacía del Estado, para la contestación a la misma, pero mediante escrito de 13 de octubre de 2016 procedió a formular **alegaciones previas**, solicitando a este órgano judicial que se inhibiese a favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y, subsidiariamente, que declarase la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por causa de litispendencia, y en su defecto que confiriera nuevo traslado para contestar a la demanda en el plazo restante.

Las alegaciones previas fueron desestimadas mediante auto de 24 de abril de 2018. En consecuencia, la **Abogacía del Estado** procedió a **contestar a la demanda** mediante escrito de 14 de junio de 2018, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del recurso jurisdiccional, y la confirmación de la resolución administrativa impugnada.

A continuación se dio traslado a la representación procesal de "ORANGE ESPAGNE, S. A. U.", en adelante ORANGE, que previamente había comparecido en el proceso mediante escrito de 08 de abril de 2016, en concepto de codemandada, trámite que formalizó solicitando a la Sala que dictase sentencia acordando: a) Inadmitir el presente recurso contencioso-administrativo, o subsidiariamente, desestimar íntegramente la demanda presentada por Telefónica; b) Confirmar la adecuación a Derecho de la Resolución de 24 de noviembre de 2015, en relación a la fijación de los precios del arrendamiento del bucle desagregado; y c) Declarar que la imputación de los costes de los pares vacantes es cosa juzgada, ya que la Sentencia de 16 de noviembre de 2017 se ha pronunciado sobre este particular.

CUARTO.- Me diante auto de 17 de septiembre de 2018 se recibió el pleito a prueba, admitiendo los medios de prueba propuestos en la demanda y en la contestación de la parte codemandada. Y una vez formalizado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron conclusas las actuaciones procesales. Por lo que mediante providencia de 12 de abril de 2019 se señaló para votación y fallo el día 05 de junio siguiente, fecha en la que tuvo lugar, quedando el recurso jurisdiccional visto para sentencia. Habiéndose sido Ponente el Magistrado D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso contencioso-administrativo.

-Es **objeto de impugnación** la **Resolución** de la Sala de Supervisión Regulatoria, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de **24 de noviembre de 2015**, dictada en expediente OFE/DTSA/024/15/ Ejecución Sentencia Precio Bucle], de ejecución de la STS de 18 de noviembre de 2014 [Recurso de Casación

núm. 4689/2011], en relación con el **precio del bucle desagregado** , aprobado mediante Resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008.

-En efecto, la Resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008 fue impugnada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por TESAU, siendo desestimada cuya impugnación por esta Sala y Sección mediante sentencia de 17 de mayo de 2011 [P. O. 253/2009], la cual fue posteriormente casada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014, al acoger el recurso de casación promovido por TESAU, y procediendo, en su lugar, a:

"Estimar el recurso número 253/2009 interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008, confirmada de reposición el 12 de marzo de 2009, recaída en el expediente DT 2008/877, y anular, por su desconformidad a Derecho, los siguientes apartados del acto impugnado: A) El "resuelve primero" en cuanto modifica "el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de 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 presente Resolución".

-En ejecución de la sentencia anotada, la Resolución de 24 de noviembre de 2015, venía a disponer:

"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 período 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".

Y como queda dicho, en la demanda rectora del presente recurso jurisdiccional, se pretende que, mediante sentencia, la Sala:

"1. Anule los **apartados primero y segundo** de la resolución de la CNMC de 24 de noviembre de 2015. 2. Proceda al reconocimiento de la situación jurídica individualizada de Telefónica, con la consiguiente adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la misma. Este restablecimiento implica: 2.1. El establecimiento de un nuevo precio mensual por el acceso desagregado al bucle de abonado de un mínimo de 9,14 Euros/mes, que es el resultante de la contabilidad de costes del año 2008. 2.2. El derecho de Telefónica a refacturar a los operadores que accedieron a su bucle de abonado la diferencia entre los 7,79 Euros y el precio que se establezca, desde el 11 de diciembre de 2008 hasta el 7 de abril de 2011, con los intereses legales correspondientes".

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación en los que se basa la demanda.

1.- Con la pretensión que acaba de reseñarse, la demanda rectora del recurso jurisdiccional, después de hacer unas consideraciones generales sobre el vínculo entre la resolución inicial y la resolución recurrida, y sobre el alcance de la STS a cuya ejecución provee la resolución recurrida, plantea, en síntesis, los siguientes **motivos de impugnación** de la resolución administrativa objeto del recurso jurisdiccional:

- " **Infracción del principio de orientación de costes** (...) La infracción del principio de orientación a costes por la Resolución Recurrida es evidente si se tiene en cuenta cuál es el alcance de ese principio y cómo ha sido definido por la normativa y jurisprudencia comunitarias y por la Sentencia del TS. Este principio se opone a cualquier decisión administrativa que implique que el resultado de la contabilidad de costes aprobada por el propio regulador arroje pérdidas. Así resulta de: (i) La Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (...) (ii) El artículo 13.1 de la misma Directiva (...) (iii) El artículo 13.e) de la LGT (...) (iv) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 24 de abril de 2008 (asunto C 55/06 , Arcor AG & Co. KG), citada por la Sentencia del TS y por la Resolución Recurrida (...) Asimismo> el principio de orientación a costes no es sino una manifestación concreta de los principios generales establecidos en la Constitución española y aplicables a cualquier restricción de derechos y libertades de los ciudadanos (...) La Sentencia del TS dispone cómo ha de verificarse si un precio determinado está orientado a costes, y en este caso no se respeta ese principio (...) La Resolución Recurrida ofrece razones para apartarse de esta interpretación del Tribunal Supremo que no son aceptables (...) Si la CNMC se hubiera limitado a cambiar el criterio de imputación del este de los pares vacantes, en línea con lo declarado por la Sentencia del TS, el precio sería de 10,42€ (...) Conclusión. Procede, en definitiva, declarar la anulabilidad de



la Resolución Recurrída por fijar un precio que es contrario al principio de orientación a costes. e infringir la normativa y jurisprudencia europea y nacional citada en el apartado 1 de este Fundamento de Derecho. Esta conclusión aparece particularmente corroborada por el hecho de que la Resolución Recurrída ha aprobado un precio que la Sentencia del TS declaró como probado que provocaba pérdidas a Telefónica e infringía el principio de orientación de costes".

- **No es posible aplicar el modelo *bottom up* de la CNMC para aprobar precios a aplicar entre 2008 y 2011** . El objetivo de esta alegación es demostrar que, por diversas razones, la CNMC no puede utilizar un modelo *bottom up* como el que ha empleado para calcular los precios de acceso al bucle aplicables durante el Período Relevante (2008 a 2011) (...) Como explica la Resolución Recurrída, la Resolución Inicial adoptada en 2008 por la CNMC ya prescindía de aplicar la contabilidad de costes de Telefónica, y aplicaba un modelo extracontable llamado 'modelo ELMCO'. En la Resolución Recurrída se ha optado nuevamente por no aplicar la contabilidad de costes aprobada por la CMT .y utilizar otra método extracontable del tipo un método "bottom up". Este: modelo es un modelo teórico; como se dice en la página 10 de la Resolución Recurrída y se explica con detalle en el Informe Pericia' adjunto, es un modelo que dice cuál *sería* el coste de la red de Telefónica si esta fuera una red eficiente, de acuerdo a un diseño de red puramente teórico (...) En definitiva, tanto razones de fondo (el sistema de control de precios está vinculado a la situación de competencia, y ésta no se analiza en los expedientes que -como el que nos ocupa- tienen por fin fijar precios), como de procedimiento (que es más exigente y riguroso cuando se va a imponer un método de control de precios que cuando se van a imponer precios), como de seguridad jurídica (necesidad de que el sistema de determinación, de precios sea estable y predecible) llevan a esta parte a considerar que la Resolución Recurrída (i) infringe los preceptos antes citados de la LGTel y el Reglamento de Mercados que aluden a la aprobación de sistemas :de control de precios y de contabilidad de costes, (fi) es contraria al principio de seguridad jurídica e. incurre en arbitrariedad (proscrita en el artículo 9.3 de la Constitución) y (iii) se ha adoptado prescindiendo totalmente del procedimiento previsto para la revisión de actos favorables (aun parcialmente) a los administrados (lo que el artículo 62,1.e de la LRJPAC sanciona con nulidad de pleno derecho)".

- **No está justificado en este caso concreto prescindir de la contabilidad de costes** . 1. No se pueden en 2016 considerar circunstancias de hecho distintas de las existentes cuando se dictó el acto anulado que ha de ser sustituido. La Resolución Recurrída justifica el empleo del modelo *bottom up* en las deficiencias de las contabilidades de costes de los años 2008 a 2012 (...) Sin embargo, ni el modelo *bottom up* (de reciente elaboración por la CNMC) ni esas deficiencias de la contabilidad eran conocidas por la CMT el año 2008, La resolución que en 2010 aprobó la contabilidad de costes de 2008 puso de manifiesto alguna deficiencia, pero nada se dijo respecto del resto de presuntas deficiencias mencionadas en la Resolución de la CNMC (...) 2. Las hipotéticas deficiencias de la contabilidad de 2008 no son relevantes (...) 3. Conclusión. En definitiva, la motivación ofrecida por la CNMC para no considerar la contabilidad de costes de 2008 no es aceptable, por lo que se ha infringido la Resolución de 11 de mayo de 2006, así como los preceptos de la LGTel y del Reglamento de Mercados (en particular, su artículo 11) que, según se ha expuesto en alegaciones precedentes, obligan a utilizar los sistemas de contabilidad de costes identificados en cada momento por el regulador".

- **Nulidad de la resolución por imputar a Telefónica el coste de pares vacantes que están a disposición de los operadores** (...) Los pares vacantes son aquellos que están instalados y forman parte de la red de Telefónica pero que, en un momento determinado, no son utilizados por Telefónica ni por ningún otro operador (...) En definitiva, la resolución de la CNMC es contraria al principio de orientación de costes, al excluir del precio fijado el coste de unos 5 millones de pares vacantes que existen realmente y están efectivamente a disposición de los operadores alternativos, contrariando la doctrina sentada por la Sentencia del TS, tal y como esta ha sido interpretada por la propia. CNMC".

- **Nulidad de la resolución por aplicar unas vidas útiles distintas de las aprobadas por la CMT para el año 2008** . Como explica la Resolución Recurrída en sus páginas 21 y siguientes, anualmente la CMT aprobaba mediante resolución las vidas útiles de las instalaciones de Telefónica (...) Pues bien la Resolución de la CMT de 17 de septiembre de 2009 aprobó la vida útil, de los activos de Telefónica para el año 2008. Se adjunta esa Resolución como Documento 7. La propia Resolución. Recurrída explica que las vidas útiles se incrementaron de 30 a 40 años en el año 2012, y aplica ese cambio al año 2008 (lo que supone reducir el importe de la amortización anual, y reduce el precio de acceso al bucle). Sin embargo, esta decisión es contraria a Derecho. Si la CNMC ha optado por fijar el precio aplicable en 2008 y el resto del Período Relevante usando datos correspondientes al año 2008, tiene la inexcusable obligación de aplicar las vidas útiles vigentes en el año 2008 (...)"

- **Nulidad de la resolución por apartarse de la contabilidad de costes que, sin embargo, ha sido usada para fijar otros precios de otros servicios** . La Sentencia del TS considera arbitrario (con infracción del artículo 9.3 de la Constitución), que la CMT utilizara la metodología extracontable para fijar el, precio mensual, de acceso al bucle de abonado y, sin embargo, para el cálculo de otros servicios que hacen uso de los mismos

elementos de red (AMLT y acceso indirecto) usara la contabilidad de costes de Telefónica que tanto criticaba (...) La Resolución de la CNMC tampoco subsana esta inconsistencia y. hace lo mismo que hizo la. Resolución Inicial, Mientras que el precio fijado en 2008 para multitud de servicios que usan los mismos elementos de red se ha calculado con las contabilidades de costes validadas por la CMT (sin correcciones *ad hoc*), el precio mensual del acceso desagregado al bucle de abonado se ha calculado en la Resolución Recurrída con un modelo *bottom up* (es decir, con un modelo extracontable (...)).

-Pretensión que se ejercita. Conforme a lo expuesto, el precio fijado en la Resolución recurrida ha de ser anulado. En su lugar, habría de fijarse en nuevo precio. En cualquier caso, a fin de evitar que vuelva a suceder lo que ha sucedido con la ejecución de la. Sentencia del TS, se solicita de esa Sala que, acote el margen de discrecionalidad cée la CNMC en ejecución de la sentencia que se dicte, disponiendo que para que se respete el principio de orientación a costes es imprescindible que el precio que se apruebe no sea en ningún caso inferior al que resulta de la contabilidad de costes del año 2008 (9,14 Euros), que es el año considerado por la Resolución Recurrída".

2.- En el trámite de **conclusiones**, la parte demandante rechazó, en primer término la causa de **inadmisibilidad** del recurso jurisdiccional alegada por la codemandada, invocando lo resuelto por la Sala en trámite de alegaciones previas mediante auto de 03 de mayo de 2018.

2.1.- Como primera conclusión, delimitó el **alcance del presente recurso jurisdiccional tras la STS de 16 de noviembre de 2017**, dictada en relación con el incidente de ejecución sustanciado en el PO 253/2009, apuntando que: "En consecuencia, en el presente escrito nos vamos a limitar a acreditar en qué medida la Resolución Recurrída es contraria a Derecho (no ya a la Sentencia de 2014), solo en aquellas cuestiones que no hayan sido resueltas por la Sentencia de 2017. Por ello, Telefónica manifiesta que no procede ya analizar en este procedimiento la conformidad o disconformidad a Derecho de la Resolución Recurrída por los motivos invocados en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto del escrito de demanda". Es decir, los fundamentos relativos al coste de pares vacantes y a las vidas útiles de las instalaciones.

2.2.- Como segunda conclusión, se refiere a **la justificación ofrecida por la Resolución Recurrída para considerar que la contabilidad de costes de Telefónica no es aceptable**, señalando que:

"Como explicábamos en nuestro escrito de demanda, el regulador impuso a Telefónica la obligación de proporcionar a los operadores alternativos el acceso a su "bucle de abonado", esto es, al par de cobre (al cable) que va desde la vivienda del consumidor final hasta la central más próxima de Telefónica; en esa central, el cable de cobre se conecta con el repartidor de Telefónica y, desde ahí, a toda la compleja y extensa red de telecomunicaciones de mi representada (...) Como contraprestación a esta obligación de arrendamiento de su par de cobre (el llamado "acceso desagregado al bucle de abonado"), el regulador ha venido fijando un precio regulado mensual a cobrar por Telefónica que se incluye en la llamada " **OBA** " (oferta de acceso completamente desagregado al bucle de abonado de Telefónica) (...) Tradicionalmente, el regulador ha venido empleando la **contabilidad de costes** de Telefónica para determinar ese precio (...) En definitiva, a pesar de los esfuerzos "formales" de la CNMC (que dedica varias páginas de la Resolución Recurrída a explicar las supuestas deficiencias de la contabilidad de Telefónica y las ineficiencias de su red), las dos razones ofrecidas por la CNMC para descartar la contabilidad de costes de 2008 no son aceptables. La Resolución Recurrída infringe, por tanto, la Resolución de 11 de mayo de 2006, así como los preceptos de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (" **LGTel** ") y del Reglamento de Mercados (en particular, su artículo 11)3 que, según exponíamos en nuestro escrito de demanda (Fundamento de Derecho Tercero, al que nos remitimos), obligan a utilizar los sistemas de contabilidad de costes identificados en cada momento por el regulador. Solo se exceptúan de esta obligación, según la Sentencia de 2014, los supuestos en que haya una " *exigente motivación* ". Si bien la Sentencia de 2017 ha declarado que, desde un punto de vista formal, esa " *exigente motivación* " existe (la CNMC le dedica varias páginas), desde el punto de vista sustantivo las razones ofrecidas en esa " *motivación* " no son correctas, sino que son objeciones al uso de la contabilidad de costes que tienen una nula relevancia: ni los supuestos fallos de la contabilidad son significativos, ni el sobredimensionamiento de la red de Telefónica es relevante (la Sentencia de 2017 obliga a considerar todos los pares vacantes, incluyendo los "sobredimensionados").

2.3.- En la tercera conclusión, la actora reitera que e **l modelo "bottom-up" es inadecuado para fijar el precio de acceso al bucle de abonado de Telefónica durante el Periodo Relevante**, por considerar que:

"En atención a lo expuesto, ha quedado acreditado que en el caso de autos, atendiendo al periodo al que se va a aplicar el precio fijado en la Resolución Recurrída (el Periodo Relevante, que va desde 2008 hasta 2011), **no está en absoluto justificado el uso de un modelo bottom-up**. Su empleo es arbitrario, contrario a la situación del mercado y al contexto regulatorio del Periodo Relevante, y contrario también a la propia práctica regulatoria

de la CNMC, que ha prescindido del *bottom-up* como referencia exclusiva para fijar precios aplicables desde 2013 (después del Periodo relevante)".

2.4.- Como cuarta conclusión, se alega que **la Resolución recurrida es inconsistente con los precios fijados para otros servicios de Telefónica que utilizan los mismos elementos de red**. Pues, para la demandante, "...si para la desagregación del bucle, el servicio AMLT y los accesos indirectos sin STB se usa un mismo equipo, lo que no tiene ningún sentido es que para la desagregación del bucle se considere que el coste del equipo es de 1.000 euros, y para los otros dos servicios se diga que el coste es de 1.500 euros. No puede ser. Si el equipo es el mismo, su coste solo puede ser uno (el que sea, pero siempre el mismo) en todos los precios que se aprueben".

2.5.- Y como quinta y última conclusión, reitera la demandante que **la Resolución recurrida infringe el principio de orientación a costes**, precisando que:

"En definitiva: (i) La Sentencia de 2014 considera de modo indubitado que un precio que " *provoque pérdidas al operador histórico* " constituye una infracción del principio de orientación a costes. No es simplemente una cuestión de si está o no justificado prescindir de la contabilidad de costes (vertiente "metodológica" del principio). (ii) Para verificar si Telefónica incurre en pérdidas **ha de atenderse a la contabilidad** (costes corrientes, no costes históricos) **verificada y aprobada por la CMT**. (iii) La Sentencia de 2014 considera acreditado que con el precio de 7,79€/mes Telefónica **perdía dinero en 2009**. (iv) La infracción de la vertiente material del principio de orientación a costes (o, lo que es lo mismo, la afectación al contenido esencial del derecho de propiedad de Telefónica) **es incuestionable** ".

TERCERO.- Op osición de la Abogacía del Estado al recurso contencioso-administrativo.

1.- La **Abogacía del Estado** se opone al recurso contencioso-administrativo. Tras referirse al objeto del recurso jurisdiccional y a las pretensiones deducidas en el mismo, para hacer seguidamente las siguientes consideraciones:

- "Sobre la metodología empleada en la resolución recurrida. Antes de analizar la metodología empleada en la resolución recurrida conviene comenzar recordando que mediante resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008 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 ELMCO (...) Para el cálculo de la nueva cuota de alquiler del bucle que debía ser determinada por la CNMC 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 (...) 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 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 un modelo de costes *bottom-up* bajo el estándar de costes incrementales a largo plazo (LRIC), elaborado por la consultora WIK conforme a las mejores prácticas a nivel internacional (...) 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 para evitar la retroactividad no favorable de la nueva resolución estaba justificado mantener en 7,79 euros el precio del bucle durante la vigencia de la resolución de 2008".

- " Sobre la pretendida infracción del principio de orientación de costes. Señala la demandante que el principio de orientación de costes se opone a cualquier decisión administrativa que implique que el resultado de la contabilidad de costes aprobada por el propio regulador arroje pérdidas (...) Frente a esta alegación, que es reiterativa por parte de Telefónica en todos los expedientes y pleitos en los que se discute sobre la fijación de precios, cabe reiterar lo ya dicho en anteriores resoluciones en relación a la posibilidad de introducir elementos y criterios técnicos adicionales a la orientación a costes para fijar los precios mayoristas. Esta posibilidad ha sido confirmada por varias sentencias de esa misma Sala y Sección en pleitos relacionados con los precios mayoristas de Telefónica, citándose únicamente las más recientes: En la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 6 de marzo de 2017 (PO 08/188/2014) (...) En el mismo sentido, la reciente sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 14 de marzo de 2018 (PO 08/510/2015) (...) confirma tanto el modelo de costes utilizado (validado por la



Comisión Europea y confirmado por la AN y el TS) como los precios establecidos en la resolución impugnada (que son precios orientados a costes, pero que no quiere decir que tenga que existir equivalencia total y absoluta, pudiendo introducirse otros elementos y criterios técnicos para su fijación)".

- **Sobre la posibilidad de aplicar el modelo *bottom-up* a la aprobación de los precios entre 2008 y 2011 (...)**

La demandante defiende que para controlar el respeto del principio de orientación de coste la CNMC ha de imponer un sistema de contabilidad de costes que ha de ser publicado y cuya verificación ha de llevarse a cabo por un organismo independiente (...) Seguidamente se analiza la formulación empleada por la CNMC en la revisión del precio de la resolución de 2015, y se valora si garantiza adecuadamente el cumplimiento de los criterios exigidos por el TS".

- **Sobre la formulación empleada en la resolución de la CNMC de 24 de noviembre de 2015.** Para garantizar el cumplimiento de lo exigido por el TS, esto es, que el coste de los pares vacantes sea repercutido a los operadores de forma proporcional (por ejemplo, de acuerdo con el volumen de líneas desagregadas de las que hacen uso), deben cumplirse los requisitos siguientes: (...) Pues bien, el modelo *bottom-up* empleado por la CNMC en la resolución de 2015 lleva a cabo el cálculo del coste unitario de acuerdo con el criterio expuesto (...)"

- **Sobre el descuento de ineficiencias.** Ahora bien, en su posterior Sentencia de 16 de noviembre de 2017 el TS ha establecido que la resolución de 2015 de la CNMC no es acorde con 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 su sentencia en ningún momento se señaló que la planta de Telefónica estuviese sobredimensionada (...) Sin embargo, esa supresión de ineficiencias constituye una característica genérica, casi obligada, de los modelos *bottom-up*, que por definición tienen por objeto modelar redes eficientes (...) A la vista de todo lo indicado cabe concluir que la formulación empleada en el modelo *bottom-up* y, en particular, la determinación de los costes y de los pares entre los que se distribuyen los costes, resulta acorde con los criterios exigidos por el TS. Como resultado de ello, la imputación del coste de los pares vacantes a los operadores es correcta, y satisface el criterio de proporcionalidad señalado por el TS (...)"

- **Nuevo cálculo en el informe de audiencia del exp. OFE/DTSA/002/18.** No obstante todo lo indicado anteriormente, **a la vista de la nueva sentencia del TS de 16 de noviembre de 2017**, la CNMC ha iniciado expediente para la ejecución de la misma, la cual invalidó 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 en sus concretos términos, en el marco del expediente OFE/DTSA/002/18, actualmente en trámite de audiencia, 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%) (...)"

2.- En el trámite de **conclusiones**, la Abogacía del Estado solicitó que se dicte sentencia por la que desestime el recurso, confirme el acto administrativo impugnado, por ser conforme a Derecho e imponga las costas a la parte actora, haciendo para ello las siguientes consideraciones:

- **Sobre la inadmisibilidad.** A juico de esta representación procesal es importante poner de manifiesto la posible existencia de una causa de inadmisibilidad de este segundo recurso nº PO 08/52/2016, al recaer sobre una **cuestión ya juzgada** en el propio Tribunal Supremo, en sus sentencias de 18 de noviembre de 2014 y 16 de noviembre de 2017, y cuya ejecución se ha producido primero mediante las **Resoluciones de la SSR de la CNMC de 24 de noviembre de 2015** (expediente nº OFE/DTSA/024/15), y finalmente **de 26 de julio de 2018** (expediente nº OFE/DTSA/002/18), que ha establecido el precio en 7,82 euros/mes (...)"

- **Sobre la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 2017.** Si bien el informe de conclusiones de Telefónica sostiene que **ambos procedimientos** (el presente recurso y el incidente de ejecución contra la Resolución de 2015 resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2017) son perfectamente compatibles entre sí, debe tenerse en cuenta que la CNMC, mediante la precitada **Resolución de la SSR de la CNMC de 26 de julio de 2018** 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 (Expediente nº OFE/DTSA/002/18), ya ejecutó la sentencia de 2017, la cual invalidó el margen de vacancia empleado en el modelo *bottom-up* de la Resolución de 2015. Así, en cumplimiento de esa última sentencia del TS, y calculado el precio de la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado correspondiente al ejercicio 2008, se estableció que el mismo fuese de 7,82 euros, en lugar de los 7,79 anteriores. Además hay que señalar que **esta nueva resolución de 26 de julio de 2018 ha sido recurrida ante esta Sala** por Orange (PO 08/911/2018) y por Telefónica (PO 08/1042/2018). Dichos recursos

contencioso-administrativos ya han sido admitidos a trámite y ya se ha reclamado el expediente administrativo. Por tanto, carece de sentido reincidir en este segundo recurso en aspectos que han quedado ya esclarecidos por el Tribunal Supremo, debiendo estarse a lo resulto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2017 en el sentido de que nada impide a la CNMC emplear un modelo *bottom-up* para ejecutar la Sentencia de 2014".

- **Sobre el empleo de un modelo *bottom-up* en una red con alta vacancia.** Según el escrito de conclusiones de Telefónica (pag.6), el uso de un modelo *bottom-up* es incompatible con la consideración de todos los pares vacantes existentes en la red de Telefónica, y la CNMC ha usado dicho modelo, precisamente, para excluir la planta sobredimensionada. Indica que al haber ordenado el Tribunal Supremo que se consideren todos los pares vacantes, no debería haberse usado un modelo *bottom-up*, pues es contrario a su esencia. Frente a ello esa parte considera que la incompatibilidad señalada en el informe no existe (...) Finalmente, debe resaltarse que el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1746/2017 ha dejado meridianamente claro que "*ningún pasaje de la sentencia [que se ejecutó por la resolución objeto de la demanda] puede deducirse en absoluto que el Tribunal excluya la utilización del método bottom-up*".

- **Sobre el empleo de un modelo *bottom-up* con las condiciones de mercado existentes en el año 2008.** Según el escrito de conclusiones de Telefónica (pag.8), la Recomendación de la Comisión Europea de no discriminación se produjo en un contexto de mercado muy específico: en el año 2012, las condiciones de mercado evolucionaron y comenzó a manifestarse una progresiva sustitución del par de cobre por los accesos de fibra ("*la gente se va cambiando del cobre a la fibra y cada vez hay más pares de cobre vacantes*"). Sin embargo esta representación procesal desea poner de manifiesto que el informe viene a afirmar, por tanto, que la contabilidad de Telefónica deja de ser fiable para la determinación de precios cuando empieza a haber muchos pares vacantes, y que por tanto es a partir de ese momento cuando tiene sentido emplear modelos *bottom-up*. Luego esta afirmación es contradictoria con el punto anterior, según el cual los modelos *bottom-up* no son válidos en escenarios con muchos pares vacantes (...)"

r- **Sobre la necesidad de hacer ajustes al modelo *bottom-up* para fijar precios del año 2008.** Según el escrito de conclusiones de Telefónica (pag.9), para calcular los precios de la OBA del año 2008, es necesario que previamente se realicen una serie de ajustes y se trasladen al año 2008 los datos y parámetros inicialmente considerados por el modelo (que venían referidos a 2011) (...) Sin embargo el informe confunde algunos aspectos fundamentales relativos a la relación existente entre madurez tecnológica y evolución de precios. Cuando una tecnología se encuentra en fase de evolución y desarrollo, el precio de los activos sufre una evolución temporal a la baja, fruto de las mejoras técnicas y productivas que se van implantando y de las economías de escala que se consiguen con su creciente implantación. Tal es el caso, por ejemplo, de los recursos empleados en redes de fibra óptica. Es por ello que el modelo *bottom-up* incorpora, solo para estos elementos, una evolución a la baja de los precios unitarios durante el período considerado (...)"

- **Sobre la metodología empleada por la CNMC en 2013 para calcular el precio del bucle desagregado.** En el escrito de conclusiones de Telefónica se indica (pag.11) que cuando la CNMC estableció el precio de bucle desagregado en 2013, recurrió no solamente al modelo *bottom-up*, sino también a otras fuentes como la contabilidad de Telefónica o la comparativa internacional (...) Sin embargo, cuando en 2015 la CNMC fija el precio para el período 2008-2011, se ciñe al resultado que refleja el modelo *bottom-up*, y no considera el resto de referencias (...)"

- **Sobre la inconsistencia con los precios fijados para otros servicios de Telefónica.** En el escrito de conclusiones de Telefónica se indica (pag.13) que el precio mensual de los distintos elementos de red necesarios para el acceso desagregado al bucle de Telefónica es distinto (muy inferior) al precio considerado para esos mismos elementos para otros servicios (AMLT y accesos indirectos sin STB, que sí coinciden entre sí), y que los cálculos de la Resolución Recurrída se han realizado con una metodología completamente distinta (el modelo *bottom-up*) a la del resto de servicios. Frente a ello hay que señalar que el regulador no tiene por qué emplear las mismas herramientas para determinar el coste de servicios de muy distinta naturaleza (...)"

- **Sobre el principio de orientación a costes.** En el escrito de conclusiones de Telefónica se indica (pag.15) que la aplicación del precio de 7,79€ ha originado pérdidas a Telefónica, y que la contabilidad de costes históricos no es un estándar adecuado para determinar si el precio fijado es o no respetuoso con el principio de orientación a costes. Asimismo se indica que el estándar de costes históricos nunca ha sido utilizado por el regulador ni para verificar precios ni para determinar si un precio era o no respetuoso con el principio de orientación a costes. Indica que hay que ser consistente y seguir empleando el estándar de costes corrientes (que es el que se había considerado hasta la fecha). Sin embargo hay que tener en cuenta que cuando la CNMC ha recurrido a la contabilidad de Telefónica para la determinación de los costes de los servicios regulados, siempre lo ha hecho bajo el estándar de costes corrientes. No existe por tanto inconsistencia ninguna (...)"

CUARTO.- Op osición de la entidad codemandada al recurso contencioso-administrativo.



1.- La representación procesal de ORANGE se opone al recurso contencioso-administrativo, solicitando la declaración de **inadmisibilidad** del mismo o, subsidiariamente, su **desestimación** ; la **confirmación** de la resolución administrativa impugnada, de 24 de noviembre de 2015, en relación con la fijación de los precios del arrendamiento del bucle desagregado; y la declaración de que la imputación de los costes de los pares vacantes es **cosa juzgada** , al haberse pronunciado sobre dicho particular la STS de 16 de noviembre de 2017 . Peticiones deducidas en trámite de **contestación a la demanda, y que se apoyan en los siguientes fundamentos:**

- " **El presente recurso contencioso-administrativo ha de ser inadmitido, toda vez que Telefónica ha simultaneado un incidente de ejecución y un recurso contencioso-administrativo nuevo, en relación con el mismo acto administrativo, esto es, la Resolución de 24 de noviembre de 2015 (...)** 2. Es cierto, y esta parte no lo desconoce, que con fecha 24 de abril de 2018, esa Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado un Auto, por medio del cual se indica expresamente que cabe la tramitación simultánea de ambos procedimientos. 3. Ahora bien, la posibilidad de utilizar simultáneamente ambas vías no obsta para que pueda afirmarse que se ha producido un fraude procesal, en la medida en que el análisis de la conformidad a Derecho de la Resolución de 24 de noviembre de 2015 corresponde realizarse en el marco del incidente de ejecución (...) 6. Por último, la mera lectura del escrito de demanda permite concluir que el presente recurso debería ser inadmitido, puesto que en el mismo se reproducen cuestiones que son objeto del incidente de ejecución. 7. Por consiguiente, el presente recurso debería ser inadmitido. En todo caso, y para el eventual supuesto de que esa Sala considere que no cabe la inadmisión del recurso contencioso-administrativo planteado por la actora, a lo largo de las siguientes Alegaciones pondremos de relieve la conformidad a Derecho de la actuación de la Administración demandada, pues ha fijado el precio del bucle desagregado respetando los criterios impuestos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 ".

- " **La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2014 , al contrario de lo que afirma Telefónica, no ha fijado ningún método específico para el recálculo del precio del bucle desagregado (...)** Además, la Sentencia del Tribunal Supremo añade que la CNMC podrá utilizar, de forma " *retrospectiva* ", los datos sobre la contabilidad real de Telefónica referida al año 2008 (...) Por consiguiente, con el consabido límite de la prohibición de la *reformatio in peius* contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, la CNMC dispone de absoluta libertad para fijar los precios. Y puede hacerlo con arreglo a cualquier criterio de fijación de precios que resulte de aplicación (...)".

- " **La Administración demandada no ha incurrido en una infracción del principio de orientación a costes, al contrario de lo que sostiene Telefónica.** 1. A lo largo de su escrito de demanda, Telefónica sostiene que la CNMC, en la fijación del precio, ha incurrido en una evidente infracción del principio de orientación a costes. 2. Sin embargo, como pondremos de relieve a continuación, la normativa aplicable a la presente controversia determina que el criterio de orientación a costes es un mero principio orientador para las Administraciones en la determinación de precios, pues no se hallan sometidas a un único criterio para la fijación de este importe. 3. En consecuencia, como explicaremos detalladamente, Telefónica interpreta erróneamente el principio de orientación a costes, por lo que sus pretensiones deben verse, de nuevo, desestimadas (...)"

- " **El precio del alquiler del bucle desagregado de 7,79 euros no ocasiona pérdidas a Telefónica, lo que confirma la adecuación a Derecho de la Resolución Recurrída (...)** Esto es, del análisis llevado a cabo por la CNMC para la determinación del precio regulado, resulta que Telefónica obtendría beneficio a partir de un precio de 6,11 euros al mes. Por consiguiente, de lo anterior se desprende que, con la fijación de un precio de 7,79 euros al mes, Telefónica no sólo obtendría un beneficio, sino que además dicho margen superaría incluso el retorno razonable de la inversión. 4. En consecuencia, cabe concluir que las pretensiones de anulación que sostiene Telefónica en este procedimiento se encuentran evidentemente infundadas. Con la fijación del precio de 7,79 euros, Telefónica obtiene un claro margen de beneficio, por lo que la Resolución Recurrída no es contraria, de ningún modo, al principio de orientación a costes al que alude la parte actora en su escrito de demanda. 5. Por ello, la demanda formulada por Telefónica debe ser íntegramente desestimada, confirmando la validez de la Resolución Recurrída".

- " **Sobre la distinta metodología existente para el cálculo del precio del bucle desagregado. El modelo *bottom-up* es un criterio adecuado para este fin (...)** 1. De todo lo expuesto a lo largo del presente Fundamento de Derecho, se puede concluir que existen diversos métodos para la determinación del precio del bucle de abonados, entre los que se encuentran (i) la contabilidad del operador con poder significativo en el mercado; o (ii) el modelo *bottom-up*, que ha sido desarrollado por un experto privado, WIK. 2. No obstante, del análisis llevado a cabo a lo largo de este Fundamento de Derecho, se infiere que, como la contabilidad de Telefónica presenta numerosas ineficiencias e inconsistencias, según ha quedado acreditado, es necesario optar por métodos alternativos de fijación del precio, cuya utilización, por otra parte, no es contraria al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. 3. Y dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido



expresamente la utilización de métodos de cálculo aplicables a escala internacional, la utilización del criterio bottom-up ha de reputarse conforme a Derecho".

- " **La controversia relativa a la imputación de los costes de los pares vacantes, a la que telefónica se refiere en su escrito de demanda, ha sido ya resuelta por la Sentencia de 16 de noviembre de 2017 (...)** Así, la determinación de la imputación de los costes de los pares vacantes fue abordada por la parte actora en el marco del incidente de ejecución al que hemos hecho referencia en los Antecedentes de Hecho del presente escrito de contestación a la demanda. En este sentido, la Sentencia de 16 de noviembre de 2017 ya resolvió sobre este particular (...) Fundamento Jurídico Noveno *in fine* (...)"

2.- En trámite de **conclusiones**, después de hacer referencia al objeto del presente recurso contencioso-administrativo y los términos en los que está planteado el debate procesal, la parte codemandada vino a reiterar los motivos de oposición planteados en la contestación a la demanda, alegando, en consecuencia: 1) Que el recurso contencioso-administrativo formalizado por Telefónica debería ser inadmitido. 2) Que la Resolución de 24 de noviembre de 2015 ha cumplido escrupulosamente el contenido de la Sentencia de 18 de noviembre de 2014, que permite la utilización de métodos para la determinación del precio del bucle desagregado distintos a los utilizados por Telefónica. 3) Que la Resolución de 24 de noviembre de 2015 es conforme a Derecho, porque ha seguido un método correcto y orientado a costes en la determinación del precio del bucle desagregado. El criterio de contabilidad de costes ha sido correctamente descartado por sus ineficiencias e inconsistencias. 4) Que el modelo *bottom-up* es un modelo adecuado para la determinación del precio del bucle desagregado. 5) Que la Resolución de 24 de noviembre de 2014 no infringe el principio de orientación a costes.

Y en consecuencia con lo expuesto, vino a formular las siguientes conclusiones:

"**Primera.** La Resolución de 24 de noviembre de 2015, cumple con los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 permite la utilización de cualquier método para la determinación del precio del bucle desagregado, siempre y cuando (i) se encuentre orientado a costes; y (ii) no infrinja la interdicción de la "*reformatio in peius*". **Segunda.** La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 previó que el nuevo precio del bucle desagregado pudiera ser inferior al fijado inicial. **Tercera.** Los motivos en virtud de los cuales la Administración demandada descartó acudir a la contabilidad de costes para determinar el precio del bucle desagregado fueron (i) la existencia de limitaciones en la contabilidad, que la convertía en un elemento poco fiable; (ii) los sobrecostes derivados de la capacidad excedentaria de la planta de Telefónica; y (iii) la existencia de costes asociados a actuaciones que Telefónica factura aparte, a través de cuotas no recurrentes. **Cuarta.** Ha quedado acreditado que, con la metodología *bottom-up*, Telefónica obtiene unos ingresos que le permiten obtener un rendimiento económico, por lo que no se produce ninguna vulneración del principio de orientación a costes".

QUINTO.- Sobre la pérdida sobrevenida de objeto del recurso jurisdiccional.

1.- Con fecha 17 de mayo de 2011 esta Sala y Sección dictó **sentencia** en el **recurso contencioso-administrativo nº 253/2009**, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo formulado por TESAU contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [CMT] de 12 de marzo de 2009, en la que se desestimaron recursos de reposición interpuestos por "FRANCE TELECON ESPAÑA, S.A." y por "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U." (TESAU) contra **Resolución de fecha 28 de noviembre de 2008**, sobre revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de TESAU.

En la expresada **Resolución de 28 de noviembre de 2008**, confirmada por la sentencia anotada, se había establecido:

"Primero.- Modificar el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros, y el recargo mensual para las conexiones sin servicio telefónico pase a ser de 9,55 euros mensuales.

Segundo.- Modificar el apartado de precios de la oferta de AMLT, de manera que las cuotas mensuales de la línea analógica y del acceso básico de RDSI pasen a ser respectivamente de 11,28 y 18,61 euros.

Tercero.- Los nuevos importes serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución."

2.- Sin embargo, con fecha **18 de noviembre de 2014** el Tribunal Supremo dictó **sentencia** casando la anterior. En la parte dispositiva de cuya sentencia, el Alto Tribunal acuerda:

"Primero.- Ha lugar al **recurso de casación número 4689/2011** interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional con fecha 17 de mayo de 2011 en el recurso 253 de 2009, que casamos.



"Segundo.- Estimar el recurso número 253/2009 interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008, confirmada de reposición el 12 de marzo de 2009, recaída en el expediente DT 2008/877, y anular, por su disconformidad a Derecho, los siguientes apartados del acto impugnado:

"A) El **resuelve primero** en cuanto modifica el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de 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 presente Resolución. "Tercero.- No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la casación".

3.- Con fecha **24 de noviembre de 2015** la Sala de Supervisión de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia dictó resolución en ejecución de lo acordado por el Tribunal Supremo en la anterior sentencia.

4.- Por **auto de 5 de abril de 2016**, confirmado por el de 7 de julio del mismo año, esta Sala de la Audiencia Nacional desestimó el **incidente de ejecución** planteado por TESAU, contra la Resolución de la Sala de Supervisión de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 24 de noviembre de 2015.

5.- Interpuesto recurso de casación contra los referidos autos, con fecha **16 de noviembre de 2017** el Tribunal Supremo dictó **sentencia** en cuya parte dispositiva acuerda:

"1. Declaramos haber lugar al presente **recurso de casación 8/3251/2016** interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra los autos de fecha 5 de abril de 2016 y 7 de julio de 2016 dictados por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha 18 de noviembre de 2014 en su recurso de casación 4689/2011, **autos que revocamos**. 2.- **Estimamos en parte el incidente de ejecución** interpuesto por dicha entidad contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha **24 de noviembre de 2015**, dictada en ejecución de la sentencia de este Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014, **resolución que declaramos disconforme a Derecho y que anulamos en cuanto no se ajuste al pronunciamiento que sigue**. 3.- Declaramos 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. 4.- **Desestimamos en lo demás el incidente** de ejecución de la sentencia de este Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014, formulado por Telefónica de España, SAU. 5.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación".

TESAU presentó escrito en fecha 21 de noviembre de 2017, solicitando la rectificación de errores o aclaración del nº 3 de la parte dispositiva de esa sentencia, a fin de que se hiciera constar que lo que se decide en ese número 3 afecta no sólo al ejercicio de 2008 (como se dice en él) sino a todo el periodo relevante, que va desde el día 11 de diciembre de 2008 hasta el día 7 de abril de 2011.

Mediante **auto de aclaración** de 19 de diciembre de 2017, el Alto Tribunal decidió rectificar el número 3º de la parte dispositiva de la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017, en el sentido de que donde dice "*correspondiente al ejercicio de 2008*" debe decir "*correspondiente al periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2008 y la fecha de entrada en vigor de la subsiguiente resolución de precios de abril de 2011*".

Una vez recibido el acuse de recibo, por te de la CNMC, de las resoluciones adoptadas por el Alto Tribunal respecto del incidente de ejecución de sentencia planteado en el P. O. 253/2009, de este órgano judicial, se procedió al **archivo del mencionado recurso jurisdiccional**, según diligencia de constancia de 03 de septiembre de 2018, obrante en el expediente judicial electrónico correspondiente al mismo.

6.- El presente recurso contencioso-administrativo [P. O. 52/2016] fue interpuesto por la representación procesal de TESAU con fecha de **21 de enero de 2016** contra Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**") de 24 de noviembre de 2015 "*sobre la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 en relación al precio del bucle desagregado aprobado mediante Resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008*", que le había sido notificada a la compareciente el 28 de noviembre de 2015.

En el **escrito de interposición** hacia las siguientes manifestaciones:

-Que como resulta de su título, la resolución recurrida se ha dictado en ejecución de la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el 28 de noviembre de 2014 (...) por la que (i) se estima el recurso de casación 4689/2011, interpuesto por Telefónica contra la sentencia dictada por esa Sala el 17 de mayo de 2011; y (ii) se estima el recurso contencioso-administrativo



253/2009 , promovido por mi representada ante esa Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008, confirmada en reposición el 12 de marzo de 2009.

-Que, no obstante la interposición del presente recurso, mi representada hace expresa reserva de su derecho a instar la nulidad de pleno derecho de la Resolución Recurrída, al amparo de lo previsto en el artículo 103 de la LJCA , en el seno del incidente de ejecución del P.O. 253/2009, por apartarse de la Sentencia del TS.

7.- Por consiguiente, frente a la resolución impugnada en el **presente recurso jurisdiccional** mediante escrito presentado el 21 de enero de 2016 [Resolución de la SSR-CNMC de 24 de noviembre de 2015, sobre ejecución de la STS DE 18 de noviembre de 2014], la entidad recurrente, TESAU, asimismo promovió ante este órgano judicial y en el seno del P. O. 253/2009 , **incidente de ejecución** de la **STS de 18 de noviembre de 2014** , que tras casar la sentencia dictada en dicho P. O., había procedido a estimar el recurso jurisdiccional interpuesto por TESA contra resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008, confirmada de reposición el 12 de marzo de 2009, recaída en el expediente DT 2008/877, y a anular los siguientes apartados del acto impugnado: A) El "resuelve primero" en cuanto modifica "el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de 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 presente Resolución".

En efecto, tras dictarse la STS de 18 de noviembre de 2014, y mediante escrito de 01 de abril de 2015 presentado en el PO 253/2009, TESAU instó la ejecución de aquella. Y una vez que la CNMC procedió a dictar la resolución de 24 de noviembre de 2015, la representación procesal de TESAU presentó escrito el 15 de febrero de 2016, solicitando a la Sala que:

"1. Declare la **nulidad de pleno derecho de los apartados PRIMERO y SEGUNDO** de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 24 de noviembre de 2015 (...) por ser manifiestamente contrarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2014 que se pretendía ejecutar. 2. Acuerde la ejecución parcial de la citada Sentencia, fijando en 9,54€/mes (o, subsidiariamente, 9.14€/mes) el precio de acceso completamente desagregado al bucle de abonado que Telefónica puede cobrar a los operadores que accedieron a su red durante el Periodo Relevante".

8.- Similar pretensión vino a deducir TESAU posteriormente en la demanda rectora del presente recurso jurisdiccional formalizada por escrito de 29 de septiembre de 2016, y que una vez concluido se somete ahora a la consideración de la Sala.

9.- Entonces, una vez desestimado -en el P. O. 253/2009- el incidente de ejecución de sentencia planteado en los términos reseñados, así como el subsiguiente recurso de reposición, la representación procesal de TESAU interpuso recurso de casación nº 8/3251/2016 , dando lugar al mismo la **STS de 16 de noviembre de 2017** , que tras revocar los autos dictados en esta instancia, realizó los siguientes pronunciamientos:

"(...) 2º.- Que estimamos en parte el incidente de ejecución interpuesto por dicha entidad contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha **24 de Noviembre de 2015** (...) resolución que declaramos disconforme a Derecho y que **anulamos** en cuanto no se ajuste al pronunciamiento que sigue. 3º.- Declaramos 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. 4º.- Desestimamos en lo demás el incidente de ejecución de la sentencia de este Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (casación nº 4689/2011), formulado por Telefónica de España S.A.U."

Mediante **auto de 19 de diciembre de 2017** , el Alto Tribunal aclaró la sentencia pronunciada, en el sentido de que donde dice "correspondiente al ejercicio de 2008" debe decir "correspondiente al periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2008 y la fecha de entrada en vigor de la subsiguiente resolución de precios de abril de 2011 ".

Una vez remitido testimonio de tales resoluciones a la CNMC, y acusado recibo, la Sala procedió a la archivo del recurso, conforme a diligencia dictada el 03 de septiembre de 2018 en el P. O. 253/2009.

10.- Y como expone en su escrito de conclusiones la Abogacía del Estado, mediante **resolución de 26 de julio de 2018** , la SSR-CNMC ha procedido a la **ejecución de la STS de 16 de noviembre de 2017** . Al respecto, tras poner de manifiesto los aspectos de la precedente resolución de 24 de noviembre de 2015 cuestionados por la STS de 16 de noviembre de 2017 , procedió a la revisión del precio del bucle en cumplimiento de dicha sentencia, y a poner de manifiesto el nuevo resultado del modelo *bottom-up* considerando el margen



de vacancia reportado por Telefónica y contemplado en la resolución de 2008, haciendo seguidamente las consideraciones correspondientes al descuento de ineficiencias, para terminar acordando:

"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 período 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".

Y la expresada resolución de **26 de julio de 2018**, ha sido impugnada en vía contencioso-administrativa ante esta Sala y Sección, tanto por TESAU [P. O. 1042/2018], como por ORANGE [P. O. 911/2018].

11.- En consecuencia, habiéndose planteado en el incidente de ejecución de sentencia [P. O. 253/2009] las pretensiones después deducidas en este recurso jurisdiccional, y habiéndose resuelto dicho incidente en STS de 16 de noviembre de 2017, aclarada mediante ATS de 19 de diciembre siguiente, a juicio de esta Sala, lo que ha venido a producirse propiamente, no es la inadmisibilidad del contencioso por **mala fe procesal** derivada inherente a la dualidad de impugnaciones subsumible en el art. 11 LOPJ -cuestión que la Sala resolvió en trámite de alegaciones previas-, o por concurrencia de cosa juzgada [arts. 222 LEC y 69 LJCA], sino la pérdida sobrevenida de objeto del presente recurso jurisdiccional [art. 22 LEC], además de haberse dictado una nueva resolución de la CNMC en ejecución de la expresada STS, que las partes que en este proceso intervienen como demandante y codemandada han procedido a impugnar ante este órgano judicial. Carencia sobrevenida de objeto que, una vez oídas que fueron las partes sobre el alcance de la STS de 16 de noviembre de 2017 [providencia de 25 de enero de 2018], procede declarar, poniendo término al proceso.

SEXTO : Resolución del recurso jurisdiccional. Costas procesales e indicación de recursos frente a la sentencia

1.- Las consideraciones hasta aquí expuestas conducen a declarar terminado el presente recurso jurisdiccional , **por carencia sobrevenida de** objeto [art.22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con la disposición final primera de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa].

2.- Y al producirse la terminación del proceso por dicha causa, sin entrar en el examen de la las cuestiones litigiosas planteadas en el mismo, no procede hacer imposición de las **costas procesales** causadas en esta instancia [art. 139 de la Ley Jurisdiccional].

3.- La presente sentencia es susceptible de **recurso de casación** , que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación. En el escrito de preparación deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , justificando el **interés casacional objetivo** que presenta [art. 86.1, en relación con el art. 88, de la Ley Jurisdiccional , modificados por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio , en vigor desde el 22 de julio de 2016].

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos terminado , por carencia sobrevenida de objeto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S. A. U." frente a Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 24 de noviembre de 2015 [Expediente: OFE/D TSA/024/15/ EJECUCION SENTENCIA PRECIO BUCLE].

SEGUNDO.- Sin imposición de las **costas procesales** causadas en esta instancia.

TERCERO.- Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación de que contra la misma puede prepararse **recurso de casación** ante esta Sección, mediante **escrito** en el que habrá de acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional [redacción ex Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio], justificando el **interés casacional objetivo** que el recurso preparado presenta. Habiendo de realizarse la presentación de dicho escrito en el **plazo de 30 días**, a contar desde el siguiente al de su **no** tificación, y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.