



Roj: **STS 3994/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3994**

Id Cendoj: **28079130032017100424**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **3251/2016**

Nº de Resolución: **1746/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAN 363/2016,**  
**STS 3994/2017,**  
**AATS 11754/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 8/3251/2016, interpuesto por la Procuradora D.ª Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de la entidad "Telefónica de España, S.A.U.", contra el auto de fecha 5 de abril de 2016, ( confirmado en reposición por el de 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 pronunciada por este **Tribunal Supremo** en fecha 18 de noviembre de 2014 en el recurso de casación número 4689/2011. Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava), dictó auto de fecha 5 de abril de 2016 (confirmado en reposición por el de 7 de julio de 2016). Notificado el último auto a las partes, por la representación de "Telefónica de España, S.A.U." se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de fecha 25 de noviembre de 2016, al tiempo que se mandó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, emplazándose a las partes litigantes en el mismo día.

**SEGUNDO.-** Emplazadas las partes, la recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 16 de enero de 2017 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer el motivo de impugnación que consideró oportuno, solicitó se declarara haber lugar al recurso, casando los autos recurridos, y dictando sentencia por la que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa de 24 de noviembre de 2015 y se declare la ejecución parcial de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014, 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.

**TERCERO.-** El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 8 de febrero de 2017, y a la vista de haberse personado como parte recurrida la Administración General del Estado, se le dio el plazo de treinta días para que pudiera oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha 27 de marzo de 2017, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación y confirmando los autos recurridos, con imposición de costas.



**CUARTO.-** Por providencia de fecha 7 de junio de 2017, se designó nuevo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil y se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 7 de noviembre de 2017, en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en este recurso de casación nº 3251/2016 el auto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Octava) dictó en fecha 5 de abril de 2016 ( y confirmó en reposición en otro de 7 de julio de 2016 ), pronunciados en trámite de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2014, dictada en el recurso de casación nº 4689/2011, proveniente del recurso contencioso-administrativo seguido en la Sección Octava de la Audiencia Nacional con el núm. 253/2009 .

**SEGUNDO.-** En aquella sentencia del Tribunal Supremo, con revocación de la dictada por la Audiencia Nacional en fecha 17 de mayo de 2011 y en su recurso contencioso- administrativo nº 253/09 , se dispuso lo siguiente:

"**Primero.** Ha lugar al recurso de casación número 4689/2011 interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." 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, 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 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."

En ejecución de esa sentencia del Tribunal Supremo, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) dictó la resolución de 24 de noviembre de 2015.

"Telefónica de España S.A.U." solicitó de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la declaración de nulidad de esa resolución, lo que denegaron los autos de 5 de abril y 7 de julio de 2016 , aquí impugnados.

Aquella entidad interpone recurso de casación contra esos autos, por contradecir o no respetar lo ejecutoriado, y esgrime un motivo de casación, al amparo del artículo 87.1.c) de la Ley Jurisdiccional 29/98, por infracción de los artículos 103.4 de la Ley 29/98 y 24 de la Constitución , que consagran el derecho fundamental a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos.

**TERCERO.-** Los autos recurridos afirman que la sentencia a ejecutar, al no fijar bases para su ejecución ( artículo 219 de la L.E.Civil ) y al emplear reiteradamente el término "podrá", deja al regulador toda su capacidad técnica para recalcular el precio discutido, por lo que, en definitiva, no cabe valorar el nuevo cálculo como una desvirtuación del pronunciamiento judicial.

Como esta afirmación no es exacta, porque entre los elementos a emplear para hallar el precio existe alguno (en concreto, el de los pares vacantes) que fué decidido en firme por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 , los autos han de ser revocados porque se apartan de lo ejecutoriado ( artículo 87.c] de la LJCA 29/98 y 24 de la CE ), que consagran el derecho a que las sentencias se ejecutan en sus propios términos.

Conviene a renglón seguido precisar qué es lo que decidió la sentencia de cuya ejecución se trata.

**CUARTO.-** Como las razones que explican el fallo de la sentencia de cuya ejecución tratamos se encuentran en el cuerpo de la sentencia, y como el problema planteado en este incidente es el de si la resolución administrativa cuya nulidad se pide -y, en consecuencia, los autos de instancia que la confirman- se ajustan o no a lo que dispuso la sentencia, conviene transcribir en lo necesario los razonamientos de ésta, a pesar de su extensión.

Dijo esto la sentencia del Tribunal Supremo:



«**Cuarto.** - Situado este Tribunal en la posición que deriva del artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional (la casación de la sentencia de instancia obliga a que la Sala resuelva "[...] lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate") hemos de decidir tan sólo si se respetó en este caso el criterio de "orientación a costes" inserto en todas las normas, nacionales y de la Unión Europea, invocadas por la recurrente y aplicadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Normas que regulan la intervención de este organismo en la imposición de obligaciones específicas a los operadores de telecomunicaciones con poder significativo en el mercado y entre las que figura la relativa a los precios máximos que pueden cobrar a otros operadores en los ámbitos objeto de regulación. La controversia no es tanto sobre los perfiles generales de aquel criterio, ni en sentido estricto sobre la interpretación de normas (aunque lógicamente la función hermenéutica estará siempre presente), sino sobre los presupuestos que, en concreto, utilizó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en este caso para hacer el cálculo, a la luz de las pruebas practicadas.

No será necesario, pues, proceder en este momento a una exposición, que nada aportaría en realidad al debate, de los preceptos nacionales, legales o reglamentarios, invocados ni reiterar los términos aplicables de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. Tampoco será menester examinar las consideraciones de orden general sobre el principio de orientación a costes contenidas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de abril de 2008 (asunto C-55/06) en la que da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal administrativo alemán respecto de la interpretación del Reglamento (CE) número 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, en relación con el principio de orientación en función de los costes, las diferentes partidas de éstos (los intereses vinculados al capital invertido y la amortización de los activos inmovilizados, entre otros), los diferentes costes computables (corrientes e históricos), su justificación y los diferentes métodos analíticos (ascendente y descendente) para calcularlos.

Sí es pertinente, no obstante, que subrayemos cómo en la citada sentencia el Tribunal de Justicia no obliga a "generalizar" el sistema de control jurisdiccional restringido, en cuya virtud las apreciaciones efectuadas por las autoridades nacionales de reglamentación sobre esta materia específica (los precios o tarifas para el acceso al bucle local) "[...] constituyen apreciaciones económicas complejas y, por lo tanto, el control del juez nacional debe ser asimismo limitado". Por el contrario, afirma, corresponde a cada Estado configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, y decidir en definitiva la intensidad del control jurisdiccional aplicable, en términos de equivalencia y efectividad.

Si la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones puede, como así ocurre, introducir cambios en unas ofertas de referencia suscritas por el operador histórico, para hacer efectivas las obligaciones derivadas del fomento de la competencia, debe hacerlo, lógicamente "cargándose de razón" en sus decisiones. Aun cuando corresponde el operador "proponente" la prueba de que sus cuotas se han determinado en función de los costes, incluyendo una tasa razonable de rendimiento de la inversión, la autoridad nacional de reglamentación que puede revisar aquellas cuotas ha de hacerlo poniendo de relieve, mediante otras pruebas, el error o los defectos de cálculo presentes en la propuesta de precios OBA. Y en último extremo la revisión jurisdiccional, según las pautas características de nuestro sistema de control, no puede dejar de tener en cuenta los elementos probatorios de una y otra parte.

El examen de todo ese material probatorio que esta Sala realiza -ahora en su función de instancia, por aplicación del ya citado artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional - da un resultado favorable a la pretensión actora en lo que concierne al punto clave de la controversia.

**Quinto.-** Son varios los presupuestos inspiradores de la fijación del precio adoptado finalmente (7,79 euros mensuales) que, a nuestro entender, no resisten el análisis crítico que la empresa recurrente ha desplegado en el litigio.

A) El primero es el factor empleado para el cálculo del precio, resultado de dividir los costes totales por el número de pares de cobre instalados, tanto si están en servicio como si están vacantes. Obviamente, si un mismo numerador de costes se divide por 21 millones de líneas (conjunto de las que están en servicio y las vacantes) tal como se hace en la resolución objeto de litigio, el resultado difiere de dividirlo por sólo 16 millones (total de líneas en servicio activo).

Hasta el acto impugnado, según las pruebas practicadas -y, en cierto modo, así lo viene a admitir la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuando afirma "a mayor abundamiento" que "de ser mayor el número de pares instalados que el considerado en anteriores ocasiones TESAU se habría estado beneficiando de una cuota superior a la que le hubiera correspondido"- la división del coste total se había hecho tomando



como divisor el número de líneas instaladas que daban servicio. Así se hizo en las revisiones correspondientes a los años 2002, 2004 y 2006, según se refleja en la prueba practicada. El cambio producido a finales del año 2008 obedecería al hecho de que "Telefónica de España, S.A.U." había dado la cifra de "pares totales" (incluidos los vacantes) en su respuesta al requerimiento hecho por la propia Comisión. Pero, como bien afirma la recurrente, no es imaginable que el organismo regulador desconociera en los años anteriores cuál era el número real de líneas telefónicas existentes en España, estuvieran en servicio o no, cuando las diferencias son de los millones antes apuntados.

El cambio de criterio, sin embargo, no sería de suyo reprochable pues, efectivamente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podía haber reconocido las deficiencias de sus cálculos precedentes y variar sus pautas contables. Lo que no puede es simultáneamente reivindicar que mantiene "el método usado en todas las anteriores ocasiones en que se ha revisado la OBA" y emplear un factor (el número de pares totales) que, al margen de las causas, propias o ajenas, por las que no lo hiciera, no fue el empleado en aquellas otras ocasiones.

B) Otro de los presupuestos básicos en que se basa el cálculo final del precio revisado es que sólo "Telefónica de España, S.A.U." debería correr con los costes de los pares vacantes pues, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución impugnada, "la razón de ser [de dichos pares vacantes] es la disponibilidad exclusiva para TESAU de tales recursos para la prestación futura de servicios a nuevos abonados finales (vacantes) y para el mantenimiento de la calidad de los servicios de sus abonados existentes (pares en reserva)". La prueba practicada, sin embargo, ha acreditado que los pares vacantes también están a disposición de los operadores alternativos, hasta el punto de que, en palabras literales (no contradichas por otras en sentido contrario) del perito, "[...] en la actualidad cerca del 50% de las altas de operadores alternativos mediante bucle desagregado se realizan sobre pares vacantes. Como se observa en la Tabla 5, en 2008 este porcentaje representó el 41,8% de las altas mediante acceso desagregado, y en los meses de enero a junio de 2009, aumentó hasta el 49,4%".

La disponibilidad de los bucles vacantes, los que no están en servicio, a favor de los operadores entrantes figuraba, por lo demás, en la oferta de referencia (OBA) aprobada por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

C) Tampoco da el organismo regulador respuesta satisfactoria a dos alegaciones, conexas, de "Telefónica de España, S.A.U." sobre el empleo de la metodología adoptada. No lo hace cuando prescinde, sin dar razón suficiente para ello, del método que preside la contabilidad de costes de "Telefónica de España, S.A.U.", tal como la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones exige a dicho operador, y acoge, a la vez, un método que en la demanda se denomina "extracontable" aun cuando en realidad se trata de otro más de los métodos, en principio admisibles, que pueden ser aplicados para fijar los diversos costes, y entre ellos las bases de la cuota mensual del bucle desagregado. Es cierto que el regulador puede emplear, a los efectos del cálculo del coste del suministro eficaz de los servicios, "métodos de contabilización de costes distintos de los utilizados por la empresa" ( artículo 13.2 de la Directiva de Acceso ), pero si él mismo impone estos últimos para que el operador con peso significativo en el mercado se atenga a ellos, sólo con una exigente motivación podrá prescindir de su aplicación ulterior.

Tampoco hay una explicación suficiente, en términos de razonabilidad, sobre el hecho de que para la valoración del coste de unos mismos elementos de la red, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llegue a "resultados distintos en función del servicio al que esos costes se van a aplicar", conclusión que obtiene el informe pericial -que la tacha de "inconsistente"- al referirse al coste "de la acometida convencional, de la infraestructura de pares de cobre y del 50% del repartidor principal (es decir, exactamente los mismos elementos do red)", como factores divergentes "en función de si se trata del alquiler de bucle desagregado o de otros servicios."

D) Aun cuando obviamente no se pueda reprochar al organismo regulador, en el momento temporal en que adopta la resolución impugnada, la falta de utilización de datos contables referidos al ejercicio 2009, lo cierto es que en el proceso de instancia se aportó un segundo informe pericial para corroborar las alegaciones -estas sí presentes en la fase administrativa- a tenor de las cuales el precio fijado de 7,79 euros mensuales provocaría pérdidas al operador a quien se imponía.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no llega en ningún momento a afirmar que sea legítima una fijación del precio que provoque pérdidas al operador histórico. Siendo ello así, si el nuevo informe pericial se basaba en la contabilidad de "Telefónica de España, S.A.U." del año 2009 (el primero en el que se aplicó aquella cuota mensual) tal como había sido auditada y presentada al organismo regulador, para demostrar que generaba pérdidas, constituye un elemento de convicción adicional, incorporado al litigio, que unido a los



demás contribuye a poner de relieve la falta de ajuste del precio final al criterio rector que ha de inspirar su fijación.

De hecho, aun cuando sea también *a posteriori* -y por tanto, no se pueda traducir en un argumento decisorio- la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones revisaría ulteriormente al alza, sobre la base de los resultados de la contabilidad de costes de "Telefónica de España, S.A.U." referidos al ejercicio 2008, la cuota mensual del par en acceso completamente desagregado. El precio fijado tras la revisión objeto del presente litigio sería, pues, el más bajo en una serie descendiente que vuelve a ascender tras la revisión de la contabilidad correspondiente el año 2008. Ciertamente que en último este fenómeno han podido influir modificaciones en la metodología de costes, partiendo de unos resultados contables que proporcionen una información convenientemente desglosada, pero ello no empece a la realidad de que un mismo fenómeno recibe respuestas no coherentes entre sí.

**Sexto.** - La conclusión de cuanto se deja expuesto es que, conforme a las pruebas practicadas en su contraste con la resolución objeto de litigio, el cálculo del precio fijado por el organismo regulador en su resolución de 28 de noviembre de 2008 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". En ese mismo sentido, debemos declararlo no conforme a Derecho, lo que obligará a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a sustituirlo por otro más ajustado a las cifras contables (esto es, de costes) y a aquel criterio.

Como límite inexorable del obligado proceso de re-cálculo figura que el precio fijado por la futura resolución -en sustitución de la ahora anulada- no supere al establecido en ésta, lo que supondría una inadmisibles *reformatio in peius*. Salvado ese límite, el organismo regulador recupera su capacidad de concretarlo, a cuyo efecto podrá, fundadamente y en términos de coherencia, tanto variar el numerador de los componentes de costes (al que se refería en su voto discrepante uno de los vocales de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que daba la razón a "Telefónica de España, S.A.U." en cuanto al denominador, la suma de pares en servicio más los vacantes) como el propio denominador. Y podrá asimismo tomar en consideración que la recurrente propugnaba "no que el coste de los pares vacantes sea soportado sólo por los otros operadores" sino que lo fuese por "Telefónica de España, S.A.U." y por aquéllos en una determinada proporción (a su entender, ochenta a veinte). Podrá asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya que dispone de ellos retrospectivamente, utilizar los datos "reales" de la contabilidad de "Telefónica de España, S.A.U." referida el año 2008, como ejercicio previo al de aplicación de la cuota que en este proceso es analizada.»

Y se trata ahora de averiguar si aquélla resolución administrativa de 24 de noviembre de 2015 (y los autos que la confirmaron) se ajustan o no a la sentencia que acabamos de transcribir.

**QUINTO.**- Pero antes de abordar esa operación, hemos de hacer unas precisiones, que son:

1ª.- En lo que aquí importa, (y salvo lo que luego se dirá respecto de los pares vacantes) la sentencia del Tribunal Supremo revocó la de instancia por falta de motivación, porque no contenía "*una respuesta más detallada, favorable o desfavorable, de la Sala, cuyo juicio global al respecto (...) no satisface en su integridad las exigencias procesales correspondientes*". En consecuencia, el motivo acogido por el Tribunal Supremo que determinó la revocación de la sentencia se limitaba a "aspectos procesales" (es decir, falta de motivación), como correspondía al primer motivo alegado por la parte recurrente, utilizado por el cauce del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, y no el cauce del d).

2ª.- La segunda precisión es la de que aquí no tenemos que juzgar la conformidad o disconformidad a Derecho de la nueva resolución administrativa, sino simplemente si se ajusta o no a lo que dispuso la sentencia, ( artículo 87.1.c] de la Ley Jurisdiccional 29/98). Si se ajusta, o simplemente no la contradice, la resolución administrativa y los autos que la confirman, habrán de ser confirmados. O revocados, en la hipótesis contraria.

3ª.- Por ello, hemos de averiguar qué es lo que dispuso la sentencia del Tribunal Supremo, lo cual tiene un alcance decisivo, porque se refiere directamente a lo que haya de entenderse por voluntad del Tribunal Supremo cuando dictó aquella resolución.

Esa voluntad se encuentra manifestada a modo de colofón, en el primer párrafo de su fundamento de Derecho sexto, que dice literalmente así:

**"Sexto.** - La conclusión de cuanto se deja expuesto es que, conforme a las pruebas practicadas en su contraste con la resolución objeto de litigio, el cálculo del precio fijado por el organismo regulador en su resolución de 28 de noviembre de 2008 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". En ese mismo sentido, debemos declararlo no conforme a Derecho, lo que obligará a la Comisión del Mercado de las





Telecomunicaciones a sustituirlo por otro más ajustado a las cifras contables (esto es, de costes) y a aquel criterio.

Como límite inexorable del obligado proceso de re-cálculo figura que el precio fijado por la futura resolución -en sustitución de la ahora anulada- no supere al establecido en ésta, lo que supondría una inadmisibile *reformatio in peius*. Salvado ese límite, el organismo regulador recupera su capacidad de concretarlo, (...)."

La frase más importante de ese párrafo es la de que la resolución que se examinaba "no ha arrojado un resultado fiable", es decir, no se declara que su resultado sea o no conforme a Derecho, sino que "no es fiable", es decir, que le faltan razones que la fundamenten, y por ello llega a decir que «(...) *salvado ese límite, el organismo regulador recupera su capacidad de concretarlo, a cuyo efecto podrá, fundadamente y en términos de coherencia, tanto variar el numerador de los componentes de costes (al que se refería en su voto discrepante uno de los vocales de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que daba la razón a "Telefónica de España, S.A.U." en cuanto al denominador, la suma de pares en servicio más los vacantes) como el propio denominador. Y podrá asimismo tomar en consideración que la recurrente propugnaba "no que el coste de los pares vacantes sea soportado sólo por los otros operadores" sino que lo fuese por "Telefónica de España, S.A.U." y por aquéllos en una determinada proporción (a su entender, ochenta a veinte). Podrá asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya que dispone de ellos retrospectivamente, utilizar los datos "reales" de la contabilidad de "Telefónica de España, S.A.U." referida el año 2008, como ejercicio previo al de aplicación de la cuota que en este proceso es analizada.*»

Y es a la luz de esa conclusión como ha de leerse la sentencia entera del Tribunal Supremo, (repetimos, salvo lo atinente a los pares vacantes, que luego examinaremos) para concluir que la nueva resolución administrativa cumplirá lo dicho en la sentencia si el nuevo resultado que ofrece es fiable, es decir, resulta avalado por razones que lo motiven cumplidamente, que es lo único que en ejecución de sentencia puede ser controlado por esta Sala. Con aquélla salvedad de los pares, tiene razón el Sr. Abogado del Estado cuando en la página 33 de su oposición dice que *"la sentencia anulatoria no concluye si los criterios empleados para fijar el precio son correctos o incorrectos, sino que sólo manifiesta que la justificación dada para su empleo es insuficiente, a la luz de la crítica del recurrente"*, así como que (página 35) *"los motivos de la anulación de los precios son puramente formales, pudiendo haber tenido lugar una nueva fijación por exactamente el mismo importe, por exactamente los mismos criterios, siempre que se diera explicación suficiente a la incoherencia aludida"*.

**SEXTO.-** Concluyendo, para esta Sala los extremos que estudia en su fundamentación la sentencia de cuya ejecución se trata, no son órdenes a la Comisión para la configuración del precio, sino razones sobre extremos que evidencian la deficiente motivación de la resolución administrativa impugnada, (si bien volvemos a hacer una salvedad respecto de los pares vacantes).

Esta conclusión hace ineficaces los informes periciales de D. Enrique Cañizares de 30 de marzo de 2015 y 10 de febrero de 2016, que la entidad recurrente presentó con su demanda incidental, ya que los mismos parten de la base equivocada de que la sentencia a ejecutar estableció "una serie de criterios para el establecimiento de un nuevo precio", lo que, con la salvedad que luego se dirá, es producto de una equivocada interpretación de lo que dispuso aquélla sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014.

**SÉPTIMO.-** Sólo nos queda, pues, juzgar si la resolución administrativa que la Comisión adoptó en cumplimiento de la sentencia motiva o no aquéllos extremos cuya justificación la sentencia del Tribunal Supremo creyó insuficientes o poco fiables, lo que haremos a continuación.

**OCTAVO.-** En las páginas 14 y 15 de su escrito de interposición, "Telefónica de España S.A.U." expone lo que llama *"elementos reglados"* de la sentencia del Tribunal Supremo, (que ya hemos dicho que no son tales, sino sólo extremos de insuficiente justificación, con aquélla salvedad). Esos elementos son:

I. - La parte recurrente dice en los puntos i), iii) y iv) de aquéllas páginas que la resolución administrativa impugnada:

i) Establece un precio inferior al que resulta de la contabilidad de costes de Telefónica en cada uno de los años del periodo relevante.

iii) No aplica datos contables.

iv) Se aparta de la contabilidad de costes sin ofrecer una exigente motivación.

Acerca de todo ello, la Comisión da las siguientes razones:

### «111.3 Referencias de costes disponibles en la actualidad

Conforme al mandato de la sentencia, la CNMC debe ahora determinar un nuevo precio y demostrar que está adecuadamente orientado a costes, recogiendo las observaciones específicas del TS en relación a la



metodología de cálculo de la resolución anulada. Para ello, tal y como indica el TS, la CNMC puede examinar retrospectivamente la contabilidad de Telefónica correspondiente a 2008, cuyos resultados no estaban aún disponibles cuando la CMT aprobó la resolución anulada por la sentencia.

Asimismo, la CNMC puede utilizar un modelo de costes bottom-up bajo el estándar de costes incrementales a largo plazo (LRIC), herramienta de referencia en el cálculo de los precios orientados a costes en el ámbito internacional. Así, desde hace años 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 Europea de tarifas de terminación y viene a consolidarse para los precios de acceso en la Recomendación de la Comisión Europea relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes, 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.

La CNMC dispone de un modelo bottom-up que es acorde con los criterios de mejores prácticas internacionales para calcular los costes de prestación de los servicios de acceso. Bajo esta metodología, se modelizan los costes incrementales de capital y funcionamiento soportados por un operador hipotéticamente eficiente en la prestación de todos los servicios de acceso y añade un margen para la recuperación estricta de los costes comunes. Por lo tanto, el modelo bottom-up LRIC 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 serán calibrados, por otro lado, con información procedente de la contabilidad regulatoria de Telefónica correspondiente, de conformidad con los términos establecidos en la sentencia.

#### **111.3.1 Contabilidad de Telefónica**

En el marco de la obligación de ofrecer el acceso al bucle desagregado con precios orientados en función de los costes, impuesta a Telefónica en los análisis de los mercados 4 y 5 (actuales mercados 3a, 3b y 4), ésta dispone de un sistema de contabilidad regulatoria basado en su contabilidad financiera, atendiendo a los criterios y principios aprobados por esta Comisión.

Telefónica presenta anualmente a la CNMC los resultados de 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 el estándar de históricos en el ámbito de la fijación de los precios regulados.

A raíz de la revisión de los mercados 4 y 5 aprobada el 22 de enero de 2009, la CMT inició un proceso de modificación del sistema de contabilidad de costes de Telefónica con el fin de dotarlo de mayor transparencia. Entre otros objetivos, se buscaba lograr una información lo suficientemente desagregada que permitiera establecer una referencia clara para la fijación de los precios de los distintos servicios regulados por esta Comisión.

Telefónica presentó los primeros resultados desglosados para el servicio de alquiler del bucle en el ejercicio de 2008, que reflejaban un coste unitario de 9,14 €/mes. *La CMT va analizó la oportunidad de basar el precio regulado en los resultados de 2008 durante la tramitación de la revisión de precios que fue aprobada en abril de 2011.* Sin embargo, se hallaron ciertas limitaciones en la contabilidad (ver apartado 111.4.2.2 más adelante) que desaconsejaban su traslación directa al precio, esto es, *la contabilidad no garantizaba la adecuada orientación a costes del precio del bucle.*

A la vista de lo anterior, la CMT decidió apostar por el desarrollo de un modelo de costes bottom-up, con el fin de dotarse, a medio plazo, de una herramienta que proporcionase una referencia de costes precisa, fiable e independiente de los mencionados inconvenientes de la contabilidad regulatoria de Telefónica.

#### **111.3.2 Modelo de costes bottom-up**

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). Por lo tanto, sus resultados no tienen por qué estar alineados con los costes valorados a corrientes de la contabilidad de Telefónica, sino que precisamente permite obtener una aproximación alternativa a los costes de prestación eficiente de los servicios que ofrece la red de acceso.



La red de acceso del modelo, dimensionada eficientemente, debe atender la demanda real actual y la prevista a futuro sobre la red de Telefónica. Para ello, el modelo construye una red con la sobrecapacidad estrictamente necesaria para actuaciones de operación y mantenimiento (reserva técnica) y para atender la demanda futura (reserva económica) tanto de Telefónica como de los operadores alternativos.

Para obtener el coste unitario, el modelo distribuye los costes totales exclusivamente entre los accesos de cobre en servicio (y no entre el total de pares en servicio más pares vacantes), de igual manera que en la contabilidad de costes de Telefónica, lo cual es acorde con el criterio marcado por el TS. De este modo, en el modelo, Telefónica y los operadores alternativos comparten equitativamente, tal y como ordena la sentencia, los costes de los pares vacantes necesarios en una red de acceso eficiente.

En cuando al periodo temporal, 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.

#### **111.4.1 Criterio de reparto de los costes**

Un aspecto esencial del cálculo cuestionado por la sentencia es la aplicación de un factor divisor de 21 millones de pares instalados (pares activos y vacantes), en lugar de repartir los costes totales entre los 16 millones de pares en servicio.

Según lo expuesto en el apartado 111.1, la revisión de precios del bucle de 2008 se basó en la metodología recomendada por la consultora ELMCO para el cálculo del coste unitario del alquiler del bucle. Atendiendo a la metodología del estudio de costes de ELMCO, se consideró la planta de pares instalados como base de reparto de los costes de red, y no el número de bucles activos.

Ahora bien, a la vista de la sentencia, el mandato del TS es muy claro en cuanto a que la base de reparto de los costes totales deben ser necesariamente los pares en servicio y no los pares instalados, de manera que tanto Telefónica como los operadores soporten equitativamente los costes de los pares vacantes, al tratarse de un recurso que está a disposición de ambos, lo cual es puesto de manifiesto expresamente en la sentencia.

En consecuencia, para el cálculo objeto del presente expediente se prescinde del modelo de ELMCO, cuya metodología no es coherente con el mandato de la sentencia. Así, y de conformidad con lo establecido por el TS, se utilizarán retrospectivamente los datos verificados de la contabilidad para 2008. Teniendo en cuenta que en dicho ejercicio se abrió, por vez primera, el servicio de alquiler de bucle, se toman en consideración dichos datos".

Para el cálculo del precio esta Comisión utilizará, asimismo, el modelo bottom-up, herramienta que permite obtener una referencia precisa de los costes de la red de acceso, y que constituye un método idóneo para distribuir equitativamente entre Telefónica y los operadores los costes de los pares vacantes de una red eficiente.

En definitiva, para recalcular el precio anulado se procederá a examinar los resultados proporcionados por las principales herramientas manejadas por esta Comisión para la fijación de los precios mayoristas de acceso al bucle desagregado: *contabilidad de costes de Telefónica y modelo bottom-up de WIK*. Ambas herramientas de coste *utilizan el número de pares en servicio como base de reparto de los costes*, en línea con la observación formulada por el TS.

#### **111.4.2 Elección de la nueva metodología de costes**

El TS indica expresamente que la CNMC podrá utilizar los datos de la contabilidad de 2008 de manera retrospectiva para el nuevo cálculo del precio, pero no limita su potestad para examinar otras referencias, ni condiciona el resultado numérico concreto que debería arrojar el nuevo cálculo.

El TS se refiere en el punto C) a la insuficiente motivación que aportó la resolución para justificar la adopción de un precio distinto a los resultados contables de Telefónica, lo cual será tenido en consideración en el presente procedimiento.

Con carácter previo debe reseñarse que el marco comunitario vigente atribuye a las ANR competentes en materia de fijación de obligaciones un ampliomargen de apreciación a la hora de establecer los niveles de precios aplicables a las ofertas de referencia, con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo de los objetivos que diseñan las Directivas aplicables.

La Directiva Marco impone a las ANR, por un lado, la obligación de fomentar la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios





asociados (artículo 8). El alcance de esta obligación de fomento de la competencia ha sido interpretado en el ámbito relativo al ejercicio por la ANR de sus facultades de imposición de obligaciones (y en especial en lo relativo a la fijación de precios), en el sentido de que la intervención de la ANR en materia de fijación de precios lleva aparejada una amplia facultad de apreciación.

En este sentido, si bien la contabilidad de costes constituye un elemento central en los procedimientos de determinación de precios regulados, ello no implica que el precio adoptado por el regulador deba estar automáticamente predeterminado por sus resultados. Si éste fuera el caso, el regulador perdería su capacidad de valoración y ponderación de otros elementos de juicio, y su labor en el contexto de la fijación de precios se limitaría a la verificación anual de las cuentas presentadas por Telefónica. Por lo tanto, resulta claro que la contabilidad, si bien aporta una información muy valiosa, y que se toma en consideración en cumplimiento de lo dispuesto por el TS, no constituye una referencia vinculante de forma automática.

Ello, en primer lugar, porque dicha contabilidad no es un estudio preparado por terceros independientes, sino que es elaborada por Telefónica, aunque sea bajo el escrutinio del regulador, por lo que resulta imprescindible contrastar sus resultados con otras fuentes: referencias internacionales, recomendaciones europeas, estudios técnico-económicos de construcción de una red eficiente (*bottom-up*), estudios referenciados a los precios al por menor (*retail-minus*), o estudios híbridos que combinen elementos de los anteriores.

En segundo lugar, la contabilidad resulta condicionada por la operativa real de la red de Telefónica, en tanto que recoge su arquitectura y topología incluida la capacidad vacante y sus gastos de explotación, con todas sus posibles ineficiencias. Por el contrario, la legislación no se remite a los costes en que realmente haya incurrido Telefónica, sino que busca una referencia bien distinta: la del coste de suministro eficiente de los servicios o coste de prestación eficiente.

Ambos elementos (conveniencia de la utilización de otros métodos de cálculo y referencia de coste eficiente) se recogen en el artículo 11.4 del Reglamento de Mercados :

*"La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a los efectos del cálculo del coste de suministro eficiente de servicios, podrá utilizar sistemas o métodos de contabilización distintos de los utilizados por el operador, que tendrán en cuenta una tasa razonable de rendimiento de las inversiones efectuadas en función del riesgo asumido por aquél. Además, podrá requerir en cualquier momento al operador para que justifique, sobre la base de dichos sistemas, los precios que aplica o pretenda aplicar y, cuando proceda, exigirle su modificación."*

A su vez, la sentencia señala expresamente que, salvada la *reformatio in peius*, la autoridad reguladora recupera su capacidad de concretar el precio, siempre que lo haga de manera fundamentada<sup>28</sup>. Por lo tanto, la sentencia del TS confirma que la CNMC no está limitada por los resultados de la contabilidad de Telefónica a la hora de imponer los precios regulados de los servicios a este operador, aunque subraya que debe aportarse una "exigente motivación" si se decide recurrir a métodos alternativos.

Pues bien, debe destacarse que en este caso concreto concurren una serie de circunstancias específicas que abundan en la necesidad de confrontar la contabilidad de Telefónica con otras fuentes, en particular:

- La CNMC cuenta con el modelo *bottom-up* LRIC que suministra el coste de la provisión eficiente del servicio y constituye una herramienta esencial en el contexto de fijación de precios mayoristas.

- Entre 2008 y 2010 la contabilidad en corrientes arrojaba unos costes significativamente superiores a los del modelo y parecía apuntar hacia la consolidación de un nivel de costes del bucle por encima del precio entonces regulado. Sin embargo, la tendencia es claramente decreciente desde 2011, situándose en un nivel muy cercano a los resultados del modelo en 2013, como se verá a continuación, lo cual debe tenerse en consideración.

-La cuenta desglosada del servicio de alquiler del bucle fue implementada por primera vez en la contabilidad de 2008. Si bien ello supuso un avance importante con respecto a los ejercicios anteriores, persistían una serie de puntos de mejora muy relevantes que podrían llevar a la sobrevaloración del coste del servicio en dicho ejercicio.

-Las vidas útiles de los activos de la red de Telefónica han sido objeto de sucesivas revisiones, teniendo especial impacto en el precio del bucle las vidas útiles de obra civil y acometidas de cobre. Las citadas cuestiones se examinan en mayor detalle en los siguientes apartados.

En sus alegaciones al trámite de audiencia, Jazztel y Orange han señalado que la revisión con carácter retroactivo del precio debe sin duda tener en cuenta los resultados del modelo de costes al objeto de cumplir eficazmente la obligación de orientación a costes. Consideran estos operadores que el uso de la metodología *bottom-up*, con parámetros actualizados, se justifica tanto para eliminar las posibles ineficiencias del operador obligado, como para aislar las deficiencias del ejercicio de contabilidad de costes.



A juicio de Jazztel y Orange, cualquier actuación en otro sentido significaría el incumplimiento consciente de la obligación de orientación a costes. El uso de un modelo de costes que no estaba disponible en la fecha de aprobación de la resolución es análogo al empleo, permitido expresamente por el TS, de la contabilidad de 2008, que tampoco lo estaba entonces, en lugar de la contabilidad de 2006 inicialmente utilizada.

Por el contrario, Telefónica se opone a que la CNMC se base en un modelo que no existía en 2008. A juicio de Telefónica, el acto que se dicte ha de atender a las circunstancias concurrentes en el momento en que se dictó el anulado, sin valorar hechos posteriores, salvo que el TS lo autorice expresamente (como sí lo ha hecho con la contabilidad de 2008).

Esta Comisión entiende que la indicación del TS en relación a la utilización de la contabilidad de 2008 (cuya verificación se finalizó casi dos años más tarde que la resolución de precios anulada) está orientada a asegurar que la CNMC se dota de la información más actualizada y precisa que obre en su poder para el periodo objeto del presente expediente, aunque dicha información se haya obtenido a posteriori.

De igual modo, el modelo de costes bottom-up tampoco había sido desarrollado en la fecha de la resolución, sin embargo nada impide hacer uso del mismo, en contra de lo alegado por Telefónica, especialmente cuando se trata de una de las herramientas más potentes de que dispone el regulador en el ámbito de fijación de precios, y cumple con las mejores prácticas recomendadas y promovidas por la Comisión Europea. Por lo tanto, no solamente es legítimo, sino necesario, analizar también los resultados del modelo bottom-up si se desea establecer un precio correctamente orientado a los costes eficientes de producción con las debidas garantías, de conformidad con el mandato del TS.

#### **111.4.2.1 Resultados de contabilidad y modelo bottom-up**

La gráfica siguiente muestra los costes del servicio según la contabilidad de Telefónica bajo los estándares de corrientes e históricos y según el modelo bottom-up. Los resultados del modelo se presentan en la gráfica bajo dos supuestos de vidas útiles de obra civil y acometidas: las recomendadas por WIK (40 y 20 años) y las aprobadas actualmente para la contabilidad de Telefónica (40 y 10 años). También se han incluido los precios regulados en cada periodo.

(Existe un gráfico)

Como puede apreciarse, los precios regulados se sitúan siempre por encima de los costes arrojados por el modelo y superan holgadamente los costes de la contabilidad a históricos. Cabe señalar que la contabilidad a históricos guarda una relación muy directa con la contabilidad financiera de Telefónica, por lo que constituye un elemento muy relevante a la hora de valorar si el nuevo precio permite a Telefónica resarcirse de sus costes reales. Dicho aspecto, que es otro de los puntos problemáticos señalados en la sentencia del TS, se analizará con mayor detalle en el apartado 111.4.3.

Por otra parte, ya se ha señalado que los costes de la contabilidad tienden a disminuir desde 2011. Por el contrario, el modelo sigue una tendencia ascendente. Como consecuencia, contabilidad y modelo tienden a converger en 2013.

En definitiva, la contabilidad proporciona resultados más coherentes con los del modelo en los últimos dos ejercicios que en el periodo comprendido entre 2008 y 2011, y revela unos costes unitarios en clara tendencia decreciente actualmente pese a la progresiva reducción que se ha producido en el número de líneas activas desde 2008. En consecuencia, la confrontación del modelo con el histórico de resultados de la cuenta de la contabilidad de que se dispone a fecha de hoy apunta hacia una mayor solidez de los últimos resultados suministrados con respecto a los primeros.

#### **111.4.2.2 Limitaciones de la contabilidad de Telefónica**

En la antes mencionada resolución de revisión de precios de abril de 2011 ya se valoró la oportunidad de trasladar los resultados de la contabilidad de Telefónica para 2008 al precio regulado del alquiler del par desagregado, en vista de que por primera vez ésta presentaba alta y cuota mensual en cuentas separadas. No obstante, aunque la contabilidad de 2008 cumple con los principios y criterios generales exigidos por la CMT, durante la tramitación del expediente de precios se hallaron una serie de elementos que llevaron a extremar la prudencia y no configurar el precio directamente a partir de sus resultados.

En particular, los operadores formularon una serie de alegaciones en relación a aspectos específicos de la cuenta del alquiler del par desagregado que suponían un sesgo al alza de los costes reportados por Telefónica:

-Los sobrecostes derivados de la capacidad excedentaria de la planta de Telefónica, más allá de la necesaria para la operación de la red y la atención de la demanda prevista, y los costes asociados a los bucles que no



pueden desagregarse. La corrección de este efecto requiere un cambio de modelo de costes independiente de la tendencia estructural de crecimiento de la planta vacante de Telefónica, esto es, un modelo de costes LRIC.

-La doble imputación de costes que se produce al no detracer del coste contable del bucle desagregado todos aquellos costes asociados a actuaciones que Telefónica factura aparte a través de cuotas no recurrentes, como es el caso de las penalizaciones por avisos de avería improcedentes o "falsas averías". Por este motivo, la CMT obligó a Telefónica a proceder a la apertura de una nueva cuenta separada que recogiese los ingresos y costes de dicho concepto, cuenta que no fue implementada hasta el ejercicio contable correspondiente a 2011.

-En sus alegaciones al informe de audiencia del presente expediente, Orange alude a una serie de aspectos adicionales sobre los que alegó en su momento y que también supondrían, a su juicio, un sesgo al alza en los costes del bucle reflejados en la contabilidad, como son los índices de revalorización de activos, y el tratamiento en la contabilidad de las subvenciones para la construcción de red de acceso, de los costes de bucles interceptados por nodos y del coste neto del servicio universal.

La aprobación anual de la contabilidad regulatoria implica la declaración de conformidad, a nivel general, del sistema de contabilidad de Telefónica con los criterios establecidos por la CNMC. Pero el proceso de verificación normalmente conlleva una serie de requerimientos a Telefónica para que implemente modificaciones, mejoras y correcciones, a aplicar en ejercicios posteriores. Por tanto, la contabilidad regulatoria está sometida a un proceso constante de revisión y mejora con el fin de lograr una mayor precisión y fiabilidad de los resultados de sus cuentas, con especial atención a las que afectan a los servicios mayoristas regulados.

Un ejemplo es la referida apertura de la cuenta de falsas averías en 2011, pero pueden citarse también otras incidencias y aspectos susceptibles de mejora que tienen un potencial impacto en los resultados de la cuenta de alquiler del par desagregado. En algunos casos ha sido posible estimar el impacto de las incidencias y ajustar el resultado de la cuenta en el propio proceso de revisión, pero en otros casos la aplicación de las modificaciones requeridas se ha visto necesariamente relegada a ejercicios posteriores:

-En la revisión de la contabilidad de 2008 se llamó la atención sobre la imputación de los costes de activación en la cuota de abono. Como el operador ya abona estos costes a Telefónica a través de la cuota de alta regulada en la OBA, se estaba produciendo una doble imputación de costes. Por ello, se requirió a Telefónica computar estos costes en la cuota de conexión.

-En la revisión de la contabilidad de 2012 la CNMC formuló una importante objeción en relación al elevado grado de opacidad y la falta de transparencia de los costes de asistencia técnica -asociados a la actividad de los técnicos de Telefónica. Dichos costes representan un porcentaje muy significativo de los costes del servicio. En consecuencia, se requirió a Telefónica a que elaborase un estudio técnico para el ejercicio 2013, con el fin de verificar adecuadamente el reparto de dichos costes en cada fase del proceso de asignación.

-También en la revisión de la contabilidad de 2012 se observó que Telefónica venía atribuyendo los costes asociados a las bajas de accesos mayoristas a los servicios de alta y/o cuotas mensuales, por lo que se le requirió a Telefónica la implementación de una cuenta diferenciada para las bajas en el siguiente ejercicio.

En definitiva, desde su primera presentación en forma desagregada en la contabilidad de 2008, los resultados contables de la cuota de alquiler de bucle han sido objeto de sucesivos refinamientos y mejoras, lo cual viene a apoyar la potencial falta de fiabilidad de la cuenta en las primeras anualidades tras su incorporación al sistema contable.»

De esta forma, la CNMC justifica la necesidad de confrontar la contabilidad de Telefónica con otras fuentes (no confección de la contabilidad por terceros independientes, sino elaborada por la propia recurrente; necesidad de extremar la prudencia por existir elementos que suponían un sesgo al alza de los costes; sometimiento de la contabilidad a un proceso constante de revisión y mejora, etc.).

De esta manera, la nueva resolución incorpora la justificación que la sentencia del Tribunal Supremo echó en falta en estos extremos, y cumple con lo exigido en ella.

Para terminar este apartado, debemos hacer constar que aunque la sentencia habla en varias ocasiones de la utilización del criterio de "orientación a costes", dice muy claramente que el regulador puede emplear "métodos de contabilización de costes distintos de los utilizados por la empresa", pero advierte que si el regulador impone estos últimos para que el operador con peso significativo en el mercado se atenga a ellos, sólo con una exigente motivación podrá prescindir de su aplicación ulterior.

Pues bien, de 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 los pasajes de la resolución impugnada que acabamos de transcribir.



Por lo demás, ya ha dicho la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2016 (recurso de casación 2009/2014) que "procede subrayar que de las disposiciones invocadas no se desprende que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones no pueda ponderar diversos factores (además de la orientación a costes de los precios) para determinar los precios de las ofertas de referencia con el objetivo de lograr un desarrollo competitivo y eficiente de los servicios de telecomunicaciones (...)".

II.- Se alega también que la nueva resolución no imputa al precio a pagar por los operadores alternativos el coste de todos los pares vacantes de Telefónica, sino de una parte de los mismos. Esta materia merece un estudio especial, que haremos más tarde.

III.- Finalmente, se alega que la Comisión emplea una metodología distinta a la utilizada para fijar los precios de otros servicios que usan los mismos elementos de red.

La sentencia del Tribunal Supremo, además de referirse en general a esa alegación en la página 7, la concreta en las páginas 12 y 13, en un párrafo que comienza diciendo: "*Tampoco hay una explicación suficiente...*", lo cual demuestra que el Tribunal achacaba a ese trato diferente una falta de explicación, y no una disconformidad material a Derecho.

La nueva resolución contiene esa motivación en la página 33, donde dice lo siguiente:

«*Sobre el uso de la contabilidad para otros servicios*

Telefónica indica que no se subsana la inconsistencia relativa al uso de datos de la contabilidad, sin correcciones *ad hoc*, para fijar el precio de otros servicios que usan los mismos elementos de red que el bucle desagregado.

A la vista de esta alegación, debe matizarse que las cuentas correspondientes al servicio mayorista AMLT aún no estaban implementadas en la contabilidad de 2006. En 2008 la CMT decidió fijar la cuota mensual sobre la base de determinados componentes de red de las cuentas de costes unitarios de los servicios minoristas relacionados con el AMLT (servicio telefónico básico y acceso básico RDSI), a los que debían sumarse los costes comerciales y otros conceptos, que fueron extraídos de la cuenta del bucle desagregado y también del modelo extracontable de ELMCO. Por consiguiente, el precio del AMLT tampoco se obtuvo de forma directa de la contabilidad, sino mediante un cálculo específico a partir de ciertos datos de la misma y basado en los criterios que en aquel momento se consideraron más adecuados.

En todo caso, posteriormente la CNMC ha actualizado el precio del AMLT sobre la base del precio del alquiler del bucle en vigor -que a su vez está basado, entre otros aspectos, en el modelo bottom-up de WIK- para garantizar la coherencia entre los precios dos servicios mayoristas que utilizan los mismos elementos de la red de acceso. Cabe mencionar que, en su recurso a esta última resolución de precios del AMLT, Telefónica ha alegado justamente lo contrario, esto es, que resultaba arbitrario utilizar la referencia del servicio de alquiler del par desagregado para fijar la cuota del servicio de AMLT y que la CNMC relacionaba erróneamente ambos servicios.»

Esta es, pues, la explicación suficiente que la Sala echaba en falta.

**NOVENO.-** Queda por examinar el problema de la imputación de los costes de los pares vacantes, que es otro de los conceptos discutidos por la parte recurrente (páginas 15 y 21 a 24 del escrito de interposición).

La sentencia de cuya ejecución se trata dice a este propósito lo siguiente:

"B) Otro de los presupuestos básicos en que se basa el cálculo final del precio revisado es que sólo "Telefónica de España, S.A.U." debería correr con los costes de los pares vacantes pues, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución impugnada, "la razón de ser [de dichos pares vacantes] es la disponibilidad exclusiva para TESAU de tales recursos para la prestación futura de servicios a nuevos abonados finales (vacantes) y para el mantenimiento de la calidad de los servicios de sus abonados existentes (pares en reserva)". La prueba practicada, sin embargo, ha acreditado que los pares vacantes también están a disposición de los operadores alternativos, hasta el punto de que, en palabras literales (no contradichas por otras en sentido contrario) del perito, "[...] en la actualidad cerca del 50% de las altas de operadores alternativos mediante bucle desagregado se realizan sobre pares vacantes. Como se observa en la Tabla 5, en 2008 este porcentaje representó el 41,8% de las altas mediante acceso desagregado, y en los meses de enero a junio de 2009, aumentó hasta el 49,4%".

La disponibilidad de los bucles vacantes, los que no están en servicio, a favor de los operadores entrantes figuraba, por lo demás, en la oferta de referencia (OBA) aprobada por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones."





Lo que hace aquí el Tribunal Supremo (a diferencia de lo que, como hemos visto, ha hecho con el resto de los criterios) no es anular por falta de motivación, sino concluir que "la prueba practicada, sin embargo, ha acreditado que los pares vacantes también están a disposición de los operadores alternativos", de forma que la nueva resolución ha de pasar por esta afirmación, lo cual supone:

a) Que la nueva resolución administrativa ahora impugnada no cumple la sentencia en lo que respecta a la imputación de los costes de los pares vacantes, ya que ha descontado de los mismos los pares "ineficientes", cosa que la sentencia no dijo, pues se refirió a los pares vacantes, sin más; en ningún momento ha afirmado la Administración que la planta de Telefónica esté sobredimensionada.

b) Que, en consecuencia, el coste de los pares vacantes, 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.

En esta parte, habremos de anular la resolución administrativa impugnada, por no cumplirse debidamente en ese extremo la sentencia de cuya ejecución se trata.

**DÉCIMO.-** Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede realizar condena en las costas del mismo ( artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/98), ni procede realizarla respecto de las costas de instancia (artículo 139.1 de la misma).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **1º.-** Que declaramos haber lugar al presente recurso de casación nº 8/3251/2016 interpuesto por "Telefónica de España S.A.U." 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 nº 4689/2011 , autos que revocamos. **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, dictada en ejecución de la sentencia de este Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (casación nº 4689/2011 ), 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. **5º.-** No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN**  
.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.