



Roj: **SAN 4897/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4897**

Id Cendoj: **28079230082021100564**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/10/2021**

Nº de Recurso: **1042/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001042 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07212/2019

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

Procurador: SRA. ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL), VODAFONE ONO, S.A.U., ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil veintiuno.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **1042/2018**, interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. Robledo Machuca** y defendida por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado. Han sido partes codemandadas **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)** representada por el Procurador **Sr. Hidalgo Martínez** y defendida por Letrado; **VODAFONE ONO, S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. López Orcera**; y **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** representada por el Procurador **Sr. Alonso Verdu** y defendida por Letrado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Eugenio Frías Martínez**.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- In terpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

SEGUNDO.- La Administración demandada y ASTEL, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentaron escrito en el que alegaron los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

VODAFONE ONO, S.A.U. y ORANGE ESPAGNE, S.A.U no contestaron a la demanda.

TERCERO.- Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 27 de octubre del presente año, habiéndose deliberado conjuntamente con el recurso 911/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (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 periodo comprendido entre noviembre de 2008 y abril de 2011, que resuelve:

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

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

SEGUNDO.- Para la resolución del presente recurso debemos tener en cuenta los antecedentes de la resolución que se recurren.

-Resolución de 28 de noviembre de 2008.

Mediante resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), de fecha 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). En dicha resolución el número de pares contabilizado fue:

Total pares instalados 21.437.830

Pares en servicio 15.622.359

Pares vacantes 5.815.471

%vacantes 27,13%

Esta resolución fue anulada en los apartados A y B por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014, la referida sentencia tras señalar que "La prueba practicada, sin embargo, ha acreditado que los pares vacantes también están a disposición de los operadores alternativos...", en el Fundamento de Derecho Sexto dispone: "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, 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."

-Resolución de 24 de noviembre de 2015

Mediante resolución de 24 de noviembre de 2015 la CNMC procedió a la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo. Para ello se empleó el modelo de costes ascendente (*bottom-up*) bajo el estándar de costes incrementales a largo plazo (LRIC).

Dicha resolución fue objeto de incidente de ejecución, que fue resuelto, en última instancia, por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017. La sentencia estima en parte el incidente de ejecución, admitiendo el método empleado señalando que "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 (...)". En el Fundamento de Derecho Noveno señala:

"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".

En ejecución de la referida sentencia se dicta la resolución que es objeto del presente recurso. Para ello la resolución justifica el cálculo del nuevo precio en el apartado III.2.1, señalando:

"El modelo *bottom-up* empleado por la CNMC en la resolución de 2015 lleva a cabo el cálculo del coste unitario incluyendo todos los costes asociados a la red de acceso (formada por las líneas en servicio más un margen

adicional de reserva o vacancia), y distribuyendo dichos costes entre el número de líneas que se encuentran activas. Esto permite que el coste correspondiente a los pares vacantes se vea trasladado al coste unitario, y que por tanto sea repercutido a los operadores de forma proporcional (de acuerdo con el volumen de líneas desagregadas de las que hacen uso), como requieren los criterios establecidos por el TS.

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

- Pares vacantes considerados en el modelo bottom-up: 9,1%

- Pares vacantes según los datos de la resolución de 2008: 27,13%

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

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

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

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

TERCERO.- Telefónica en la demanda, tras recoger los antecedentes de la resolución recurrida, y las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, a las que hemos hecho referencia en el fundamento anterior, mantiene como motivos del recurso:

l) La Resolución Recurrida infringe los principios de objetividad, transparencia e interdicción de la arbitrariedad.

La Directiva 2002/21, que establece el marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco) y la Directiva 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso) permiten a las autoridades nacionales imponer obligaciones regulatorias a los operadores con peso significativo en el mercado (PSM), pero deben respetar los principios regulatorios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación (art. 8.5 Directiva Marco y art. 5 Directiva de Acceso). Dichos principios han sido recogidos en el art. 68.3 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGTel).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre el principio de transparencia en el Derecho de la Unión (precisamente en relación también con obligaciones regulatorias en el sector eléctrico), y su relación con la posibilidad de control judicial, ha señalado que se infringe este principio cuando la falta de información determina la imposibilidad de someter al control de los tribunales las decisiones de los órganos administrativos. Así puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010):

"Debemos insistir en que la falta de transparencia [...] origina que tales decisiones o las consecuencias o aplicación de las mismas no puedan ser debidamente controlables ante los tribunales por los sujetos afectados, lo que incumple las exigencias de la Directiva 2003/54/CE".

El texto de la Resolución Recurrida y la documentación obrante en el expediente administrativo no contienen la información necesaria para poder comprobar si la CNMC ha cumplido con la normativa de aplicación (la Directiva Marco, la Directiva de Acceso y la LGTel) y con el mandato del Tribunal Supremo y si se ha repartido el coste de todos los pares vacantes entre todos los operadores.

Como se explica en el Informe Pericial, con la información facilitada por el regulador, no es posible replicar los cálculos de la Resolución Recurrida y comprobar si son correctos.

El número total de pares y el número total de pares vacantes considerados por el modelo "bottom-up" a la hora de realizar sus cálculos aparece recogido en el "Módulo 2". A pesar de que el "Módulo 2" es el archivo esencial para conocer el número total de pares (en servicio y vacantes) que ha tomado en consideración la



Resolución Recurrída al realizar sus cálculos (ya que es elemento esencial para calcular la inversión total que ha de hacerse para construir esa red teórica), no ha sido aportado por la CNMC: ni se adjuntó a la Resolución Recurrída, ni se ha incorporado al expediente administrativo del presente procedimiento.

La CNMC se ha limitado a aportar a la Resolución Recurrída el "Módulo 3" del modelo "bottom-up" (que es el paso siguiente al "Módulo 2"). Una vez que el "Módulo 2" determina la inversión total necesaria para construir la red teórica eficiente de Telefónica, el "Módulo 3" tiene por finalidad "convertir en un coste anual o mensual la inversión total previamente estimada en el "Módulo 2", incluyendo el coste de capital (WACC), la evolución de la demanda y los costes operativos y comunes" (página 7 del Informe Pericial). Es decir, de ese "Módulo 3" y último ya se conocería el precio mensual de acceso al bucle desagregado. Por lo tanto, considerando aisladamente el "Módulo 3", es posible saber el precio mensual, pero no es posible saber el número de pares que se ha tomado en consideración.

Además, al tratar de descifrar los cálculos que realiza la CNMC en la Resolución Recurrída, el Sr. Perito se ha encontrado con un problema adicional (páginas 16-17 del Informe Pericial): los algoritmos ("macros") del modelo "bottom-up", que son los que permiten calcular los costes de la red a partir de las hipótesis que aparecen en los distintos módulos, están protegidos por una contraseña, "de tal forma que no se puede acceder a ellos ni modificarlos".

II) Los cálculos de la Resolución Recurrída incurren en incoherencias internas que no son admisibles e incumplen el mandato de la Sentencia del Tribunal Supremos de 2017.

El Anexo I de la Resolución Recurrída (páginas 14-16) trata de explicar las "modificaciones incorporadas al modelo bottom-up [empleado por la Resolución de la CNMC de 2015] para adaptar el margen de pares vacantes a lo exigido por el TS".

La CNMC no dice en ningún momento cuál es el número de pares totales instalados y de pares vacantes que ha empleado en sus cálculos. Para la CNMC, el dato clave es el llamado "factor I/S", que refleja la relación que existe entre los pares totales instalados y los pares en servicio.

La CNMC explica que ha tomado como punto de partida los datos de la Resolución de la CNMC de 2015, de los que resulta una vacancia del 9,09% y un "factor I/S" del 1,1 (i.e. los pares totales resultan de multiplicar los pares en servicio por 1,1).

Como el Tribunal Supremo dijo que había que considerar todos los pares vacantes, la CNMC toma en consideración el "factor I/S" que resulta de la Resolución Inicial del año 2008 (que es la que refleja la planta real de Telefónica).

Para calcular los pares instalados se aplica el factor I/S que resulta de la Resolución Inicial de 2008 al número de pares en servicio que figuran en la Resolución de 2015, y no (no sabemos por qué) al número de pares en servicio que figuraban en la Resolución Inicial de 2008 (que es ligeramente superior).

El Informe Pericial ha tratado de replicar los cálculos de la CNMC y, partiendo de los mismos datos que emplea el regulador (los de la Resolución de la CNMC de 2015 y los de la Resolución Inicial de 2008), ha realizado una por una todas las operaciones matemáticas que describe la CNMC en este Anexo I, de tal forma que el número total de pares que se considera es de 21.292.375, esto es, 145.455 pares menos que los 21.437.830 que contempla la Resolución Inicial de 2008 (red real de Telefónica).

El Informe Pericial alcanza la conclusión de que la Resolución Recurrída excluye indebidamente 145.455 pares de sus cálculos (sin mayores justificaciones) y hace soportar a Telefónica en exclusiva (y no al resto de operadores) el coste de estos 145.455 pares.

III) El nuevo precio que resulta de la Resolución Recurrída (7,82 €/mes) es irracional y desproporcionadamente bajo, con infracción del principio de orientación a costes.

El aumento del tamaño de la red en un 24,75% solo se traduce en un incremento de los costes del 4,71%.

La CNMC trata de justificarse en el Anexo I: lo achaca (sin aportar ningún dato que soporte su teoría) a la existencia de "economías de escala", por las que "el coste de los activos no evoluciona linealmente con respecto a la capacidad de las mismas".

El Informe Pericial (páginas 19-20) considera que esta justificación sobre las economías de escala "parece a priori poco plausible" y que, en todo caso, "su efecto sería en general poco significativo".

CUARTO.- He mos de resolver sobre si la resolución impugnada ha ejecutado correctamente la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017, de forma que "el coste de los pares vacantes, de todos los pares vacantes, ha de repartirse entre Telefónica y los otros operadores".



Se mantiene como primer motivo del recurso la vulneración de los principios de objetividad, transparencia e interdicción de la arbitrariedad. Dicha afirmación se sustenta en el informe pericial que aporta, cuya conclusión segunda indica:

"La documentación aportada por la CNMC y que se encuentra en el expediente administrativo y la información pública disponible no permiten determinar cuál es el número de pares instalados y vacantes efectivamente considerados en el cálculo de la nueva cuota de 7,82 euros mensuales. Así, el archivo de Excel aportado por la CNMC se corresponde con el Módulo 3 del modelo WIK. Dicho módulo no muestra las hipótesis sobre la proporción de pares vacantes que se han considerado en el cálculo, que se introducen en el Módulo 2 del modelo, es decir, en un paso previo al Módulo 3 que aporta por la CNMC, al añadir al número de líneas en servicio consideradas el porcentaje de "reserva económica" de la red. Esto implica, a su vez, que no resulta posible tampoco comprobar si efectivamente se ha repartido el coste de todos los pares vacantes entre Telefónica y los operadores alternativos, de acuerdo con lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo. Por otra parte, tampoco resulta posible replicar los cálculos de la CNMC ni comprobar si son correctos con la información disponible. Esto se debe principalmente a que los algoritmos utilizados por el modelo WIK para calcular el coste de la red a partir de las diferentes hipótesis consideradas se encuentran protegidos por una contraseña y no resultan accesibles para el usuario".

Sobre la insuficiencia de documentación de la resolución y el expediente, el Abogado del Estado sostiene, como lo hizo la resolución recurrida en el anexo 2 al dar respuesta a la alegación de telefónica que "se trata de un modelo de costes que Telefónica ha podido conocer en profundidad tras haber tenido acceso a él en repetidas ocasiones: en un proceso de consulta pública en los meses de abril y mayo de 2012, en el procedimiento de fijación del precio resuelto en julio de 2013 y en el marco de la Resolución de 2015 de ejecución de la Sentencia del TS. Además, el modelo y su documentación explicativa han estado disponibles desde 2013 en la página web de esta Comisión", lo que le ha permitido conocer las características del modelo bottom-up empleado. Señala que la correcta incorporación del margen de vacancia exigido por el Tribunal Supremo, puede apreciarse de los cálculos incluidos en el Anexo 1 de la resolución y del denominado módulo 3.

A pesar de falta del módulo 2, denunciada, y apreciada por el perito, y que no ha sido desmentida en la contestación a la demanda de la Administración. No podemos compartir la afirmación de la parte de que no resulta posible conocer el número total de pares (en servicio y vacantes) que ha tomado en consideración la Resolución recurrida, por cuanto dichos pares resultan de los cálculos contenidos en el Anexo I de la resolución. El propio dictamen pericial aportado, antes de poner de manifiesto la falta de documentación, efectúa un análisis de los pares vacantes de la red tenidos en cuenta y determina su número, poniendo de manifiesto la diferencia entre los pares tenidos en cuenta según el modelo y los realmente existentes, supuesto que analizaremos en el siguiente fundamento.

Hemos de destacar, que la sentencia de 16 de noviembre de 2017 del Tribunal Supremo, que se ejecuta con la resolución recurrida, estimó correcto la aplicación del modelo bottom up, y que su aplicación se encontraba suficientemente motivado, limitándose la estimación a que para el cálculo del precio de la cuota mensual de prolongación del par de acceso totalmente desagregado, correspondiente al ejercicio 2008, el coste de todos los pares vacantes se repartiera entre Telefónica y los otros operadores en proporción a los pares que tiene en servicio cada operador.

QUINTO.- Debemos resolver si la resolución impugnada cumple correctamente con la sentencia del Tribunal Supremo, de tener en cuenta todos los pares vacantes.

El anexo I de la resolución se establece:

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

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

Total pares instalados 17.067.414

Pares en servicio 15.515.831

Pares vacantes 1.551.583

%vacantes 9,09%

Relación instalados/en servicio (I/S) 1,1000



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

Total pares instalados 21.437.830

Pares en servicio 15.622.359

Pares vacantes 5.815.471

%vacantes 27,13%

Relación instalados/en servicio (I/S) 1,3723

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

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

Así para calcular los pares instalados se aplica el factor I/S que resulta de la resolución de 2008, al número de pares en servicio que figuran en la resolución de 2015.

De dicha forma de proceder, el dictamen pericial calcula que el total de pares instalados resultante sería de 21.292.375, que es el resultado de multiplicar los pares en servicio tenidos en cuenta en la resolución de 2015 por el factor I/S 1,3723 de la resolución de 2008.

Si los pares reales existentes eran los recogidos en la resolución de 2008, como se reconoce en la propia resolución impugnada, resulta una diferencia de 145.455 pares instalados que no han sido considerados en la resolución para la fijación del precio.

Se constata, pues, por el perito de la actora, que no se ha tenido en cuenta el total de pares instalados para la determinación de la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado. El hecho de no haberse tenido en cuenta el total de pares instalados, aparece explícitamente reconocido en el Anexo I al señalarse "lo que ha permitido modelar un número total de pares instalados equiparable al que presente la red de Telefónica".

El Abogado del Estado en la contestación reconoce que la cifra de pares instalados es ligeramente inferior al dato de 2008, justificando el proceder en que " el modelo bottom-up se ha mantenido inalterado en número de pares en servicio, que también es inferior en la misma proporción. La modificación de este parámetro para que coincidiera exactamente con el valor indicado por Telefónica era inviable. Habría conllevado cambios estructurales en el modelo de gran complejidad, y su incorporación no se ha considerado necesaria puesto que la diferencia que implica a efectos de cálculo de la cuota es totalmente inapreciable".

De lo expuesto resulta, que no se ha ejecutado de forma correcta la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017, en cuyo fallo de forma expresa establecía "Declaramos que en el cálculo del precio de la cuota mensual de prolongación del par de 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", así en lugar de tener en cuenta la cifra total de pares vacantes, como exigía la sentencia, se ha efectuado el cálculo a partir de un cifra teórica de pares en servicio a partir del modelo bottom-up. La dificultad de incorporar los datos reales de pares existentes en el modelo, no justifican la ejecución de la sentencia de forma distinta a lo en ella dispuesto. Por último, hemos de señalar, que no se ha acreditado la afirmación de que el modo de proceder de la CNMC no tiene impacto en la determinación del precio fijado, no constando prueba alguna al respecto, al margen de la alegación efectuada por el Abogado del Estado. Por el contrario, en el dictamen pericial se cuantifica el coste para Telefónica de dichos pares en 8.149.506,95 euros anuales, 19.015.516,21 euros de coste agregado para el periodo en el que se aplicaría la nueva cuota.

Por, todo lo expuesto el recurso debe ser estimado, debiéndose proceder a ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo aprobando un nuevo precio mensual por el acceso desagregado al bucle de abonado de Telefónica durante el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2008 y el 7 de abril de 2011, tomando como



referencia el número de pares totales (21.437.830) y pares vacantes (5.815.471) de la red real de Telefónica, que aparecen recogidos en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008, sin que el precio que se fije pueda ser inferior a los 7,82 euros establecidos en la resolución que anulamos.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la Administración demandada.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero que anulamos, reconociendo el derecho a que se apruebe un nuevo precio mensual por el acceso desagregado al bucle de abonado de Telefónica durante el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2008 y el 7 de abril de 2011, tomando como referencia el número de pares totales (21.437.830) y pares vacantes (5.815.471) de la red real de Telefónica, que aparecen recogidos en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de noviembre de 2008. Con imposición de costas a la Administración demandada.

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 del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.