

RESOLUCIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2014 EN RELACIÓN AL PRECIO DEL BUCLE DESAGREGADO APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2008.

OFE/DTSA/024/15/EJECUCIÓN SENTENCIA PRECIO BUCLE

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Barcelona, a 24 de noviembre de 2015

Visto el expediente relativo a la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 en relación al precio del bucle desagregado aprobado mediante resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Resolución de revisión de precios de 28 de noviembre de 2008

Mediante resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en lo sucesivo, CMT), de fecha 28 de noviembre de 2008¹, se procedió a la revisión de determinados precios de las Ofertas de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), sobre la base de los resultados de la contabilidad de costes de esa operadora correspondientes al ejercicio 2006 y verificados por la CMT².

¹ Resolución, de 28 de noviembre de 2008, sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (expediente DT 2008/877).

² Resolución, de 18 de marzo de 2008, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2006 (expediente AEM 2008/58).

En particular, en su resuelve primero la citada resolución de revisión de precios estableció una nueva cuota mensual de 7,79 euros para los bucles desagregados:

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

El citado precio tuvo vigencia, de conformidad con lo estipulado en el resuelve tercero de la mencionada resolución desde su fecha de aprobación (el 28 de noviembre de 2008) hasta el 7 de abril de 2011, fecha de aprobación de la siguiente revisión de precios³.

Segundo.- Recurso de reposición

Con fecha 12 de marzo de 2009 la CMT resolvió desestimar los recursos de reposición presentados por France Telecom España, S.A. y Telefónica contra la citada resolución de 28 de noviembre de 2008.

Tercero.- Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2011

Telefónica interpuso recurso contencioso-administrativo contra la mencionada resolución de la CMT ante la Audiencia Nacional, centrándose los motivos de la demanda, en síntesis, en que el precio de la cuota mensual del bucle desagregado había sido indebidamente calculado por la CMT, infringiendo el artículo 13 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (extendiéndose en su informe de parte, en la naturaleza de la contabilidad de costes, su aplicación al caso y cuestionando la metodología utilizada por la CMT).

Por otro lado, Telefónica cuestionaba la fecha de eficacia del acto administrativo, efectuando una interpretación del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC), favorable a su tesis, relativa a la improcedencia de una aplicación retroactiva.

La Audiencia Nacional desestimó íntegramente el recurso interpuesto por Telefónica en su sentencia de 17 de mayo de 2011.

Cuarto.- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014

La sentencia de la Audiencia Nacional fue recurrida en casación por parte de Telefónica (número de recurso 4689/2011), y casada mediante sentencia de 18 de noviembre de 2014 en la que se anulan, por su disconformidad a Derecho, los siguientes apartados del acto impugnado:

³ Resolución, de 7 de abril de 2011, sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (DT 2010/1275).

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

La principal conclusión de la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) es que el cálculo de la resolución recurrida no arroja un resultado fiable que pueda ser considerado como plenamente acorde con el criterio de la orientación a costes y por ello lo declara no conforme a Derecho. En consecuencia, la sentencia obliga a esta Comisión a sustituirlo por otro más ajustado a las cifras contables y al criterio de orientación a costes.

El TS impone como único límite que el nuevo precio que esta Comisión calcule en sustitución de la resolución anulada no conlleve una *reformatio in peius*⁴. Por lo demás, la sentencia señala que la CNMC recupera su capacidad de concretar el precio, pudiendo variar, tanto los elementos de costes considerados, como el número de pares sobre los que se distribuyen dichos costes. Indica también la sentencia que la CNMC podrá tener en cuenta las consideraciones de Telefónica respecto a cómo deben distribirse los costes de los pares vacantes y, por último, se autoriza la utilización de los datos de la contabilidad de Telefónica, referida al año 2008, dado que esta Comisión ahora ya dispone, retrospectivamente, de los datos de la contabilidad correspondiente a dicho ejercicio.

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

Con fecha 19 de enero de 2015, a la vista de lo dispuesto en los artículos 103 a 113 de la Ley 29/1998, de 10 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) que regulan la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo, se comunicó a los interesados el inicio de la tramitación del presente procedimiento de ejecución de lo dispuesto en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2014.

Sexto.- Incidente de ejecución de sentencia planteado por Telefónica ante la Audiencia Nacional

El 7 de mayo de 2015 tuvo entrada en el registro de la CNMC un Oficio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional de fecha 27 de abril de 2015, en el que se requiere a esta Comisión que informe sobre las medidas adoptadas para la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo.

⁴ El tenor literal de la expresión del Fundamento Sexto de la sentencia del Tribunal Supremo es que “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*.”

La CNMC contestó a la Sala de la Audiencia Nacional mediante escrito de fecha 27 de mayo de 2015, indicando que el procedimiento se había iniciado el 19 de enero de 2015 y se encontraba en fase de tramitación, realizándose por parte de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) todos los cálculos y comprobaciones necesarias para poder formular el nuevo precio.

Asimismo, se informó a la Sala de que la ejecución de la sentencia debe realizarse necesariamente mediante un procedimiento contradictorio, puesto que se modifican los criterios técnicos adoptados en la resolución de 2008 y el nuevo precio es susceptible de afectar a los intereses económicos de terceros, además de Telefónica.

Séptimo.- Trámite de audiencia

El 14 de septiembre de 2015 la DTSA emitió informe y se abrió el trámite de audiencia. Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel), Orange Espagne, S.A. (en adelante, Orange), Telefónica y Vodafone España, S.A.U., Vodafone ONO S.A.U. y Tenaria, S.A. (en adelante conjuntamente referidas como Vodafone) han presentado alegaciones en el plazo establecido a tal efecto.

El Anexo contiene un resumen del contenido de dichos escritos.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

II.1 Habilitación competencial y objeto del procedimiento

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el organismo competente para dar cumplimiento al Resuelve Segundo del Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 18 de noviembre de 2014, de conformidad con el artículo 104.1 de la LJCA, al ser el órgano que ha sucedido en sus funciones regulatorias a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones⁵, que fue el órgano que dictó la Resolución que anula parcialmente la citada Sentencia, en relación con la determinación de la cuota mensual de prolongación del par en acceso completamente desagregado.

En concreto, el órgano de la Comisión competente para resolver sobre esta materia es la Sala de Supervisión Regulatoria, de acuerdo con lo establecido

⁵ La Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y la sucesión por aquella en el ejercicio de las funciones de ésta.

La Disposición Transitoria Quinta de la misma Ley 3/2013 añade que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013 continuarán tramitándose por los órganos a los que la misma Ley 3/2013 atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

en el precitado artículo 104.1 de la LJCA y en los artículos 20.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Constituye el objeto del presente procedimiento, por tanto, recalcular el precio de la cuota de alquiler del par desagregado que fue aprobada en la resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008 y tuvo vigencia hasta la siguiente revisión de 7 de abril de 2011, importe que, de conformidad con el referido fallo, será de aplicación desde el día siguiente a la fecha de notificación de la Resolución recurrida (11 de diciembre de 2008) hasta el 7 de abril de 2011, momento en el que se aprobó la siguiente revisión de precios de las Ofertas de Telefónica.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

III.1 Metodología de cálculo utilizada en la resolución anulada

La resolución de la CMT de 28 de noviembre de 2008 se basó en el estudio de la consultora ELMCO⁶ para la determinación del precio del alquiler del par completamente desagregado, siguiendo idéntica metodología que en las dos revisiones precedentes de 2004⁷ y 2006⁸.

La última contabilidad verificada en la fecha de la resolución correspondía al ejercicio 2006. Dicha contabilidad contenía una cuenta con los costes unitarios del servicio de alquiler del bucle desagregado. No obstante la CMT decidió descartarlos y basarse en el modelo de ELMCO, debido a que la cuenta adolecía de problemas muy relevantes que sesgaban significativamente al alza su valor.

En concreto, la cuenta no estaba lo suficientemente desagregada, pues incluía también los costes asociados a las altas y bajas de pares⁹, los cuales ya le son resarcidos a Telefónica a través de otras cuotas específicas no recurrentes estipuladas en la OBA. Por consiguiente, la fijación del precio según la contabilidad hubiera conllevado una doble imputación de dichos costes a los operadores alternativos.

Además, la citada cuenta de la contabilidad de Telefónica distribuye los costes entre los pares en servicio cuyo número es inferior al de pares instalados, lo

⁶ ELMCO Consultores Asociados, S.L.L.

⁷ Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U.

⁸ Resolución de 14 de septiembre de 2006, sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U.

⁹ Páginas 9-10 de la resolución de precios de 2008: *“Sí es cierto que la contabilidad presenta el acceso desagregado al bucle como servicio desglosado, pero ese resultado no puede utilizarse como pretende TESAU. El mero hecho de no desglosar los costes ligados a las actuaciones de conexión y baja y otras actuaciones no recurrentes, de los costes subyacentes de la cuota mensual hace muy discutible el resultado por su sesgo en el sentido de sobreestimar los costes correspondientes.”*

cual resultaba incompatible con el criterio seguido hasta entonces por la CMT de repartir los costes entre los pares instalados¹⁰ y hubiera tenido como consecuencia la repercusión a los operadores alternativos de unos costes derivados de la capacidad vacante en exceso de la planta de Telefónica¹¹.

A continuación se describe el procedimiento de cálculo empleado en la resolución que llevó a la determinación de una cuota de 7,79€/mes para este servicio:

- 1) Se suman los costes de las componentes de red acometida, cable de pares y repartidor principal¹² de la contabilidad de Telefónica para 2006.
- 2) El coste total resultante se divide entre el número total de pares instalados de Telefónica, obteniéndose así el coste unitario asociado a los componentes de red.
- 3) Se añaden otros conceptos (facturación, gestión comercial, establecimiento y mantenimiento de bases de datos y sistema informático SGO y costes comunes), cuyas cuantías fueron calculadas por ELMCO.

Para el cálculo del coste unitario, en las revisiones de 2004 y 2006 la CMT había tomado directamente la cifra de pares instalados comunicada por Telefónica en el contexto de los informes anuales. En la revisión de 2008 la CMT siguió idéntica metodología que en las anteriores revisiones, consistente en repartir los costes entre los pares instalados, pero decidió recurrir a una fuente distinta que consideró más fiable (requerimiento específico)¹³ para obtener el dato actualizado de número de pares instalados.

III.2 Aspectos de la resolución cuestionados por la sentencia

La sentencia reconoce que las funciones regulatorias de la CMT la legitiman para fijar el precio final del alquiler del bucle que han de satisfacer los operadores alternativos, siempre y cuando su decisión se atenga a las pautas legales establecidas.

En el tercer fundamento, el Tribunal Supremo indica que la Audiencia Nacional debió haber efectuado un análisis exhaustivo de la prueba pericial presentada

¹⁰ Página 10 de la resolución: “*Tampoco es coherente la asignación de costes de la contabilidad con el criterio de la CMT de reparto de los costes teniendo en cuenta los pares instalados, por lo que su resultado no resulta válido a menos que se realicen ajustes análogos a los cálculos del estudio de ELMCO*”.

¹¹ Página 11 de la resolución: “*Sólo puede concluirse que el servicio mayorista de acceso desagregado no es el causante de ese coste ligado a la infraestructura vacante y debe imputársele el coste unitario que se obtiene al considerar todos los pares instalados y no sólo los que se encuentran en servicio.*”

¹² Sólo se tiene en cuenta el 50% del coste total del componente, debido a que sólo se hace uso del lado vertical del repartidor (el par de cobre se conecta siempre al lado vertical del repartidor principal, donde mediante el correspondiente montaje de puentes se conecta al tendido de cable interno/externo que lo une a la red del operador).

¹³ Requerimiento efectuado en el marco del expediente DT 2008/196 (Resolución de 2 de abril de 2009, sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en aspectos relacionados con el nivel de calidad del servicio de prolongación del par).

por Telefónica¹⁴, único medio procesal, según el Tribunal Supremo, de desvirtuar las conclusiones del organismo regulador a su vez basadas en informes de carácter económico y contable elaborados por otras empresas de consultoría privadas.

En opinión del TS, debió haberse tenido en cuenta el cambio de la metodología de costes empleada en la Resolución de la CMT, con respecto a la utilizada por el organismo regulador en otras anualidades previas, metodología en la que, a juicio del TS, por primera vez se computaban las líneas vacantes y no solo las líneas en servicio. La sentencia señala también el hecho de haber usado un método de cálculo distinto al exigido por la propia CMT a Telefónica, que dio como resultado un precio que conllevó pérdidas por el alquiler del par de cobre, según las estimaciones de la propia Telefónica.

En el fundamento cuarto, el TS aborda el necesario respeto por parte del regulador del principio general de “orientación a costes”, inserto en las normas nacionales sectoriales de telecomunicaciones y de la Unión Europea. En este sentido, señala que las decisiones de las ANR¹⁵ sobre esta materia constituyen apreciaciones complejas y que la introducción de cambios en las ofertas de referencia debe efectuarse por la ANR “*cargándose de razón*”.

Así, el TS argumenta que, aun cuando corresponde al operador la prueba de que sus cuotas se han determinado en función de los costes incluyendo una tasa razonable de rendimiento de la inversión, corresponde a las ANR poner de relieve, mediante otras pruebas, el error o los defectos de cálculo presentes en la propuesta del operador.

En el fundamento quinto la sentencia indica los criterios y elementos concretos del procedimiento de cálculo utilizado por la CMT que deberían ser objeto de revisión¹⁶. En particular, se cuestionan los siguientes aspectos:

- A) El factor divisor de 21 millones (número total de pares vacantes y en servicio) empleado para el cálculo del precio, en lugar de los 16 millones de líneas en servicio. Se indica que ello supone un cambio de criterio respecto a ejercicios anteriores, con independencia de las causas que llevasen a la CMT a la adopción de dicho factor.
- B) El supuesto asumido por la CMT de que los pares vacantes están disponibles exclusivamente para Telefónica. Se destaca que la prueba practicada por Telefónica acredita que los pares vacantes también están a disposición de los operadores alternativos.

¹⁴ Informe elaborado por la consultora PwC.

¹⁵ Autoridades Nacionales de Reglamentación.

¹⁶ Página 10 de la sentencia: “*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*”

- C) La falta de una respuesta satisfactoria sobre el empleo de la metodología extracontable adoptada. En primer lugar, si se decide prescindir de la contabilidad de costes de Telefónica, se requiere una “exigente motivación”. En segundo lugar, tampoco hay una explicación suficiente sobre el hecho de que para la valoración del coste de unos mismos elementos de red la CMT llegue a resultados distintos en función del servicio al que dichos costes se van a asignar (AMLT frente a bucle desagregado).
- D) El informe pericial presentado por Telefónica muestra que la cuota fijada le generaba pérdidas, basándose en los resultados de la contabilidad para 2009. Ello constituiría un elemento adicional que pone de relieve su falta de ajuste al principio de orientación a costes.

Finalmente, la sentencia concluye en su fundamento sexto que, sobre la base de las pruebas practicadas: *“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 por lo que obliga a esta Comisión a sustituirlo por otro “más ajustado a las cifras contables (esto es, de costes) y a aquel criterio (orientación a costes)”*.

Por lo demás, el TS devuelve a la CNMC su plena capacidad de calcular el precio, con el límite inexorable de 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”*. En relación a esto último, en la medida que el precio objeto de la controversia es ofertado por Telefónica a los restantes operadores y que la sentencia es estimatoria para Telefónica, cabe deducir que este límite inexorable fijado en la sentencia determina que el nuevo precio que establezca la CNMC no debe ser inferior al adoptado en la resolución de la CMT.

El TS establece que el regulador podrá variar tanto el numerador como el denominador del cálculo y, además, podrá tomar en cuenta las consideraciones efectuadas por Telefónica con respecto a los pares vacantes¹⁷. Asimismo, también se menciona que se podrán utilizar, retrospectivamente, los datos de la contabilidad correspondiente a 2008 dado que ahora se dispone de la misma.

III.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

¹⁷ Página 14 de la sentencia: *“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)”*

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 terminación¹⁸ 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 costes¹⁹, 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.

III.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 4²⁰ y 5²¹ (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.

¹⁸ Recomendación de la Comisión, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE (2009/396/CE).

¹⁹ Recomendación de la Comisión, de 11 de septiembre de 2013, relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha (2013/466/UE).

²⁰ Mercado de acceso físico al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija.

²¹ Mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

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 ya 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 III.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.

III.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 siguientes²², que coinciden con los de las contabilidades de Telefónica.

III.4 Revisión del cálculo del precio de 2008

En el presente apartado se examinan los aspectos del cálculo efectuado por la CMT en 2008 que han sido objeto de observaciones por parte del TS. Fundamentalmente, la sentencia exige a esta Comisión que el nuevo precio se sustente sobre una metodología sólida, motivada y acorde con el principio de orientación a costes, al considerar que el precio fijado en 2008 adolece de falta de fiabilidad y no puede ser considerado acorde a dicho principio.

Por lo tanto, la ejecución de la sentencia obliga a esta Comisión a revisar, motivadamente, la metodología de la resolución de 2008 en todo aquello que sea necesario para subsanar las deficiencias puestas de relieve por la sentencia.

III.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 III.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.

²² El modelo emplea el método de depreciación económica, valorando los activos de obra civil no con su coste completo de reposición sino considerando su grado porcentual de amortización en la contabilidad de Telefónica, como se expone en la Resolución, de 18 de julio de 2013, por la que se revisan los precios del servicio de acceso desagregado al bucle de Telefónica y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE) (DT 2012/1555). Se ha incorporado al expediente la versión descrita del modelo referida a 2008.

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 sentencia²³.

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 datos²⁴.

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.

III.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 amplio

²³ Página 12 de la sentencia: “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”.

²⁴ Según ya se ha indicado, en la resolución anulada la CMT recurrió al modelo de ELMCO, al igual que en las dos revisiones anteriores, debido a la ausencia de una cuenta de alquiler de bucle suficientemente desagregada en la contabilidad de 2006.

margen 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 Marco²⁵ 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 apreciación²⁶.

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

²⁵ Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 24 de abril de 2008, C-55/06, Arcor AG & Co KG, Rec. 2008, p. I-02931; apartados 159 y 116. Aunque dicha sentencia se pronunciaba sobre un Reglamento actualmente derogado (Reglamento nº 2887/2000, de 18 de Diciembre), las consideraciones expresadas se basaban en artículos de tenor prácticamente idéntico a los contemplados actualmente por las Directivas citadas y en las facultades contempladas en la Recomendación 2000/417, de 25 de mayo, aún en vigor. El Tribunal señaló que *“las ANR disfrutaban de una amplia facultad para intervenir en los distintos aspectos de la tarificación por la prestación de un acceso desagregado al bucle local, incluida la modificación de los precios y, por lo tanto, de las tarifas propuestas”*, añadiendo que esta *“amplia facultad”* que reconoce a las ANRs *“se extiende asimismo a los costes soportados por los operadores notificados [...], la base de cálculo de éstos y los modelos de justificación contable de tales costes.”* Por otro lado, la misma sentencia vino a reforzar este amplio margen de apreciación señalando que en ausencia de una normativa comunitaria específica, *“corresponde a la apreciación de las autoridades nacionales de reglamentación definir las modalidades de determinación de la base de cálculo con arreglo a la cual deben tenerse en cuenta las amortizaciones”*, pudiendo utilizar los métodos de contabilidad de los costes que les parezcan, según el caso, más adecuados. El fundamento de tal margen de apreciación (apartados 151 y 153 de la sentencia) reside en la necesidad de modular los niveles de precios de cara a garantizar una competencia equitativa y sostenible.

(*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 Mercados²⁷:

“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 fundamentada²⁸. 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

²⁷ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración, aprobado mediante el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

²⁸ Página 14 de la sentencia: “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”... “como el propio denominador”.

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 tarde²⁹ 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

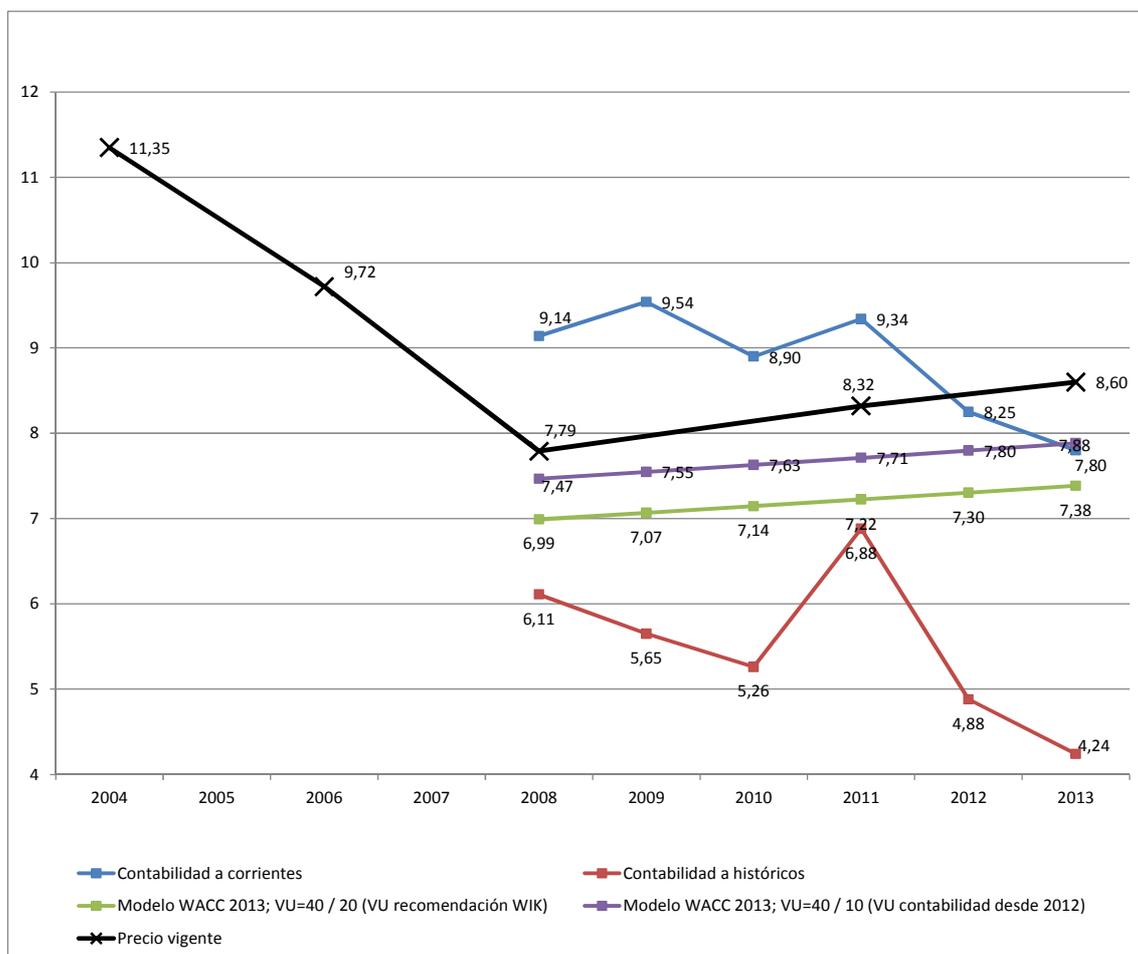
²⁹ Resolución, de 23 de junio de 2010, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2008 (AEM 2010/606).

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.

III.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.



Gráfica 1. Resultados de la contabilidad de Telefónica y el modelo de costes bottom-up

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 III.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 (ver Gráfica 1). Como consecuencia, contabilidad y modelo tienden a converger en 2013³⁰.

En definitiva, la contabilidad proporciona resultados más coherentes con los del modelo en los últimos dos ejercicios que en el periodo comprendido entre 2008

³⁰ La contabilidad de 2014, actualmente en proceso de verificación por la CNMC, apunta hacia un nivel de costes del alquiler del bucle desagregado similar al de 2013.

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.

III.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 detraer 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 2011³¹.

³¹ Página 25 y siguientes de la resolución de la CMT AEM 2012/977 de 28 de junio de 2012, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2010: “*En la auditoría TESAU comunicó que no había podido identificar el coste de las falsas averías para el ejercicio 2010 pero que comenzaría a hacerlo para el ejercicio 2011. TESAU manifestó que dado que este requerimiento no aparecía en el informe del auditor, no había podido implementar dicha separación a tiempo. En todo caso, el servicio no se ha abierto en la contabilidad a pesar de la clara indicación de la CMT en la resolución de la verificación del ejercicio anterior.*”

- 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 2008³² se llamó la atención sobre la imputación de los costes de activación en la cuota de abono³³. 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 conexión³⁴.

³² Resolución AEM 2010/606, de 23 de junio de 2010, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2008.

³³ Véase página 44 y siguientes: *“En el caso del bucle completamente desagregado, en la implementación actual, el SCC imputa los costes de la acometida del par de cobre al servicio de abono. Este tratamiento es consistente con la naturaleza del activo de acometida. Sin embargo, en la OBA se recoge un concepto de instalación de acometida por el cual los operadores alternativos deben pagar los costes de dicha instalación para aquellos casos en los que la acometida no está instalada con anterioridad.”*

³⁴ Página 45: *“Los costes asociados a la activación de los servicios, tanto minoristas como mayoristas, deberán asociarse únicamente a la cuota de conexión y no a la cuota de abono. Los costes asociados a los materiales, instalación, mantenimiento y acometida, siempre y cuando no se cobre por ello en concepto de alta, repercutirán únicamente sobre la cuota de abono.”*

- En la revisión de la contabilidad de 2012³⁵ la CNMC formuló una importante objeción en relación al elevado grado de opacidad y la falta de transparencia de los costes de asistencia técnica³⁶ -asociados a la actividad de los técnicos de Telefónica³⁷. 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 ejercicio³⁸.

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.

En este punto, debe mencionarse asimismo que los operadores alternativos no son parte interesada en el procedimiento administrativo de verificación de la contabilidad de Telefónica. Además, en los principales ejercicios contables objeto del presente expediente (2008 y 2009), los operadores todavía no tenían acceso al informe elaborado por el auditor³⁹. Lo anterior abunda en la

³⁵ Resolución del Expte. VECO/DTSA/715/14 SCC 2012 TELEFÓNICA, de 3 de julio de 2014, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2012 para los estándares de costes históricos y corrientes.

³⁶ Páginas 47 y 48: *“Con respecto a la actividad de asistencia técnica se desconoce para cualquier servicio minorista o mayorista la relación entre personal propio y personal ajeno, la relación entre pagos por acceso y pagos por actuación, la relación entre costes directamente asociados al servicio y los costes comunes que se añaden a cada uno de los servicios. Asimismo, no es posible analizar si el pago por actuación en personal de contrata es el adecuado o no, qué parámetros se han tenido en cuenta y cómo se promedia entre las diferentes empresas colaboradoras y qué actividades incluyen los pagos por acceso. Por ello, esta Comisión necesita conocer con detalle el reparto de costes en todo el proceso, por lo que Telefónica deberá aportar un estudio técnico.”*

³⁷ Según se recoge en el Manual Descriptivo de la Contabilidad de Telefónica: *“Asistencia Técnica se refiere al proceso de Instalación y mantenimiento directamente relacionado con los servicios de cliente, ya sea en el propio domicilio del cliente o en la central telefónica de la que depende el cliente. Se refiere tanto al gasto del personal propio de Telefónica, como a los gastos generados por empresas colaboradoras (contrata)”*.

³⁸ Página 74: *“Por ello, es preciso realizar la apertura de un servicio de baja diferenciado denominado “Baja del Par” donde se recojan los costes del proceso de baja de los servicios regulados, asegurando así que estos costes estén acotados y no se reparten a servicios de alta y/o cuotas mensuales.”*

³⁹ Desde el ejercicio 2010 (resolución AEM 2012/977, de 28 de junio de 2012, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U.

trascendencia de los procedimientos de fijación de precios, donde la CNMC analiza toda la información relevante y valora las aportaciones no solo de Telefónica, sino también del resto de interesados.

III.4.2.3 Vidas útiles

Las vidas útiles de los activos a aplicar en la contabilidad regulatoria de Telefónica son aprobadas anualmente por esta Comisión, sobre la base del análisis de la propuesta de Telefónica. Las vidas útiles predeterminan el ritmo de depreciación de los activos y, en consecuencia, los costes anuales de amortización asignados en la contabilidad. Se trata por tanto de un aspecto de especial trascendencia e impacto en los resultados de las cuentas de la contabilidad regulatoria.

Cabe destacar la resolución de vidas útiles para 2012⁴⁰, en la cual se examinaron en profundidad las vidas útiles de los elementos de planta externa (obra civil), cuyos costes representan una proporción muy importante del servicio de alquiler del bucle. En la resolución se resaltó la importancia de los activos relacionados con los nuevos despliegues NGA y su estrecha relación con la desagregación del bucle, y se observó la necesidad de incrementar sus vidas útiles de 30 a 40 años (véase página 16 y siguientes):

“A diferencia de otros mercados, donde un elevado porcentaje de los costes totales deriva del equipamiento de red, el cual está sujeto a evolución tecnológica, en el mercado 4 la parte más significativa de los costes proviene de la ingeniería civil, la cual de forma inherente presenta una vida útil muy larga y no está sujeta a una significativa evolución tecnológica. Estas palabras se extraen directamente del Informe de BEREC sobre las prácticas regulatorias contables de 2012⁴¹, publicado en 27 de septiembre de 2012 y son perfectamente extensibles a las redes de nueva generación basadas en fibra.

En línea con lo mencionado por BEREC, esta Comisión opina que la planta externa suele ser con diferencia el activo⁴² que presenta una mayor vida útil como consecuencia de su elevado coste de despliegue y escaso deterioro. Cabe apuntar que estos activos no dependen de elementos que puedan quedar obsoletos o que puedan fallar. Además, no hay que olvidar que este tipo de activos, debido a su elevado coste de despliegue, se diseñan para que dispongan de una larga vida útil minimizando el impacto de los factores externos que puedan conllevar a su progresivo deterioro.

referidos al ejercicio 2010) esta Comisión publica una versión no confidencial del informe del auditor, conjuntamente con la resolución de verificación de la contabilidad.

⁴⁰ Resolución, de 26 de junio de 2013, sobre la propuesta de vidas útiles aplicables a la contabilidad de costes de Telefónica de España S.A.U. para 2012 (DT 2012/2747).

⁴¹ http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/973-berec-report-on-the-regulatory-accountin_0.pdf

⁴² Activo/conjunto de activos.

Por ello la realidad de estos activos es que perduran más allá de los 40 años, salvo casos muy concretos, tal y como también apunta la Comisión Europea (CE).”

Por tanto, las vidas útiles de 40 años actualmente en vigor son acordes a las mejores prácticas a nivel europeo, conforme a lo apuntado por la Comisión Europea, y están alineadas con los valores de referencia en los países de nuestro entorno. En la tramitación del citado expediente de vidas útiles Telefónica no presentó argumentos que justificasen mantener la vida útil a 30 años⁴³. Utilizar una vida útil tan reducida tiene como efecto que el activo se amortice de forma mucho más acelerada y por consiguiente los costes asignados en la contabilidad de costes resulten más elevados.

De manera análoga, se observó que las vidas útiles que proponía Telefónica para los elementos de red de acometida eran significativamente inferiores a las aplicadas en países europeos. Así, se constató que la práctica habitual en países de nuestro entorno era adoptar una vida útil en el entorno de los 20 años, muy alejada de la aplicada por Telefónica que estaba establecida en 5 años. Tras valorar el caso concreto, esta Comisión decidió aprobar una vida útil de 10 años.

Por consiguiente, cuando se estudia la oportunidad de aplicar los resultados de la contabilidad de 2008 para la fijación del precio del alquiler del par, debe tenerse muy presente que las vidas útiles de obra civil y acometida de cobre utilizadas en dicho ejercicio y siguientes (hasta 2012) no están ajustadas según los criterios técnicos óptimos, lo cual eleva los costes resultantes por encima de lo que sería razonable.

La siguiente tabla recoge los resultados de la contabilidad desde 2008, junto con vidas útiles de obra civil y acometidas de cobre en vigor:

| | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|--|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Vida útil obra civil (años) | 30,00 | 30,00 | 30,00 | 30,00 | 40,00 | 40,00 |
| Vida útil acometida de cobre (años) | 5,00 | 5,00 | 5,00 | 5,00 | 10,00 | 10,00 |
| Coste alquiler bucle a corrientes (€/mes) | 9,14 | 9,54 | 8,90 | 9,34 | 8,25 | 7,80 |

Tabla 1. Vidas útiles aprobadas para la contabilidad de Telefónica

⁴³ “Telefónica aporta como único argumento una comparativa europea de los valores utilizados en los diferentes países de nuestro entorno obteniendo un valor de vida útil medio igual a 31 años” ... “Sin embargo, la información incluida no indica las fuentes de las que proceden esos datos, ni si las vidas útiles corresponden a un estándar de costes históricos o corrientes, ni cuando se procedió con la última revisión de las vidas útiles en cada uno de estos países y si prevén actualizarlas en base a las recomendaciones europeas. Por ello, se desconocen los motivos por los que países como Turquía o Grecia disponen de un valor tan alejado a la realidad de nuestro entorno. No obstante, seis de los diez países incluidos en la Tabla 1 presentan ya un valor de vida útil que iguala o supera los 40 años y entre los que se encuentran Francia, Alemania, Reino Unido”

En la tabla anterior, cabe destacar la reducción de los costes en más de un euro entre 2011 y 2012, año en el que entraron en vigor las nuevas vidas útiles de 40 y 10 años para obra civil y acometida de cobre respectivamente.

III.4.2.4 Conclusión

Por los motivos expuestos, para la determinación del precio en cumplimiento de la sentencia del TS se utilizará el modelo de costes bottom-up, debiendo descartarse la automática aplicación de la contabilidad de costes de Telefónica correspondiente al ejercicio objeto del cálculo del precio, dadas las ineficiencias e inconsistencias que han sido detectadas en los términos expresados. En efecto, la contabilidad de Telefónica no puede ser declarada fiable para fijar el precio orientado a costes del alquiler del bucle desagregado en sustitución del precio anulado. Por lo tanto, trasladar directamente sus resultados al precio regulado contravendría el mandato de la sentencia de orientar el precio a los costes.

El modelo debe parametrizarse con las vidas útiles recomendadas por el consultor (WIK), de manera que el coste resultante para 2008 es de 6,99 €/mes, precio que resulta inferior al determinado en la resolución parcialmente anulada (7,79 €/mes). Es más, incluso con una parametrización conforme a las vidas útiles en vigor para la contabilidad de Telefónica, resultaría en un coste de 7,47€, el cual también resulta inferior al precio anulado.

Por consiguiente, en aras del principio de “*non reformatio in peius*” que impera en el presente procedimiento e impide perjudicar los intereses de la recurrente Telefónica, el resultado del nuevo cálculo de la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado alcanza los 7,79€.

III.4.3 El nuevo precio no ocasiona pérdidas a Telefónica

El TS, en su Sentencia, finalmente reseña como un elemento de convicción adicional que contribuye a poner de relieve la falta de ajuste del precio al criterio rector el que el precio fijado ocasionaría pérdidas a Telefónica de acuerdo a su contabilidad, según muestra el informe pericial aportado de parte. A la vista de esta observación del TS⁴⁴, la presente resolución de ejecución debe necesariamente evaluar de forma motivada si el nuevo precio calculado en el apartado anterior es susceptible de provocar pérdidas a Telefónica y, en tal caso, si ello podría considerarse legítimo.

En primer lugar, resulta de todo punto evidente que la adopción de cualquier precio inferior a la contabilidad en corrientes de Telefónica le ocasionará pérdidas económicas según dicha contabilidad. Siguiendo esta lógica, la contabilidad en corrientes predeterminaría automáticamente el precio mínimo de los servicios regulados, perdiendo por tanto el regulador su potestad de someterla al necesario examen crítico, o confrontarla con otras referencias de costes alternativas. Pues bien, como ya se ha indicado, ello no es coherente en

⁴⁴ La sentencia hace referencia expresa a que la CMT “*no llega en ningún momento a afirmar que sea legítima una fijación del precio que provoque pérdidas al operador histórico*”.

modo alguno con el marco regulatorio vigente en materia de atribuciones de las ANR para la fijación de los precios regulados.

Además, según se ha detallado, la contabilidad está sometida a un proceso continuo y gradual de revisión y mejora. Dado que 2008 fue el ejercicio inicial de apertura de la cuenta desglosada de alquiler de bucle, parece lógico pensar que sus resultados carecen de la suficiente precisión y fiabilidad como para establecer de forma concluyente unas posibles pérdidas económicas de Telefónica exclusivamente sobre la base de los márgenes de la cuenta. Ello con independencia de que los márgenes de la contabilidad en corrientes no son el indicador adecuado para cuantificar unas posibles pérdidas económicas, tal y como se verá a continuación.

En segundo lugar, el concepto de “coste” no es unidimensional, sino que puede ser analizado bajo distintas metodologías (*top-down* / *bottom-up*) y estándares de costes (corrientes / históricos / incrementales a largo plazo) que proporcionan diferente información al regulador. Como ya se ha expuesto, la CNMC cuenta con modelos de costes *top-down* (contabilidad regulatoria de Telefónica) y *bottom-up* (modelo elaborado por WIK) para analizar el coste del servicio de alquiler del bucle.

Telefónica presenta su contabilidad regulatoria bajo los estándares de costes corrientes e históricos, siendo el de costes corrientes el estándar de referencia en el contexto de orientación de los precios de los servicios a los costes de producción, según se ha señalado anteriormente. En dicho estándar habitualmente se sustituye el coste de la inversión en los activos existentes por el coste de reposición del activo moderno equivalente y dimensionamiento óptimo. Asimismo, se excluyen los costes de naturaleza extraordinaria, atendiendo a criterios de eficiencia.

Por su parte, el estándar de costes históricos totalmente distribuidos se basa en la asignación de la totalidad de los costes incluidos en la contabilidad financiera de Telefónica. La valoración de los activos se realiza al valor en “libros” de dichos activos, es decir a su valor real de adquisición histórico. Por consiguiente, puede decirse que su relación con la contabilidad financiera de Telefónica es más directa que la contabilidad regulatoria bajo el estándar de corrientes.

En efecto, en el estándar de costes históricos se reflejan los costes en los que realmente ha incurrido Telefónica, a los que se añade el rendimiento razonable de la inversión en forma de coste de capital, y por tanto los que podrían dar lugar a referirse a eventuales pérdidas o beneficios (si bien cuando los ingresos igualan a los costes Telefónica obtiene ya como beneficio ese retorno razonable de la inversión). Por el contrario, el estándar de costes corrientes introduce unos costes actualizados, que son virtuales, ya que están calculados de forma ajena al coste asumido en su día por Telefónica, y no están relacionados con las inversiones que realmente ha hecho Telefónica.

Difícilmente pueden calcularse unas supuestas pérdidas o beneficios de Telefónica sobre la base de unas inversiones virtuales no ejecutadas realmente.

Así pues, para valorar si el precio fijado por la presente resolución pudiera ocasionar pérdidas al operador regulado, debe tenerse presente que la contabilidad a históricos se basa directamente en los costes reales procedentes de la contabilidad financiera de Telefónica. Por lo tanto, si bien no es el estándar de elección para calcular los precios orientados a costes, sí que aporta una información muy útil a la hora de valorar si el operador regulado podría haber incurrido en pérdidas económicas. Cabe destacar el coste de 6,11 €/mes que refleja la contabilidad de 2008 a históricos, muy inferior al precio de 6,99 €/mes calculado por esta Comisión (y al límite inexorable de 7,79 €/mes), y que la cuenta de alquiler del bucle arroja márgenes positivos para los ejercicios 2008 a 2011 en el estándar de históricos, lo cual descarta taxativamente una hipotética existencia de pérdidas económicas a soportar por el operador.

Este hecho es especialmente revelador: la contabilidad presenta en el estándar de costes históricos márgenes positivos, es decir beneficios adicionales al retorno razonable de la inversión ya embebido en los costes de la contabilidad regulatoria. Por tanto los precios aplicados por la autoridad reguladora no causan pérdidas a Telefónica, sino que le permiten un cierto nivel de beneficio, incluso una vez detraído el coste del capital o retorno razonable de la inversión.

Por otro lado, los costes del alquiler del bucle están muy condicionados por los valores de vidas útiles de obra civil y acometida de cobre que se apliquen y, según se ha indicado, las vidas útiles aplicadas entre 2008 y 2011 son excesivamente conservadoras. Así, si bien no resulta factible aplicar las vidas útiles actuales a la contabilidad de 2008 para evaluar el impacto de este parámetro, los resultados del modelo (7,47 €/mes en 2008; 7,88 €/mes en 2013) y de la contabilidad en los últimos ejercicios disponibles (7,80 €/mes en 2013) constituyen referencias del coste del bucle con las vidas útiles vigentes de 40 y 10 años, todas ellas muy por debajo de los costes a corrientes que refleja la contabilidad de Telefónica para el citado periodo.

III.5 Periodo de vigencia de la resolución

La sentencia del Tribunal Supremo señala expresamente la imposibilidad de dotar a la cláusula de eficacia temporal establecida en la Resolución recurrida de eficacia inmediata, antes de su notificación a su destinatario principal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57 de la LRJPAC, lo que exige demorar, en este caso, la eficacia del acto al día siguiente a la fecha de su notificación a Telefónica.

De este modo su periodo de vigencia 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.

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

RESUELVE

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

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

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

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

ANEXO.- ALEGACIONES AL TRÁMITE DE AUDIENCIA

A. Aspectos generales

Jazztel y Orange se muestran de acuerdo con los criterios y la propuesta contenida en el informe de audiencia, mientras que Telefónica manifiesta su total y absoluta disconformidad. Además, a nivel procedimental, Telefónica considera que la CNMC debería abstenerse de continuar tramitando el procedimiento de revisión de precios y no debería dar audiencia a otros operadores.

En opinión de Vodafone, el informe de audiencia se excede del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, ya que en la misma se impone un único límite inexorable a esta Comisión, que en el proceso de re-cálculo el nuevo precio fijado por la futura resolución –en sustitución de la ahora anulada- no supere lo establecido en ésta. Señala Vodafone que el nuevo precio propuesto en el informe es de 6,99€, cantidad que no supera el límite establecido por el TS, a pesar de lo cual se pondría no modificar el precio de 7,79€.

De este modo y según Vodafone, se interpreta exactamente lo contrario de lo que dice el Supremo en la sentencia que la CNMC tiene la obligación de ejecutar, basándose únicamente en que fue Telefónica el único operador personado en el procedimiento sobre el que recayó la sentencia, y obviando que existen muchos otros operadores que son igualmente interesados y a los que la sentencia les afecta directamente.

Contestación

En relación a la tramitación del procedimiento por esta Comisión, criticada por Telefónica, resulta claro que la ejecución de la sentencia del TS, y en concreto el cálculo del nuevo precio, debe realizarse necesariamente mediante un procedimiento contradictorio. Asimismo, durante la tramitación de la ejecución de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional solicitó información sobre la ejecución mediante un Oficio de 27 de abril de 2015, y la CNMC respondió al mismo mediante un escrito de 27 de mayo de 2015. Es decir, la Audiencia Nacional ha conocido el modo de proceder de esta Comisión, y a pesar de las solicitudes de Telefónica para que se instase a la CNMC a resolver sin dar audiencia a los demás interesados, no ha tenido en cuenta las mismas y no ha objetado hasta la fecha que la ejecución se haya tramitado de manera contradictoria, y dando audiencia a los afectados.

Ello es así puesto que cuando la ejecución de sentencias requiera de la realización de una actividad o de la necesidad de dictar un acto por parte de la Administración, ésta deberá hacerlo con las garantías procedimentales que, en su caso resulten normativamente exigibles, lo que, en el presente caso, implica la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 34 de la LRJPAC, de conformidad con el cual:

“Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos, cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento”

Resulta claro por tanto que la ejecución de la sentencia del TS, y en concreto el cálculo del nuevo precio del alquiler del par desagregado ajustado a los criterios que establece la misma, debe realizarse necesariamente mediante un procedimiento contradictorio, es decir, dando audiencia a todos los interesados del anterior procedimiento cuya resolución se anula.

En este caso concreto, dado que es preciso modificar los criterios técnicos que se utilizaron en la resolución anulada para efectuar el cálculo, todos los operadores afectados deben conocerlos y alegar sobre los mismos antes de que se apruebe la resolución definitiva. Además, el nuevo precio resultante de los cálculos podría suponer un perjuicio a los operadores alternativos -máxime teniendo en cuenta que en ningún caso será inferior al precio anulado- en forma de cantidades adicionales que serían susceptibles de serles reclamadas por parte de Telefónica si el nuevo precio fuese finalmente superior al aprobado en 2008.

Tampoco comparte esta Comisión la interpretación de Vodafone, puesto que la inconsistencia del fallo, que admite el recurso de Telefónica y obliga a esta Comisión a revisar el precio del bucle señalando sin embargo como límite máximo el aprobado en su día, queda subsanada inmediatamente a continuación cuando la propia sentencia basa esta decisión en la aplicación del principio de *reformatio in peius*.

En este sentido, cabe poner de manifiesto el principio de interpretación finalista del fallo, principio consagrado por el Tribunal Constitucional y recogido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de conformidad con cual, la interpretación y aplicación del fallo de la Sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista y en armonía con el todo que constituye la Sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, en el que se establece expresamente que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”*

Cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 2005 (recurso 2508/2003) expresamente señala lo siguiente:

“(…) lo que no cabe a la hora de decidir sobre la ejecución de aquella sentencia de la Sala de Galicia es atender, sólo, exclusiva y estrictamente, a la literalidad de su fallo, que se limitó a disponer la

anulación del acto de concesión; sino que, integrándolo con la ratio decidendi, ha de atenderse, también, a la circunstancia de que la anulación lo fue por un defecto en el procedimiento seguido, cuya corrección requería, a juicio de la Sala sentenciadora, abrir un nuevo trámite de información.”

Por tanto, no puede aceptarse la alegación formulada por Vodafone, al considerarse contraria al espíritu de la resolución judicial cuya ejecución se efectúa a través del presente procedimiento

B. Sobre la elección de la metodología de costes

Jazztel y Orange alegan que el marco regulatorio y, en particular, el artículo 13 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva de Acceso), señalan de manera clara que el método de fijación de precios ha de permitir la recuperación de los costes eficientes y fomentar la eficacia y la competencia sostenible, pero no detalla el mecanismo concreto de fijación, dejando a la discreción de la autoridad reguladora la fijación de los criterios de eficacia de valoración de los costes y el posible uso de referencias extracontables.

Ambos operadores opinan que el informe cumple con las exigencias establecidas por el TS, tanto en lo que se refiere a la parte cuantitativa, justificando la inexistencia de déficit y la recuperación de costes eficiente, como a la parte cualitativa, habiendo motivado el uso de fuentes diferentes a la contabilidad de costes de Telefónica ante las deficiencias de ésta.

Telefónica indica que, según los límites establecidos en la sentencia del TS, la CNMC debe sustituir el precio por otro “más ajustado a las cifras contables”, y el modelo bottom-up no está basado en datos contables sino que es un modelo teórico.

Contestación

Respecto a lo alegado por Telefónica acerca del carácter teórico del modelo *bottom-up*, ya se ha señalado que el modelo sigue la metodología *scorched-node*, lo que implica modelizar todas las centrales y nodos de Telefónica en sus ubicaciones físicas reales. De forma adicional, ciertos datos de entrada esenciales como son la demanda, la arquitectura de red y el porcentaje de amortización de la obra civil proceden directamente de la contabilidad de costes regulatoria de Telefónica.

Como ejemplo, merece la pena mencionar el caso de las canalizaciones y los registros (cámaras y arquetas), analizado en la resolución de precios de julio de 2013 antes citada (el subrayado es añadido):

“Así, la longitud total de las canalizaciones, parámetro que principalmente caracteriza la extensión geográfica de una red, presenta una total coincidencia entre ambas referencias, de donde se deduce que el origen de la diferencia en los volúmenes de inversión tiene una

naturaleza económica, como se verá, y no técnica o de estructura de red.

No obstante en lo referente a los elementos de registro sí ha podido observarse un cierto desajuste de carácter cuantitativo con respecto a los valores que se desprenden de la contabilidad de Telefónica. Se ha considerado proporcionado reducir dicha discrepancia mediante la reducción en el modelo de las distancias medias existentes entre cámaras de registro y arquetas, con el consiguiente aumento de las unidades instaladas en planta. Los nuevos parámetros incorporados son los siguientes:

| <i>Parámetro</i> | <i>Distancia (m)</i> |
|--|----------------------|
| <i>Distancia media entre cámaras de registro</i> | <i>150</i> |
| <i>Distancia media entre arquetas</i> | <i>50</i> |

Como resultado de dicho ajuste se ha equiparado la cantidad absoluta de registros que prevé el modelo con la que, según se desprende de la contabilidad regulatoria, existe en la planta externa de Telefónica.

Tal y como apuntan Jazztel y Orange, el modelo bottom-up constituye el mecanismo de que dispone esta Comisión para evitar trasladar al precio regulado las ineficiencias, así como limitaciones y datos técnicos desactualizados de la contabilidad que ahora se conocen. Por su parte, el sistema de contabilidad regulatoria no deja de ser otro modelo de costes (top-down), pero elaborado y controlado por Telefónica, por lo que no resultaría materialmente posible su modificación por esta Comisión para corregir los citados elementos de ejercicios anteriores.

C. Sobre las vidas útiles

Telefónica alega que no procede revisar ni la contabilidad de costes de 2008 ni las vidas útiles aplicables en dicho ejercicio, pues ello supondría revisar de oficio dos actos administrativos favorables aprobados por la CMT.

Jazztel y Orange aluden a la modificación de las vidas útiles de la obra civil y las acometidas de cobre llevada a cabo en la contabilidad de 2012 para adecuarse a la vida media real de estos activos y consideran que el modelo debe parametrizarse con las vidas útiles recomendadas por WIK.

Contestación

En la presente resolución la CNMC se limita a cumplir el mandato del TS, que requiere la determinación de un nuevo precio orientado a costes. En ningún momento se está revisando ningún otro acto administrativo distinto al de la resolución de precios de 2008, contrariamente a lo alegado por Telefónica. Esto es, la presente resolución no altera ni la resolución sobre la verificación de la contabilidad, ni la resolución sobre la aprobación de las vidas útiles de los activos para 2008.

Ahora bien, una vez que el TS ha devuelto a la CNMC su plena capacidad para volver a determinar el precio, ésta necesariamente debe basarse en la metodología más sólida posible para calcular un nuevo precio correctamente orientado a costes, tal y como se ha expuesto reiteradamente a lo largo de la presente resolución.

Por consiguiente, la CNMC no puede ignorar los parámetros técnicos recomendados como mejores prácticas por el BEREC y la Comisión Europea y sobradamente conocidos y aceptados por el sector, como son los valores de las vidas útiles de los activos de obra civil y acometidas, por el mero hecho de que dicha información no fuera todavía conocida cuando se adoptó la resolución objeto de la sentencia.

En efecto, si la CNMC admitiese el criterio de Telefónica y considerase las vidas útiles de 2008 para fijar el nuevo precio, aun a sabiendas de que no se corresponden con el tiempo de vida medio real de los activos, estaría cometiendo errores intencionados que conducirían a un precio no conforme con el principio de orientación a costes.

D. Sobre los pares vacantes

Telefónica estima que el informe tampoco cumple con el criterio del TS en relación a que los costes de los pares vacantes se repartan entre todos los operadores, pues ésta determina que se debe considerar la planta real de Telefónica (21 millones), y la CNMC no sigue dicho criterio pues el modelo excluye los costes asociados a los pares considerados ineficientes, pese a que estaban a disposición de los operadores alternativos.

Contestación

Esta Comisión discrepa con la interpretación de la sentencia que hace Telefónica, pues su texto no contiene indicaciones en tal sentido. En efecto, el TS no impone a la CNMC datos o metodologías concretas, sino que le devuelve sus plenas competencias para establecerlo, siempre y cuando lo haga fundadamente y teniendo en cuenta los problemas metodológicos de la resolución de precios de 2008 indicados por el TS.

En particular, la sentencia cuestiona el criterio de la CMT de adoptar como base de reparto (denominador) el número total de pares vacantes en lugar de los pares en servicio, dado que ello implica que Telefónica asume la totalidad de los costes de los pares vacantes. Según se ha expuesto en el apartado III.4.1, dicha observación del TS ha sido debidamente atendida, puesto que el modelo bottom-up reparte de forma equitativa entre Telefónica y los operadores los costes de los pares vacantes de una red eficiente. En este sentido, resulta claro que la CNMC tiene la potestad de aplicar ajustes de eficiencia a los costes, en coherencia con el principio de suministro eficiente de los servicios inserto en la legislación vigente, siendo la eliminación de la capacidad excedentaria uno de los ajustes más habituales que se suelen realizar.

E. Sobre las pérdidas económicas

Telefónica alega que la sentencia ha declarado ya que el precio de 7,79€ generó pérdidas a Telefónica, infringiendo el principio de orientación a costes. Por consiguiente, si el nuevo precio es el mismo, resulta obvio que también infringirá dicho principio. Por lo tanto, no es posible que, en ejecución de la sentencia la CNMC corrija la forma en que la sentencia ha medido si se respeta o no ese principio.

Vodafone manifiesta que, a la vista del informe de audiencia, el precio calculado por la CMT en 2008 no estaba correctamente orientado a costes, lo cual le supuso abonar casi un euro de más durante el periodo objeto de la sentencia con el consiguiente perjuicio económico para Vodafone y enriquecimiento injusto para Telefónica.

Jazztel y Orange exponen que durante el periodo de referencia no existía un procedimiento de traspaso de bucles entre operadores, lo cual obligaba a los operadores a solicitar bucles vacantes –cuyo precio regulado es superior al de los traspasos- para realizar traspasos de clientes entre ellos. Además, el operador donante se veía obligado a abonar el coste de una baja que hubiera sido gratuita y automática de haberse migrado al cliente mediante el procedimiento de traspaso. Estos hechos elevaron artificialmente los costes asumidos por los operadores alternativos. En particular, Jazztel y Orange estiman el sobre coste por línea en 0,37€/mes.

Contestación

Telefónica considera que la sentencia del Tribunal Supremo ha declarado, con el carácter de cosa juzgada, que el precio de 7,79 euros había generado pérdidas a Telefónica en el año 2009. Sin embargo esta afirmación no la realiza el Tribunal sino el informe pericial presentado por Telefónica⁴⁵.

La conclusión del TS sobre este asunto dice textualmente que *“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.”* Esto es, el TS pone de manifiesto la ausencia de una justificación adecuada en la resolución de 2008 que ampare la imposición a Telefónica de un precio inferior a sus resultados contables.

La presente resolución subsana dicho aspecto en el apartado III.4.3, en el cual se examinan elementos que no fueron suficientemente puestos de relieve en su momento, como son los resultados contables de Telefónica en el estándar de históricos, y que muestran que un precio de 6,99€ -resultado del modelo de costes- no ocasionaría pérdidas económicas a Telefónica.

⁴⁵ Página 13 de la sentencia del TS: *“... 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 ...”*

En relación a lo alegado por Vodafone, si bien es cierto que el modelo bottom-up arroja un precio inferior al estimado con los datos de la contabilidad y el estudio de costes de que se disponía en 2008, debe reiterarse nuevamente que no procede revisar el precio a la baja, como se ha razonado en el apartado A de este Anexo.

Respecto a lo alegado por Jazztel y Orange sobre la imposibilidad de realizar traspasos, ciertamente se trata de una situación que podría haber elevado artificialmente el coste mensual del acceso desagregado. De constatarse los datos aportados por estos operadores, los operadores alternativos habrían abonado en la práctica un precio mensual de 8,16€ durante el periodo de referencia, lo cual aumentaría los márgenes positivos de la contabilidad en históricos.

F. Otras alegaciones

Sobre el periodo de vigencia de la resolución

Telefónica alega la necesidad de que, por parte de esta Comisión, se clarifique que la vigencia de la resolución a la que alude la propuesta de informe se inició el 10 de diciembre de 2008.

Esta alegación debe ser aceptada como se razona en el apartado III.5 de la Resolución.

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 2006⁴⁶. 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 actualizado⁴⁷ el precio del AMLT sobre la base del precio del alquiler del bucle en vigor –que a su vez está

⁴⁶ La primera oferta de referencia del servicio AMLT se aprobó en 2007 (Resolución, de 8 de noviembre de 2007, sobre la aprobación de la oferta del servicio de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) de Telefónica de España, S.A.U.).

⁴⁷ Resolución OFE/DTSA/1189/13/PRECIOS AMLT, de 13 de mayo de 2014, sobre la revisión de los precios de la oferta de acceso mayorista a la línea telefónica (AMLT).

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.