

LAS POTENCIALES DIFICULTADES EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2014 RELATIVA A LA REVISIÓN DE PRECIOS DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO EN LA MODALIDAD DE ACCESO DESAGREGADO

Antonio Serrano Acitores

*Socio de Antonio Serrano Alberca Abogados
Profesor Doctor de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos FRANCISCO MOLINA DEL POZO, doña M.^a José ACHÓN BRUÑÉN, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, don Jorge BOTELLA CARRETERO, don Javier CREMADES GARCÍA y don Vicente MORET MILLÁS.

EXTRACTO

El presente trabajo tiene por objeto llevar a cabo una valoración de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2014*, relativa a la revisión de precios de la oferta de acceso al bucle de abonado en la modalidad de acceso desagregado, centrandó nuestra atención especialmente en las dificultades que puede plantear la ejecución de la misma por el regulador, que hoy en día no es otro que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, esbozando asimismo qué escenarios pueden darse en dicha ejecución y, finalmente, señalando nuestras recomendaciones al respecto.

Palabras claves: oferta de acceso al bucle de abonado, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y Derecho de las telecomunicaciones.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015

* STS de 18 de noviembre de 2014 [Rec. 4689/2011 (NCJ061279)].

**POTENTIAL DIFFICULTIES IN THE ENFORCEMENT OF
NOVEMBER 18, 2014 SPANISH SUPREME COURT RULING
ABOUT PRICING REVIEW OF THE OFFER OF ACCESS TO THE
SUBSCRIBER LOOP, UNBUNDLED MODALITY**

Antonio Serrano Acitores

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the Supreme Court resolution dated 18th November 2014 related to the pricing review of the offer of access to the subscriber loop, in the unbundled modality, focusing our attention specially on the difficulties that may arise in the execution of said resolution by the regulator, the National Commission on Markets and Competition; explaining the potential scenarios that may take place; and, finally, pointing out our recommendations in this regard.

Keywords: offer of access to the subscriber loop, National Commission on Markets and Competition and Telecommunications Law.

Sumario

1. Antecedentes
2. Objeto
3. Valoración de la sentencia
4. Dificultades de ejecución de la sentencia: margen y discrecionalidad de la CNMC a la hora de fijar nuevamente el precio de la OBA
5. Conclusiones

Bibliografía

1. ANTECEDENTES

Como resulta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, la LGTel)¹ y del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, el Reglamento de mercados), la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (en adelante, la CMT)² ha de llevar a cabo, periódicamente, un análisis del grado de competencia existente en los distintos mercados de comunicaciones electrónicas.

Si considera que en alguno de ellos no concurren condiciones de competencia efectiva, la CMT podrá imponer al operador u operadores con peso significativo de mercado alguna de las obligaciones que el citado Reglamento de mercados enumera.

Por lo que se refiere al mercado de acceso, la CMT ha impuesto a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) la obligación de proporcionar a terceros el acceso a su bucle de abonado.

Así, el artículo 3.2 del Reglamento (CE) 2887/2000 del Consejo y del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre, sobre el acceso desagregado al bucle local (en adelante, el Reglamento 2887/2000), dispone que «los operadores notificados deberán satisfacer toda solicitud razonable de los beneficiarios encaminada a obtener el acceso desagregado a sus bucles locales y recursos asociados [...]».

La forma de facilitar a terceros operadores el ejercicio de su derecho a acceder a la red de TESAU ha sido ordenarle la publicación de una oferta de referencia. De este modo, el artículo 3.1 del Reglamento 2887/2000 prevé que «los operadores notificados publicarán a partir del 31 de diciembre de 2000 y mantendrán actualizada una oferta de referencia relativa al acceso desagregado a su bucle local y a los recursos asociados [...]». Esta obligación aparece recogida en el artículo 7 del Reglamento de mercados, que dispone que «cuando de conformidad con el artículo 8 se impongan

¹ Si bien es cierto que en la fecha de elaboración de este documento se ha aprobado la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, la normativa aplicable a todo el procedimiento que se explica en el mismo era la de la ley del año 2003.

² Hoy en día la CMT se ha integrado dentro de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, como consecuencia de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

a dichos operadores obligaciones de no discriminación, el citado organismo podrá exigirles que publiquen una oferta de referencia, suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a otros operadores pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido».

Por su parte, corresponde a la CMT «determinar la información concreta que deberán contener dichas ofertas, el nivel de detalle exigido y la modalidad de su publicación o puesta a disposición de las partes interesadas, habida cuenta de la naturaleza y propósito de la información en cuestión». Asimismo, entre los elementos a incluir en la oferta han de figurar «las condiciones económicas, incluyendo los precios aplicables a cada una de las componentes de la oferta» [art. 7.2 k)].

Con este fin, TESAU presenta periódicamente a la CMT las propuestas de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (en adelante, la OBA) para, una vez analizadas, dictar resolución en la que, como en el presente caso, insta a la modificación de la oferta y fija la fecha a partir de la cual surtirá efectos.

En este contexto, por virtud de Resolución de la CMT de 11 de mayo de 2006, se impuso a TESAU, entre otras muchas obligaciones, la de disponer de una OBA, ofrecer el acceso al bucle de abonado a precios orientados en función de los costes de producción [art. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de mercados] y disponer de un sistema de contabilidad de costes conforme a los principios y criterios aprobados por la CMT.

La OBA se configura como un conjunto de contratos tipo, servicios, procedimientos administrativos para su provisión, condiciones técnicas y precios que permiten a los operadores el acceso al bucle de abonado en condiciones transparentes, objetivas, no discriminatorias y orientadas a costes. Por tanto, la OBA comprende un conjunto de obligaciones diversas pero que responden a una misma y única finalidad: facilitar el acceso de los operadores alternativos al bucle de abonado y de esta forma fortalecer la competencia en los mercados de telecomunicaciones.

Por lo que se refiere a las condiciones económicas, y en lo que aquí interesa, se imponen a TESAU dos obligaciones básicas:

1. La primera, que podemos calificar como «finalista»: ofrecer sus servicios a precios orientados al coste de producción.
2. La segunda, «instrumental» de la anterior: disponer de un sistema de contabilidad de costes que permita deducir cuál es el coste real y efectivo de prestación de cada servicio.

De este modo, la llevanza de un apropiado sistema de contabilidad de costes posibilitará que los precios que TESAU cobre por los servicios que proporcione a otros operadores estén orientados a su coste de producción, lo que permitirá a esos otros operadores competir con TESAU en el mercado final.

La resolución a la que el presente asunto se refiere alude (entre otros) a los precios mensuales del acceso desagregado al bucle de abonado.

Este servicio puede explicarse, en los términos más simples posibles, del siguiente modo: cada vivienda está conectada a través de un par de cobre tendido desde esta hasta la central más próxima de TESAU; en esa central, el par de cobre se conecta con el repartidor de TESAU y, en definitiva, a toda la compleja y extensa red de telecomunicaciones de TESAU.

El acceso al bucle de abonado supone, pues, que el operador alternativo celebra un contrato de arrendamiento de cosa con TESAU, cuyo objeto es ese par de cobre, de manera que el operador alternativo puede, de esta forma, acceder directamente al cliente final para ofrecerle sus servicios. A TESAU se le impone la obligación de arrendar su par de cobre porque (entiende el regulador) carecería de racionalidad económica obligar a que cada operador de telecomunicaciones tendiera un par de cobre propio hasta cada una de las viviendas (lo que no significa, sin embargo, que no sea racional que existan varios bucles de abonado por vivienda, como lo prueba la extensión de la red de los operadores de cable).

De este modo, las tres operaciones básicas que ese arrendamiento requiere son las siguientes:

1. Coubicación: consiste en el arrendamiento por TESAU al operador alternativo de espacio físico en su central, donde la arrendataria pueda instalar sus equipos (laoubicación lleva aparejada servicios accesorios, como suministro eléctrico, aire acondicionado, etc.).
2. Tendido de cable: consiste en tender, dentro de la central de TESAU, un conjunto de pares de cobre que conecten el repartidor de TESAU con los equipos del otro operador.
3. Entrega de señal: consiste en la conexión de las instalaciones del otro operador en la central de TESAU con los equipos de ese otro operador colocados fuera de la central.

Cuando TESAU proporciona esos tres servicios se puede decir que la central está «abierta» o «entregada» y se dice así porque una vez que instale sus equipos en la central, ese operador puede prestar a sus clientes servicios en «acceso directo» o «desagregado». Para ello, necesita que TESAU le proporcione un último servicio, el de prolongación de par, que consiste en que el par de cobre que llega a la vivienda de ese cliente sea desconectado del repartidor de TESAU y se conecte a los equipos del otro operador mediante la «prolongación» de ese par.

¿Cuándo se produce la «prolongación del par»? Cuando el otro operador ha conseguido a un cliente, esto es, cuando ha convencido a algún cliente para que «abandone» a TESAU como suministrador de algunos o todos los servicios y «se pase» al otro operador, este le pide a TESAU que el par de cobre que llega a la vivienda de ese cliente sea desconectado del repartidor de TESAU y se conecte a sus equipos mediante la «prolongación» de ese par.

Este acceso directo puede ser:

- Acceso desagregado compartido: es una especie de arrendamiento «parcial» del par de cobre del cliente; la banda baja de frecuencias (a través de las cuales discurre la voz) sigue siendo utilizada por TESAU; la banda alta de frecuencias (que sirve básicamente para el acceso a internet de banda ancha) es arrendada al otro operador para prestar servicios xDSL. A efectos prácticos, el cliente no causa baja en la red de TESAU y sigue recibiendo la factura de TESAU en concepto de cuota de abono.
- Acceso completamente desagregado: por el que el operador alternativo toma físicamente control total sobre el par de cobre (lo arrienda por completo). El cliente causa baja en la red de TESAU, de modo que deja de recibir la factura de abono.

En caso de acceso completamente desagregado al bucle de abonado, cada vez que se produce una prolongación del par, los servicios que presta TESAU al operador alternativo (y por los que tiene derecho a cobrar) son esencialmente dos:

- La prolongación del par en sí misma considerada (esto es, la desconexión del par de cobre del cliente de los equipos de TESAU y la conexión a los del operador alternativo). Es un precio no recurrente, que se cobra de una sola vez (se denomina cuota de conexión o cuota de alta).
- La cuota mensual: del mismo modo que un cliente final de TESAU (con independencia de las llamadas que realice o del uso que haga de Internet) paga una cuota mensual, el operador alternativo que accede a ese par de cobre tiene que abonar una cantidad mensual destinada a atender los costes en los que TESAU ha incurrido para su construcción, conservación, mantenimiento, etc.

Así las cosas, los reguladores nacionales tienen un cierto margen de libertad para decidir cómo han de pagarse esos servicios. En la generalidad de los casos, incluyendo España, se ha optado por establecer una cantidad de pago único (por los servicios de conexión y desconexión) y otra cantidad recurrente, pagadera mensualmente, destinada a sufragar el resto de los costes indicados. No obstante, las partidas concretas de costes que se imputan a cada uno de los dos conceptos (pago único y cuota mensual) varían también de unos países a otros.

En este caso específico, el 19 de septiembre de 2008 la CMT abrió un expediente administrativo dirigido a modificar la OBA de TESAU en lo referente (entre otros aspectos) a la cuota mensual de acceso completamente desagregado al bucle de abonado, precio que se había fijado previamente por Resolución de la propia CMT de 14 de septiembre de 2006.

El fundamento de la apertura del procedimiento estaba en la Resolución de la CMT de 18 de marzo de 2008, que verificaba la corrección de los resultados de la contabilidad de costes presentada por TESAU referida al ejercicio 2006.

Tras la tramitación correspondiente, y tras las correspondientes alegaciones formuladas en trámite de audiencia por France Telecom España, S.A., Cableuropa, S.A.U. –ONO– (en escrito

conjunto con Tenaria, S.A.), Vodafone España, S.A.U., la Asociación de Empresas Operadores y de Servicios de Telecomunicaciones, Jazz Telecom, S.A.U. –Jazztel– y la propia TESAU, la CMT dictó la Resolución de fecha 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 TESAU (en adelante, la resolución recurrida).

En lo que aquí interesa, la resolución recurrida:

- Rebaja el precio de la cuota mensual por acceso completamente desagregado de 9,72 euros/mes a 7,79 euros/mes (aproximadamente un 20 % de rebaja).
- Dispone la aplicación de estos precios «a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución».

Frente a la resolución recurrida se interpuso recurso de reposición en fecha 9 de enero de 2009 en el que, entre otras cosas, TESAU alega que la disminución de la cuota mensual del alquiler del par completamente desagregado acordada con base en la contabilidad de costes del ejercicio 2006 vulnera el principio de orientación a costes previsto en el artículo 13.1 de la LGTel y en el artículo 11.4 del Reglamento de mercados, ya que no solo no dejaría margen a una tasa razonable de rendimiento de las inversiones, sino que incluso el nuevo precio estaría por debajo de costes.

Así, según TESAU, la obtención de menores costes por línea se habría obtenido al considerar en el método empleado un mayor número de pares, el correspondiente a la planta instalada, no a la planta efectivamente ocupada.

Asimismo, TESAU alega que la resolución recurrida no promueve la inversión eficiente y la eficiencia en materia de infraestructuras de comunicaciones electrónicas ya que los operadores alternativos han alcanzado suficiente volumen de negocio como para disfrutar de economías de escala que les permitan ofrecer servicios competitivos sin necesidad de beneficiarse de más rebajas en los servicios mayoristas. De esta manera, se reducen los incentivos para crear redes alternativas.

Adicionalmente, TESAU presenta una comparación con la situación con otros países de la Unión Europea en la que se aprecia que España tendría, con los nuevos importes, una de las cuotas de abono del servicio de acceso completamente desagregado más bajas.

Además, alega como otro motivo de nulidad la insuficiente motivación de la resolución recurrida, pues la CMT no habría contestado a algunas de las cuestiones planteadas en la fase de audiencia, siendo la exigencia de motivación incluso más intensa, al haberse apartado la resolución recurrida del criterio mantenido en anteriores ocasiones.

Finalmente, TESAU sostiene que los nuevos precios han de aplicarse desde que la resolución recurrida le fue notificada y no desde la fecha en la que fue adoptada. De otra manera, se

estaría otorgando efectividad retroactiva, infringiendo los supuestos previstos en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992).

Sin embargo, el recurso de reposición fue desestimado por Resolución del Consejo de la CMT de 12 de marzo de 2009 (en adelante nos referiremos a ella como la resolución de la reposición).

Debe advertirse que la resolución de la reposición contiene un voto particular contrario a la misma, el del consejero Sr. Plaza, en el que se posiciona a favor de TESAU ofreciendo un silogismo muy acertado. Para calcular el coste medio de una manzana vendida (dice el Sr. consejero) hay que dividir el coste de compra de las manzanas vendidas por el número de manzanas vendidas (sin sumar las manzanas no vendidas que han quedado en el almacén). Y, por lo tanto, para calcular el coste medio de un alquiler de bucle de abonado hay que dividir los costes totales de los bucles por el número de bucles usados (no por el total de los que existan).

Así las cosas, tanto la resolución recurrida como la resolución de la reposición fueron objeto de recurso contencioso-administrativo, presentándose la correspondiente demanda por parte de TESAU en fecha 15 de septiembre de 2009. De la misma pueden destacarse las siguientes cuestiones:

1. Se delimita claramente el objeto del recurso, realizándose unas consideraciones generales de carácter introductorio.

Así, TESAU señala que, en una primera aproximación, pudiera pensarse que la determinación de los precios mensuales de acceso desagregado al bucle de abonado es una compleja cuestión, con una fuerte componente técnica o contable, en la que el legislador abre la puerta al regulador para el diseño de una determinada política regulatoria, con una capacidad de decisión más o menos amplia.

Sin embargo, explica que estamos ante una cuestión relativamente sencilla de entender en la que los principios y normas aplicables son claros y en la que los márgenes de actuación de la CMT son bastante limitados.

Así indica que «la CMT ha calculado los costes del acceso desagregado al bucle de abonado de TESAU en el año 2006 y, a la vista de esos costes, tiene que decidir cuál es el precio mensual que tienen que pagar otros operadores por utilizarlo. Y la CMT –trataremos de demostrarlo– se equivoca, porque divide los costes totales no por los bucles realmente utilizados, susceptibles de generar ingresos, sino por todos los existentes.

El consejero de la CMT, Sr. Plaza, en su voto particular contrario a la resolución de la reposición, ofrece un silogismo muy acertado. Para calcular el coste medio de una manzana vendida (dice el señor consejero) hay que dividir el coste de compra de las manzanas vendidas por el número de manzanas vendidas (sin sumar las manzanas no vendidas que han quedado en el almacén). Y, por lo tanto, para calcular el

coste medio de un alquiler de bucle de abonado hay que dividir los costes totales de los bucles por el número de bucles usados (no por el total de los que existan).

TESAU dispone de algo más de 21 millones de líneas; de ellas, unos 16 millones están en servicio (clientes de TESAU o de otros operadores, que han desagregado bucles de mi mandante) y 5 millones están «vacantes» (y pueden ser utilizados por TESAU o por otros operadores). ¿Entre cuánto hay que dividir el coste total de esas líneas: entre los 21 millones o entre los 16?

Imaginemos que el coste es 100; si para calcular el precio unitario dividimos 100 entre 21 millones (como hace la CMT en la resolución recurrida), el resultado es algo menos de 5 euros cada línea. Y, ¿cuánto recupera TESAU? El resultado de 16 millones de líneas ocupadas, 80 millones, con lo que TESAU pierde 20 millones.

Y TESAU no tiene por qué perder dinero al alquilar el bucle a terceros operadores, porque así lo dicen las directivas y prácticas comunitarias, la LGTel y toda la normativa de aplicación».

2. TESAU se reafirma y profundiza en los argumentos técnicos y jurídicos que expuso al formular el recurso de reposición.

De este modo, los motivos de la demanda deducida por TESAU se centran, en síntesis, en que el precio de la cuota mensual del acceso completamente desagregado ha sido indebidamente calculado por la CMT, infringiendo el artículo 13 de la LGTel (extendiéndose, con fundamento en un informe de parte, en la naturaleza de la contabilidad de costes, su aplicación al caso y cuestionando la metodología utilizada por la CMT). Al respecto extrae las siguientes conclusiones: «en definitiva TESAU considera que el precio fijado en la resolución recurrida para el alquiler mensual del bucle desagregado es contrario al artículo 13 de la LGTel y normativa de desarrollo, en la medida en que no está orientado a costes. Es un precio:

- Resultado de una metodología extracontable, que se ha demostrado inconsistente con la contabilidad de costes.
- Resultado de un cambio de metodología (inclusión de todos los pares vacantes en el denominador de la fórmula) que no solo no ha sido motivado por la CMT, sino que incluso (de forma sorprendente) ha sido negado.
- Resultado de dividir los costes totales por el total de pares instalados, incluyendo los vacantes, y olvidando que la existencia de los mismos es consustancial al desarrollo de una red eficiente cuyo coste no tiene que ser soportado en exclusiva por TESAU, ya que de su existencia se benefician también los operadores alternativos.
- Que provoca que TESAU vaya a perder dinero (lo que es radicalmente contrario al principio de orientación a costes), como lo evidencia el hecho de que, de haberse aplicado el nuevo precio fijado (que «se supone» que resul-

ta de la contabilidad de 2006) a 2006, 2007 y 2008, TESAU habría perdido sistemáticamente importantes (y crecientes) cantidades.

- Que desconoce la tendencia que están experimentando los costes de uso de la red, que vienen incrementándose en los últimos tiempos, como lo demuestra que la cuenta relativa a la cuota mensual del bucle desagregado, aun aplicando los precios fijados en 2006, haya arrojado resultado negativo en 2008 y como lo demuestra, también, que algunos países europeos estén incrementando los precios; como resulta del Dictamen de PwC, tanto el regulador italiano como el británico han decidido aumentar la cuota. En concreto, la cuota mensual en Italia se ha incrementado un 11,1 %, al pasar de 7,64 euros/mes a 8,49 euros/mes. En Reino Unido, la cuota mensual ha subido más de un 5 %, al pasar de 6,81 euros/mes a 7,2 euros/mes. El regulador británico ha introducido además un mecanismo para la revisión automática al alza de la cuota mensual en los próximos años. En concreto, la cuota mensual en el periodo 2010-2011 aumentará en un porcentaje igual al crecimiento del índice de precios minorista incrementado en 5,5 puntos porcentuales.

El «resuelve» primero de la resolución recurrida ha de ser, pues, declarado contrario a Derecho, declarando que la cuota mensual de acceso desagregado al bucle de abonado ha de calcularse atendiendo al número de accesos comercializables en 48 horas (como se hizo en 2006) y analizando también, de forma prospectiva, la evolución al alza de los costes del acceso desagregado que van demostrando las contabilidades presentadas por TESAU a la CMT».

Asimismo, se cuestiona el acto administrativo argumentando sobre la fecha de su eficacia, efectuando una interpretación del artículo 57 de la Ley 30/1992, favorable a su tesis, relativa a la improcedencia de una aplicación retroactiva.

3. A fin de cuestionar la metodología técnica utilizada por la CMT, TESAU respalda su argumentación en una pericial de parte que en el ramo de prueba fue ratificada a presencia judicial (en realidad, dos informes periciales, uno de 14 de septiembre de 2009 y un segundo, calificado de «apéndice» al anterior, de 7 de octubre de 2010).

Las conclusiones del primero fueron las que siguen:

«Conclusiones:

El análisis realizado en este dictamen pericial muestra que el cálculo de la cuota mensual realizado por la CMT no se basa en el resultado de la contabilidad de costes de Telefónica para el servicio de alquiler del bucle desagregado. Ello a pesar de que este instrumento ha sido introducido bajo los principios establecidos por el regulador, es el que proporciona la información más precisa para la fijación de precios orientados a costes, y de que sus resultados para 2006 y 2007 han sido aprobados por la CMT.

Por el contrario, la CMT se basa en un estudio extracontable que presenta inconsistencias y arroja un coste unitario de red menor que el calculado para otros servicios que utilizan los mismos componentes de red que el bucle desagregado.

La aplicación de la cuota mensual calculada de esta forma habría llevado en 2006 y 2007, de acuerdo con los resultados de la contabilidad de costes aprobados por la CMT para estos dos años, a que los ingresos se situaran por debajo del coste de provisión del servicio, lo que infringiría el principio de orientación de precios a costes.

La aplicación durante todo el año de la nueva cuota a los resultados de la contabilidad de costes de 2008, que ofrecen información desglosada sobre los costes e ingresos imputables a la cuota mensual y están pendientes de aprobación por la CMT, llevaría a que el margen por la prestación del servicio, que ya era negativo, arrojara pérdidas muy superiores.

Finalmente, la nueva cuota mensual llevaría a que España se situase como el segundo país de la UE-15, y el tercero de la UE- 27, con menor precio para este servicio. Ello a pesar de que es uno de los países con menor densidad de población, lo que lleva a que los costes de prestar el servicio tiendan a ser mayores que en otros países. La comparación internacional muestra además que la rebaja de la cuota mensual en España contrasta con la reciente decisión por parte de algunos reguladores europeos de incrementar el precio del servicio de acceso del bucle desagregado».

Las del segundo rezan así:

«Conclusiones

El análisis desarrollado a lo largo de este documento muestra que la cuota mensual de 7,79 euros/mes fijada por la CMT para el alquiler del bucle completamente desagregado no permite recuperar los costes de provisión del servicio en los años 2008 y 2009. En concreto, y de acuerdo con los datos de la contabilidad de costes aprobada por la CMT para 2008, la aplicación de la nueva cuota mensual durante los 12 meses del año habría resultado en unas pérdidas superiores a los 17 millones de euros. El coste medio del servicio en este año se situó en 9,14 euros/mes. En el año 2009, y de acuerdo con las cifras presentadas por Telefónica a la CMT, la aplicación de esta cuota mensual ha resultado en unas pérdidas de más de 36,5 millones de euros. El coste medio de provisión del servicio en este mismo año ascendería a 9,80 euros/mes.

En vista de lo anterior, encontramos que la nueva evidencia disponible desde que emitimos nuestro Dictamen Pericial de 14 de septiembre de 2009 no introduce variaciones sobre las conclusiones alcanzadas en dicho dictamen. Por el contrario, la evidencia muestra de forma consistente que la nueva cuota mensual fijada por la CMT no permite recuperar los costes de provisión del servicio».

Esas conclusiones fueron aclaradas en fase procesal de prueba, con la documentación digital correspondiente, señalándose por el perito deponente, en síntesis, que el cálculo de costes por

la CMT deriva de una fracción cuyo numerador se basa en la contabilidad de TESAU, incluyendo determinados conceptos, de los que cuestionó algunos, y cuyo denominador es el número de pares instalados. Indicó además que la fórmula utilizada por la CMT en 2006 es distinta de la tenida en cuenta en 2008, ya que en la segunda se incluyen los pares de cobre sin servicio, en otras palabras, todos los instalados, lo que evidentemente perjudica a TESAU, que solo cobra por los pares efectivamente en servicio. Añadió, basándose en los estudios reflejados en ambos dictámenes, que este sobredimensionamiento del denominador da lugar a un precio que genera pérdidas a TESAU, ya que estaría por debajo de los costes, razonando que un precio más bajo no genera un incremento de la demanda.

El recurso contencioso-administrativo de TESAU fue desestimado íntegramente por la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de mayo de 2011. De dicha sentencia merece extractarse lo siguiente:

1. En relación con las pruebas propuestas por TESAU a efectos de cuestionar la metodología aplicada por la CMT señala en su fundamento de derecho cuarto que «lo cierto y verdad, a pesar del más que loable esfuerzo argumental y probatorio de la actora, es que los costes del bucle local se generan por el conjunto de líneas instaladas, estén o no en uso y que el coste correspondiente a los pares vacantes debe ser soportado por su responsable, que no es otro que TESAU. Y es que esos elementos vacantes se vinculan a los intereses de TESAU, con independencia de que parte de ellos puedan ser utilizados en el futuro por operadores alternativos, pues lo esencial es que la ahora recurrente dispone de pares vacantes para fines como el servicio universal, la salvaguardia de un potencial aumento de la demanda por la existencia de nuevos clientes o el mantenimiento de una reserva de elementos que puedan subvenir a posibles averías. Y en unos y otros casos se trataría, evidentemente, de activos de titularidad de la entidad actora.

[...]

En definitiva, el proceder del regulador se funda en justificaciones objetivas y razonables en las que no es posible atisbar arbitrariedad alguna, sin que la entidad recurrente haya probado que los criterios en los que pretende basar su tesis sean más correctos que los de la decisión administrativa, cabalmente motivados y que no han quedado desvirtuados por los elementos probatorios existentes en autos, no han podido demostrar que las resoluciones impugnadas incurran en tacha de ilegalidad alguna, por lo que en conclusión, el motivo de impugnación ahora abordado no puede prosperar».

2. Y en relación con la improcedencia de una aplicación retroactiva de la resolución recurrida, la sentencia manifiesta en el fundamento de derecho séptimo que «la eficacia del acto administrativo no queda subordinada a una notificación más o menos demorada en el tiempo, sobre todo en supuestos como el presente, en los que existen intereses de terceros en juego, concretamente de los otros operadores en presencia,

por lo que atender a la fecha de la propia resolución, una vez verificado el esfuerzo hermenéutico que en relación con el contenido o naturaleza de la propia resolución es menester procurar (como advierte la STS de 20 de septiembre de 2004), no resulta contrario a una recta interpretación del artículo 57 de la Ley 30/1992 e incluso satisface las exigencias de seguridad jurídica que a todos los operadores interesa, en aras de la mayor certeza sobre los márgenes de su desenvolvimiento en el mercado de las telecomunicaciones.

Por otra parte, no es dable atender la alegación sobre la pretendida retroactividad no permitida por el ordenamiento, si se tiene en cuenta que no existe tal cuando a lo que se limita el acto administrativo es a establecer la eficacia a partir de la fecha de su aprobación, lo que supone que no estemos ante la aplicabilidad o no del apartado 3 del repetido artículo 57, sino, antes bien, frente a si, indagando teleológicamente lo que la Administración decide, resulta factible una eficacia demorada (apdo. 2), lo que, según lo hasta ahora razonado, no puede inferirse, y, es más, la solución contraria contravendría la esencia del acuerdo adoptado, como antes hemos argumentado, por lo que la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido también respecto de esta segunda causa de impugnación».

Así las cosas, con fecha 25 de octubre de 2011 TESAU interpuso ante el Tribunal Supremo recurso de casación contra la citada sentencia de la Audiencia Nacional, al amparo de los siguientes motivos:

1. Al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, por infracción del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 216 y 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC), preceptos aplicables al orden contencioso-administrativo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 de dicho texto legal y en la disposición final primera de la LJCA, por falta de motivación de la sentencia de instancia y por no haber estado valorada (siendo relevante para la resolución del procedimiento) la prueba pericial practicada en autos.
2. Al amparo del artículo 88.1 d) de la LJCA por infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 217, 335, 347 y 348 de la LEC, así como la infracción de la jurisprudencia que veta las valoraciones de la prueba que resulten ilógicas, absurdas, arbitrarias, irracionales o claramente contrarias al sentido común encarnado en las reglas de la sana crítica, plasmada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 y 13 de diciembre de 2000.
3. Al amparo del artículo 88.1 d) de la LJCA por infracción del principio de orientación a costes consagrado en la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones

electrónicas y recursos asociados y a su interconexión, así como en los artículos 13 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de mercados (y, en última instancia, infracción del art. 33 de la Constitución).

4. Al amparo del artículo 88.1 d) de la LJCA por infracción del artículo 57 de la Ley 30/1992.

Dicho recurso de casación fue estimado por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2014³, cuyo fallo es el que sigue:

«Primero. Ha lugar al recurso de casación número 4689/2011 interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U." contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección octava, de la Audiencia Nacional con fecha 17 de mayo de 2011 en el recurso 253 de 2009, que casamos.

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

A) El "resuelve primero" en cuanto modifica "el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros".

B) El "resuelve tercero" en cuanto dispone que aquel importe será de aplicación "a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución".

Tercero. No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la casación».

2. OBJETO

Pues bien, sobre la base de los anteriores antecedentes, el presente trabajo tiene por objeto llevar a cabo una valoración de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2014⁴, centrando nuestra atención especialmente en las dificultades que puede plantear la ejecución de la misma por el regulador, que hoy en día no es otro que la CNMC, esbozando asimismo qué escenarios pueden darse en dicha ejecución y, finalmente, señalando nuestras recomendaciones al respecto.

³ STS de 18 de noviembre de 2014 [Rec. 4689/2011 (NCJ061279)].

⁴ Véase nota anterior.

3. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2014 estima el recurso de casación interpuesto por TESAU sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. En relación con la improcedencia de una aplicación retroactiva de la resolución recurrida, en su fundamento de derecho segundo estima el motivo cuarto del recurso de casación diciendo lo siguiente:

«En nuestra reciente Sentencia de 21 de octubre de 2014 (recurso 4250/2011) hemos dado la razón sobre este punto a "Telefónica de España, S.A.U.", lo que implicará por sí solo la necesidad de casar también la sentencia objeto del presente litigio. Se debatía en aquel recurso, entre otras cuestiones, la validez de la misma cláusula de eficacia temporal, establecida en otra resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en concreto la de 17 de septiembre de 2009) por la que se procedió a revisar la cuota mensual del par en el acceso compartido de la OBA.

Pues bien, son igualmente aplicables al caso de autos, ante la identidad de circunstancias y razones de decidir, las consideraciones que contienen los fundamentos jurídico tercero y cuarto de nuestra Sentencia de 21 de octubre de 2014 respecto de la imposibilidad de dotar de eficacia inmediata, antes de su notificación al destinatario principal (precisamente el autor de la propuesta revisada), a un acuerdo por el que se fijan los importes de las cuotas de la OBA que aquel puede cobrar a los operadores con quien va a contratar. Sin necesidad de transcribirlas en toda su extensión, baste decir que no cabe exigir de "Telefónica de España, S.A.U." la obligación de ofrecer a sus competidores ciertos importes antes de que estos últimos precios máximos le hayan sido comunicados mediante su obligada notificación (hecho que, por lo demás, como ya afirmamos en nuestra sentencia anterior, puede ser muy próximo a la aprobación del acuerdo mismo).

La aplicación del artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, exige, pues, en este caso demorar la eficacia del acto supeditándola a su notificación».

Como se ve, la fundamentación en este caso de nuestro más Alto Tribunal es lógica y razonable, pues no se puede pedir a TESAU que lleve a cabo un imposible, como facilitar a la competencia los precios de la OBA antes de que se los haya notificado la antigua CMT.

Es más, como el propio Tribunal Supremo remarca, en dicho fundamento de derecho segundo, este fallo es consistente y coherente con la línea jurisprudencial marcada a este respecto en otra sentencia, como es la de 21 de octubre de 2014.

2. En el fundamento de derecho tercero se estima el primer motivo de la casación al considerar que, en relación con la prueba pericial aportada por TESAU, la Audiencia Nacional debería haber llevado a cabo un análisis especialmente exhaustivo.

En efecto, dicho fundamento señala lo siguiente:

«La casación de la sentencia de instancia, que deriva de la estimación del cuarto motivo, se habrá de extender también a la respuesta insuficiente que sobre la cuestión de fondo suscitada en el proceso dio la Sala de la Audiencia Nacional, previo acogimiento del primero. A nuestro juicio, el debate planteado ante ella exigía, dada la complejidad de las cuestiones suscitadas, un análisis particularmente exhaustivo de la prueba pericial –informe de la consultora PwC– pues se trataba del único medio procesal al alcance de la recurrente para desvirtuar las conclusiones del organismo regulador, a su vez basadas, al menos en parte, en informes de carácter económico y contable llevados a cabo por otras empresas de consultoría privadas. Informes estos últimos que, por lo demás, ni constaban en su integridad en el expediente administrativo (hay referencias a ellos en el acuerdo impugnado) ni en los ramos de prueba del proceso.

Si el control jurisdiccional de los actos del organismo regulador ha de tener la intensidad propia de una revisión íntegra (sin perjuicio de mantener los elementos discrecionales de apreciación que no estén viciados), ha de prestarse en estos litigios una especial atención a los informes periciales contradictorios que se practiquen en la pieza de prueba. A diferencia de otros supuestos, en este la defensa de la Administración del Estado no solo no propuso prueba alguna sino que se abstuvo de intervenir –formulando preguntas o interesando aclaraciones– en la ratificación del perito, que solo hubo de responder a las peticiones de explicación interesadas por la defensa de la parte que lo había propuesto.

Es cierto que la Sala se refirió al resultado de la pericia en el fundamento jurídico cuarto, tras calificar de "más que loable" el "esfuerzo argumental y probatorio de la actora". Lo hizo para obtener sus propias conclusiones respecto de una de las cuestiones controvertidas (el cómputo de las líneas vacantes frente a las líneas en servicio) pero, sin embargo, dejó de referirse –o más bien, lo hizo en términos insuficientes, por su generalidad– al resto de elementos de hecho y factores determinantes que en la prueba pericial habían quedado confirmados o, al menos, sujetos a debate. Entre ellos destacan algunos de los que el primer motivo de casación refleja, a saber: el cambio de la metodología de costes empleada en el acto recurrido, frente a la utilizada por el organismo regulador en otras anualidades previas; el hecho de que para calcular los costes relacionados con el uso de los mismos elementos la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones empleara

—en la misma resolución— criterios distintos en función del servicio al que fueran destinados; la aceptación de un método de cálculo no basado en la contabilidad de costes que la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había exigido a "Telefónica de España, S.A.U." y, en fin, el hecho de que el precio fijado diera como resultado pérdidas por el alquiler del par de cobre, según las estimaciones de la propia compañía.

Todos estos elementos de apreciación habían sido alegados en los escritos procesales de la recurrente como elementos probatorios suficientes para concluir que se había infravalorado el precio de la cuota mensual del alquiler del bucle desagregado, como reconocía la Sala de instancia al reseñar en el segundo fundamento jurídico de la sentencia los correlativos argumentos de "Telefónica de España, S.A.U.". Pues bien, si fueron objeto de una prueba pericial calificada por el propio tribunal de instancia en los términos antes transcritos, debieron también determinar una respuesta más detallada —favorable o desfavorable— de la Sala, cuyo juicio global al respecto («sin que la entidad recurrente haya probado que los criterios en los que pretende basar su tesis sean más correctos que los de la decisión administrativa, cabalmente motivados y que no han quedado desvirtuados por los elementos probatorios existentes en autos») no satisface en su integridad las exigencias procesales correspondientes. Razón de más para que la casación de la sentencia, derivada de la estimación del cuarto motivo, se base también en el acogimiento del primero».

Como se puede apreciar claramente, la sentencia del Tribunal Supremo hace suya, con acierto, la tesis defendida por TESAU en el recurso de casación y que, en síntesis, consistía en resaltar que la sentencia de la Audiencia Nacional adolece de la mínima e imprescindible motivación que exige la adecuada salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la Sala *a quo* se habría limitado a dar por buenos los razonamientos de la CMT (que transcribe a lo largo de dos páginas y media) y pretende motivar tal aceptación en solo dos párrafos (resumen, además, muy simplificado de la tesis de la CMT), pero sin explicar por qué no acepta las alegaciones formuladas por TESAU (las relativas al alcance del principio de orientación a costes, los beneficios obtenidos por los operadores alternativos con los bucles vacantes, etc.) ni por qué rechaza las pruebas (singularmente la pericial) practicadas a instancia de TESAU.

Ello, como es lógico, obliga a casar la sentencia y a resolver sobre el fondo del asunto, cosa que se lleva a cabo, como ahora vamos a ver, en los fundamentos de derecho sucesivos.

3. Así las cosas, la casación de la sentencia de la Audiencia Nacional obliga al Tribunal Supremo *ex* artículo 95.2 d) de la LJCA a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate, en especial, si se respetó o no el principio de orientación a costes.

De este modo, en el fundamento de derecho cuarto se refleja lo siguiente:

«[...] hemos de decidir tan solo si se respetó en este caso el criterio de "orientación a costes" inserto en todas las normas, nacionales y de la Unión Europea, invocadas por la recurrente y aplicadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Normas que regulan la intervención de este organismo en la imposición de obligaciones específicas a los operadores de telecomunicaciones con poder significativo en el mercado y entre las que figura la relativa a los precios máximos que pueden cobrar a otros operadores en los ámbitos objeto de regulación. La controversia no es tanto sobre los perfiles generales de aquel criterio, ni en sentido estricto sobre la interpretación de normas (aunque lógicamente la función hermenéutica estará siempre presente), sino sobre los presupuestos que, en concreto, utilizó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en este caso para hacer el cálculo, a la luz de las pruebas practicadas.

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

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

munitario confiere a los justiciables, y decidir en definitiva la intensidad del control jurisdiccional aplicable, en términos de equivalencia y efectividad.

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

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

En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo, tras reconocer, como no puede ser de otra forma, que la CMT ostentaba las facultades para modificar el precio de la cuota mensual por acceso completamente desagregado, le recuerda que dicha modificación no puede ser arbitraria sino que ha de justificarlo con el material probatorio adecuado.

Al no haberlo hecho así –la STS es clara cuando dice que no se propuso por la Abogacía del Estado prueba alguna– y al haber llevado a cabo TESAU un esfuerzo probatorio «loable» –en los términos que señaló la SAN–, nuestro más Alto Tribunal falla con razón que del análisis del exhaustivo material probatorio aportado por TESAU no cabe otro resultado que considerar favorable la pretensión de la misma en lo que concierne al fondo del asunto.

4. Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia del Tribunal Supremo se explica cómo varios de los presupuestos inspiradores de la fijación del precio adoptado finalmente (7,79 €/mes) por la CMT no resisten –al entender del Tribunal Supremo– el análisis crítico que TESAU ha desplegado en el litigio.

Así:

«A) El primero es el factor empleado para el cálculo del precio, resultado de dividir los costes totales por el número de pares de cobre instalados, tanto si están en servicio como si están vacantes. Obviamente, si un mismo

numerador de costes se divide por 21 millones de líneas (conjunto de las que están en servicio y las vacantes) tal como se hace en la resolución objeto de litigio, el resultado difiere de dividirlo por solo 16 millones (total de líneas en servicio activo).

Hasta el acto impugnado, según las pruebas practicadas –y, en cierto modo, así lo viene a admitir la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuando afirma "a mayor abundamiento" que "de ser mayor el número de pares instalados que el considerado en anteriores ocasiones TESAU se habría estado beneficiando de una cuota superior a la que le hubiera correspondido"– la división del coste total se había hecho tomando como divisor el número de líneas instaladas que daban servicio. Así se hizo en las revisiones correspondientes a los años 2002, 2004 y 2006, según se refleja en la prueba practicada. El cambio producido a finales del año 2008 obedecería al hecho de que "Telefónica de España, S.A.U." había dado la cifra de "pares totales" (incluidos los vacantes) en su respuesta al requerimiento hecho por la propia comisión. Pero, como bien afirma la recurrente, no es imaginable que el organismo regulador desconociera en los años anteriores cuál era el número real de líneas telefónicas existentes en España, estuvieran en servicio o no, cuando las diferencias son de los millones antes apuntados.

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

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

2008 este porcentaje representó el 41,8% de las altas mediante acceso desagregado, y en los meses de enero a junio de 2009, aumentó hasta el 49,4%".

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

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

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

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

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no llega en ningún momento a afirmar que sea legítima una fijación del precio que provoque pérdidas al operador histórico. Siendo ello así, si el nuevo informe pericial se basaba en la contabilidad de "Telefónica de España, S.A.U." del

año 2009 (el primero en el que se aplicó aquella cuota mensual) tal como había sido auditada y presentada al organismo regulador, para demostrar que generaba pérdidas, constituye un elemento de convicción adicional, incorporado al litigio, que unido a los demás contribuye a poner de relieve la falta de ajuste del precio final al criterio rector que ha de inspirar su fijación.

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

En síntesis y cargado de sentido común, el Tribunal Supremo en el presente fundamento desmonta la tesis de la CMT, armando su razonamiento en los siguientes pilares:

- En el cambio de criterio a la hora de computar el número de pares, actuación claramente contraria a la doctrina de los actos propios, ya que lo que no puede es simultáneamente reivindicar que mantiene la metodología utilizada en las anteriores ocasiones que se ha revisado la OBA y emplear un factor (el número de pares totales) que no fue el empleado en aquellas otras ocasiones.
- En la prueba practicada a lo largo del procedimiento y que ha acreditado claramente que los pares vacantes también están a disposición de los operadores alternativos, y no solo de TESAU.
- En la actuación contradictoria de la CMT, actuación que también conculca la doctrina de los actos propios, pues sin justificación suficiente decide utilizar una metodología «extracontable», al margen de la contabilidad de costes que se le exige por el propio regulador a TESAU.
- En que tampoco se proporciona por la CMT una explicación suficiente, en términos de razonabilidad, sobre el hecho de que para la valoración del coste de unos mismos elementos de la red llegue a resultados distintos en función del servicio al que esos costes se van a aplicar.
- Y, por último, en que queda acreditado que el precio fijado de 7,79 euros mensuales provoca pérdidas a TESAU, obligación, por tanto, que no tendría el deber jurídico de soportar.

En conclusión, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2014⁵, debe calificarse como muy positiva para los intereses de TESAU, toda vez que sobre una construcción de gran calidad tanto técnica como jurídica desarbola la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2011, así como los razonamientos de la resolución recurrida y la resolución de la reposición, estimando íntegramente las pretensiones de TESAU.

No obstante, y como expondremos en el siguiente apartado, la problemática que se plantea ahora es la incertidumbre que se genera en este momento al tener que ejecutar la Sentencia del Tribunal Supremo la CNMC –al haber quedado extinguida la CMT–, debido a las amplias facultades discrecionales que esta posee.

4. DIFICULTADES DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA: MARGEN Y DISCRETIONALIDAD DE LA CNMC A LA HORA DE FIJAR NUEVAMENTE EL PRECIO DE LA OBA

En efecto, y como ya se ha anticipado, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo resulta positiva para los intereses de TESAU, lo cierto es que la implementación de su fallo por la CNMC puede que no resulte todo lo fácil que sería deseable.

A este respecto, debemos de tener presente el fundamento de derecho sexto de la sentencia, a cuyo tenor:

«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 esta, 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

⁵ STS de 18 de noviembre de 2014 [Rec. 4689/2011 (NCJ061279)].

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 solo por los otros operadores" sino que lo fuese por "Telefónica de España, S.A.U." y por aquellos en una determinada proporción (a su entender, 80 a 20). 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».

En definitiva, se le impone al regulador una serie de límites en el cálculo del precio, a saber, (i) que se ajuste a la contabilidad de costes y (ii) que no suponga una *reformatio in peius*.

Sin embargo, salvados los anteriores límites, recuperará toda su capacidad de concretar el precio, pudiendo variar tanto el numerador como el denominador de los componentes de costes. Y finalmente, podrá –y aquí añadimos nosotros «o no»–: (i) tener en consideración no que el coste de los pares vacantes sea soportado solo por los otros operadores sino que lo fuese por TESAU y por aquellos en una determinada proporción (80 a 20); y (ii) utilizar los datos reales de la contabilidad de TESAU referida al ejercicio 2008.

Por tanto, salvando las limitaciones impuestas, el actual regulador goza de libertad absoluta para revisar el precio de la OBA pues la utilización de la palabra «podrá» por la sentencia significa que los criterios apuntados por la misma no tendrán carácter vinculante para la CNMC.

A mayor abundamiento, a lo largo de toda la sentencia del Tribunal Supremo si bien se advierte del erróneo proceder de la antigua CMT, no es menos cierto, como hemos visto, que reconoce abiertamente las amplias facultades de las que goza el regulador para revisar los precios del bucle siempre y cuando lo justifique exhaustivamente y no lleve a cabo actuaciones arbitrarias y contradictorias.

En este sentido, recordemos la habilitación competencial de la antigua CMT, contenida en los siguientes preceptos:

1. El artículo 48.2 de la LGTel en cuya virtud «la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos».

Adviértase, no obstante, que este artículo fue derogado por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ley que extingue la CMT y le atribuye sus funciones a la CNMC en su artículo 6 al señá-

lar que la misma «supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

1. Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su normativa de desarrollo.
 2. Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constata que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.
 3. Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.
 4. Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1 a) de la presente ley.
 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.
 6. Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por ley o por real decreto».
2. De igual modo, el artículo 7.3 del Reglamento de mercados establece que «la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; también entenderá de los conflictos que en relación con estos accesos se planteen entre los operadores, tanto durante la negociación de los acuerdos como durante su ejecución».
3. Y el artículo 9.2 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (directiva de acceso) señala igualmente que «las autoridades nacionales de reglamentación podrán, entre otras cosas, introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la presente directiva».

Y en el caso de considerar aplicable la recientemente aprobada Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, la habilitación la encontraríamos en términos muy similares en

su artículo 70, apartados 1 y 2, cuando señala lo siguiente: «1. La naturaleza, funciones, estructura, personal, presupuesto y demás materias que configuran la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia están reguladas en la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

2. En particular, en las materias reguladas por la presente ley, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá las siguientes funciones:

- a) Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en el artículo 13 de la presente ley y su normativa de desarrollo.
- b) Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constatare que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.
- c) Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en el artículo 14 de la presente ley y su normativa de desarrollo.
- d) Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente ley.

En particular, le corresponderá resolver conflictos entre operadores relativos a la determinación de las condiciones concretas para la puesta en práctica de la obligación impuesta por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, o de la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 32 de la presente ley, así como resolver conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente ley.

(...)

- g) Intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, en los términos establecidos en el artículo 12 de la presente ley y su normativa de desarrollo (...).

Y es que, en definitiva, las facultades discrecionales del organismo regulador resultan ciertamente amplias, toda vez que se le reconocen, entre otras:

1. Un poder general de intervención al establecerse que adopte las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.
2. La posibilidad de imponer obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mercado, que se mantendrán por el tiempo imprescindible y las suprimirán cuando se constate la existencia de competencia efectiva.
3. La posibilidad de imponer obligaciones a un operador de comunicaciones de redes públicas que facilite el acceso también a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales; así como a los operadores con poder significativo de mercado en materia de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, acceso a recursos específicos y control de precios o incluso a otras materias y a otros operadores cuando concurren circunstancias excepcionales.

Siendo esto así, el abanico de posibilidades es infinito, abriéndose, por tanto y en todo caso, un periodo indeseable de incertidumbre, toda vez que las facultades discrecionales de la CNMC pueden llevar nuevamente a una resolución insatisfactoria para los intereses de TESAU que obliguen bien a iniciar un nuevo procedimiento administrativo y el consiguiente contencioso-administrativo o bien a plantear un incidente de ejecución de sentencia *ex* artículos 103.4 y 109 de la LJCA.

A ello se le unirían, como ya se ha apuntado, debates jurídicos sobre cuál debería ser la normativa aplicable al nuevo cálculo, ¿la LGTel o la recientemente aprobada Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones?

En cualquiera de los casos –nuevo procedimiento o incidente de ejecución–, esta situación resultaría gravosa para los intereses de TESAU por la pérdida de tiempo y de recursos que supondría iniciar una nueva batalla contra el regulador, pudiendo además convertirse en «el cuento de nunca acabar».

De hecho, experiencias recientes de TESAU frente a la CNMC confirman el anterior planteamiento. En efecto, este tipo de situaciones no son nuevas para TESAU, pudiendo señalar como ejemplo las siguientes:

1. La batalla existente entre TESAU y la CMT por la tasa anual por la prestación de servicios de terceros, también conocida como la tasa general de operadores (en adelante, TGO), tasa anual cuya base imponible está constituida por sus ingresos brutos de explotación y cuyo tipo de gravamen actualmente es de un 1,5 por mil.

En efecto, las dudas entorno a la validez de la TGO a la luz de la normativa europea, así como las liquidaciones de los ejercicios 2004-2009 de la misma han dado lugar a una conflictividad jurídica muy relevante para TESAU que ha generado un elevado número de expedientes administrativos, recursos, reclamaciones económico-adminis-

trativas, recursos contencioso-administrativos y procedimientos comunitarios que en la actualidad se encuentran en distintas instancias y fases administrativas y judiciales.

Tras haberse impugnado la propia TGO por TESAU y haberse planteado la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el TJUE dictó Sentencia en fecha 21 de julio de 2011 en la que se admitió la conformidad con la normativa europea de la TGO española calculada sobre la base de los ingresos brutos de explotación.

Frente a lo anterior, TESAU con buen criterio ha conseguido anular las liquidaciones giradas entre los años 2004 y 2009, en algunos casos, a través de sentencias firmes del Tribunal Supremo (por ejemplo, la STS de 9 de febrero de 2012 relativa al ejercicio 2004 o la STS de 22 de febrero de 2012 relativa a la liquidación del año 2005) y, en otros casos, mediante varias Sentencias de la Audiencia Nacional (de fecha 19 de noviembre de 2012 relativas a los ejercicios 2006 y 2007) cuyo recurso de casación aún está pendiente de resolución pero cuya ejecución provisional había sido solicitada por TESAU vinculando la misma a la prestación de la correspondiente caución o garantía.

De este modo, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional estiman los recursos de TESAU contra las distintas liquidaciones y de manera clara ordenan anular las mismas y obligan a la CMT a la devolución de las cantidades pagadas por TESAU por dicho concepto. En definitiva, en ninguna parte de los fallos o de las sentencias se ordena la retroacción de las actuaciones para llevar a cabo una nueva liquidación.

Sin embargo, la CMT a la hora de ejecutar las sentencias ha procedido de la siguiente manera:

- En aquellos casos en los que la anulación de la TGO es declarada por el Tribunal Supremo en casación, la CMT, después de devolver la totalidad de lo pagado por TESAU más los intereses de demora, está procediendo a girar unas nuevas liquidaciones «en cumplimiento» de sentencia por un importe más reducido ajustando el tipo de gravamen aplicable a lo que la CMT considera a su entender como acorde al coste del servicio aplicando el principio de equivalencia.
- En aquellos casos en los que es la Audiencia Nacional quien anula en primera instancia la TGO y cuya ejecución provisional fue solicitada por TESAU: por un lado, impugna la ejecución provisional ante la propia Audiencia Nacional, habiendo incluso interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo (por ejemplo, respecto de la liquidación de 2006); y por otro, dicta nuevas resoluciones, también «en cumplimiento» de las correspondientes sentencias, en las que aprueba igualmente una nueva liquidación tributaria en la que también ajusta el tipo de gravamen y ordena la compensación de esa nueva liquidación con lo que se ha ordenado devolver en ejecución provisional, minorándolo (por ejemplo, respecto del ejercicio 2007).

En dichas liquidaciones la CMT reconoce expresamente que la aplicación nuevamente del tipo impositivo determinado en la norma vigente para la TGO supondría vulnerar, otra vez, la legalidad, ya que daría como resultado una liquidación tributaria que superaría con mucho el coste del servicio. Y para salvar tal «inconveniente», procede a recalcular lo que la propia CMT estima que es el coste del servicio.

Frente a las nuevas liquidaciones y a fin de proteger sus derechos, TESAU se ha visto obligada a «empezar otra vez», iniciando dos vías simultáneas y paralelas de defensa, a saber:

- De una parte, ha planteado varios incidentes de ejecución de sentencia al amparo de lo previsto en el artículo 109 de la LJCA por considerar, entre otras cosas, que las nuevas liquidaciones son actos contrarios a los pronunciamientos de las diferentes sentencias y que se están dictando con la finalidad de eludir su cumplimiento y, por tanto, son nulas de pleno derecho en virtud del artículo 103.4 de la LJCA.
 - De otra parte, y pese a considerar que no es la vía adecuada, toda vez que TESAU considera que las nuevas liquidaciones son puras e indebidas ejecuciones de sentencias, a fin de no perjudicar sus derechos de defensa, interpone con carácter cautelar las correspondientes reclamaciones económico-administrativas ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que pueden acabar derivando en un nuevo recurso contencioso-administrativo que podría culminar en el correspondiente recurso de casación dentro de varios años.
2. Los pleitos vigentes entre TESAU y la CNMC por el coste neto del servicio universal (en adelante, CNSU). En efecto, cada año la CMT –hoy CNMC– cuantifica el CNSU (esto es, lo que le cuesta a TESAU prestar los servicios amparados en el servicio universal), posteriormente determina si soportar ese coste es una desventaja competitiva o carga injustificada para TESAU y si concluye que es así, determina el reparto de ese coste entre determinados operadores de telecomunicaciones.

Todo ello da lugar a una amplia conflictividad administrativa y contencioso-administrativa en la que se discute, entre otras cosas, el importe del coste, así como la metodología de cálculo, la existencia o no de desventaja competitiva o carga injustificada para TESAU, los operadores obligados a soportarlo y el importe que cada operador debe hacer (devolviéndoselo, en consecuencia, a TESAU).

Así, dentro de esa conflictividad se encuentra actualmente bajo debate el CNSU de los ejercicios 1998, 1999, 2001, 2003, 2004, 2005, 2006, 2008, 2009 y 2012.

En particular, deben destacarse los ejercicios 2001 y 2002. Respecto de ellos, TESAU ha conseguido mediante Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2006 y 3 de abril de 2006, respectivamente, estimaciones parciales a sus pretensiones, obligando al regulador a recalcular el CNSU por haber empleado

una metodología incorrecta, sentencias que han sido confirmadas por el Tribunal Supremo en fechas 25 de febrero de 2009 y 24 de febrero de 2009.

Ello ha llevado a la CNMC –por haber sustituido como organismo regulador a la CMT– a emitir en fecha 31 de julio de 2014 nuevas resoluciones referentes al cálculo del CNSU de los ejercicios 2001 y 2002 en las que, sin respetar las imposiciones a las que le sometían las sentencias de la Audiencia Nacional y haciendo un uso discrecional o más bien arbitrario de sus amplias facultades, volvía a aplicar una metodología incorrecta, no reconociendo además la existencia de una desventaja competitiva o carga injustificada para TESAU.

Así las cosas, y al igual que en la batalla de la TGO, TESAU se ha visto obligada a «empezar de nuevo» la batalla frente al organismo regulador, habiendo interpuesto en fecha 6 de octubre de 2014 sendos recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de la CNMC ante la Audiencia Nacional, recursos que, con gran probabilidad, concluirán dentro de varios años en sede casacional.

Como se ve, experiencias como la de la TGO y del CNSU resultan ciertamente desalentadoras y sería deseable que no ocurriera lo mismo en relación con los precios del bucle.

En consecuencia, nuestra recomendación final sería la siguiente: a fin de evitar una ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo que suponga la emisión por parte de la CNMC de una nueva resolución contraria a los intereses de TESAU, sería interesante, siempre y cuando fuera posible, pactar con el resto de operadores el nuevo precio de la OBA, con el apoyo y la aquiescencia de la propia CNMC, de tal manera que con el acuerdo de todos y el visto bueno del regulador se evite una nueva situación de indeseable conflictividad tanto en sede administrativa como en sede judicial.

5. CONCLUSIONES

Llegados a este momento, conviene realizar una exposición ordenada y sistematizada de las conclusiones alcanzadas.

Así, nuestras principales propuestas o conclusiones podrían centrarse en los siguientes puntos:

1. Tanto la resolución recurrida como la resolución de reposición emitidas eran claramente contrarias a Derecho.
2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 casa, por tanto, con acierto la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de mayo de 2011, estimando íntegramente las pretensiones de TESAU.

3. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo debe calificarse como muy positiva para los intereses de TESAU, toda vez que sobre una construcción de gran calidad tanto técnica como jurídica desarbola la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2011, así como los razonamientos de la resolución recurrida y la resolución de reposición.
4. Ello no obstante, la problemática que se plantea en este momento es la inseguridad que se genera ahora al tener que ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo la CNMC –al haber quedado extinguida la CMT– debido a las amplias facultades discrecionales que esta posee, tales como, entre otras:
 - Un poder general de intervención al establecerse que adopte las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.
 - La posibilidad de imponer obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mercado, que se mantendrán por el tiempo imprescindible y las suprimirán cuando se constate la existencia de competencia efectiva.
 - La posibilidad de imponer obligaciones a un operador de comunicaciones de redes públicas que facilite el acceso también a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales; así como a los operadores con poder significativo de mercado en materia de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, acceso a recursos específicos y control de precios, o incluso a otras materias y a otros operadores cuando concurren circunstancias excepcionales.
5. No es menos cierto que la propia sentencia del Tribunal Supremo impone al regulador una serie de límites en el cálculo del precio, a saber, (i) que se ajuste a la contabilidad de costes; y (ii) que no suponga una *reformatio in peius*.

Sin embargo, salvados los anteriores límites, recuperará toda su capacidad de concretar el precio, pudiendo variar tanto el numerador como el denominador de los componentes de costes. Y, finalmente, podrá –y aquí añadimos nosotros «o no»–: (i) tener en consideración no que el coste de los pares vacantes sea soportado solo por los otros operadores sino que lo fuese por TESAU y por aquellos en una determinada proporción; y (ii) utilizar los datos reales de la contabilidad de TESAU referida al ejercicio 2008.

Por tanto, salvando las limitaciones impuestas, el actual regulador goza de libertad absoluta para revisar el precio de la OBA, pues la utilización de la palabra «podrá» por la sentencia significa que los criterios apuntados por la misma no tendrán carácter vinculante para la CNMC.

6. Se abre, en consecuencia y en todo caso, un periodo indeseable de incertidumbre, toda vez que las facultades discrecionales de la CNMC pueden llevar nuevamente a una resolución insatisfactoria para los intereses de TESAU que, como ha ocurrido en los pleitos de TESAU contra la CNMC por la TGO y el CNSU, obliguen bien a iniciar un nuevo procedimiento administrativo y el consiguiente contencioso-administrativo o bien a plantear un incidente de ejecución de sentencia *ex* artículos 103.4 y 109 de la LJCA.
7. A ello se le unirían, como ya se ha apuntado, debates jurídicos sobre cuál debería ser la normativa aplicable al nuevo cálculo, ¿la LGTel o la recientemente aprobada Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones?
8. Los escenarios que se pueden plantear son múltiples, si bien los mismos no serían otra cosa que meras hipótesis, pues al no encontrarse casi limitadas las facultades discrecionales de la CNMC a la hora de revisar los precios de la OBA, el resultado final por parte de la misma en ejecución de sentencia mediante la emisión de una nueva resolución puede variar de las anteriores previsiones y, aún sin suponer una *reformatio in peius*, podría seguir resultando perjudicial para los intereses de TESAU llevándola nuevamente a una inaceptable situación de pérdidas.
9. En cualquiera de los casos apuntados –nuevo procedimiento o incidente de ejecución–, la situación resultaría gravosa para los intereses de TESAU, por la pérdida de tiempo y de recursos que supondría iniciar una nueva batalla contra el regulador, pudiendo además convertirse en «el cuento de nunca acabar».
10. En consecuencia, nuestra recomendación final sería la siguiente: a fin de evitar una ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo que suponga la emisión por parte de la CNMC de una nueva resolución contraria a los intereses de TESAU, sería interesante, siempre y cuando fuera posible, pactar con el resto de operadores el nuevo precio de la OBA, con el apoyo y la aquiescencia de la propia CNMC, de tal manera que con el acuerdo de todos y el visto bueno del regulador se evite una nueva situación de indeseable conflictividad tanto en sede administrativa como en sede judicial.

Bibliografía

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. [2009]: *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*, Madrid: Iustel.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. [2005]: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Madrid: Thomson Civitas.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M. [2011]: *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa*, Madrid: La Ley.

LAGUNA DE PAZ, J. C. [2010]: *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.