



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### **CERTIFICA:**

Que en la Sesión número 27/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de septiembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución, de fecha 20 de mayo de 2010, sobre modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), en relación al precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados (AJ 2010/1155).**

## **I ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Primero.- Resolución de 20 de mayo de 2010.**

Con fecha 20 de mayo de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) dictó una Resolución sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA), en relación al precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados (Expediente nº. DT 2010/318).

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

**PRIMERO.-** *Incorporar en la lista de precios de la OBA las condiciones económicas para el servicio de ampliación de disyuntores recogidas en el punto 1 del Anexo 1 a la presente resolución. Los precios surtirán efecto desde el 11 de marzo de 2010, fecha de aprobación de la resolución del recurso AJ 2010/105 contra el conflicto DT 2009/1419 interpuesto por Grupalia, a excepción del incremento por IPC estipulado en el apartado 4.4, cuya aplicación se efectuará a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución.*

**SEGUNDO.-** *Actualizar los precios no recurrentes asociados al suministro eléctrico en razón del IPC correspondiente al periodo comprendido entre septiembre de 2006 y marzo de 2010, según lo establecido en el apartado 4.4. Los precios entrarán en vigor a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución.*



**TERCERO.-** En el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la presente resolución, Telefónica modificará la lista de precios de la OBA, atendiendo a lo dispuesto en el Anexo 1 a la presente resolución, y publicará el nuevo texto consolidado en su sitio web <http://www.telefonicaonline.es>.

*El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 letra r) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.*

## **Segundo.- Recurso potestativo de reposición.**

El día 21 de junio de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TESAU por el que se interponía un recurso potestativo de reposición contra la Resolución, de fecha 20 de mayo de 2010, citada en el antecedente de hecho primero.

La entidad recurrente funda su recurso en considerar que la Resolución recurrida resulta nula de pleno derecho por incurrir en el motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y, subsidiariamente, solicita la anulabilidad al amparo del artículo 63.1 de la LRJPAC. En concreto, las alegaciones que motivan su recurso se refieren, por un lado, a que la retroactividad declarada en el resuelve primero de la mencionada resolución, infringen, tanto lo previsto en la LRJPAC sobre la eficacia de los actos como la interpretación jurisprudencial recaída al respecto. Por otro lado, alegan sobre la inadecuación del precio fijado por el servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos cubricados y que tanto la fijación de éste como el módulo de potencia considerado, carecen de una correcta motivación y justificación.

Asimismo, en el "Otrosí digo" de su escrito de interposición del recurso TESAU solicitó la suspensión de la ejecución de la Resolución recurrida al amparo de lo establecido en las letras a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC.

En el mencionado recurso, TESAU aportó información calificada por la recurrente como de carácter sensible susceptible de afectar tanto a su secreto comercial e industrial como al de otros operadores y, en consecuencia, solicitaba que se declarase la confidencialidad de aquella información.

## **Tercero.- Notificación de inicio y declaración de confidencialidad.**

Por medio de escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 25 de junio de 2010, los interesados en el procedimiento fueron notificados del inicio del procedimiento y de la declaración de confidencialidad sobre los datos contenidos en el documento Anexo al recurso interpuesto por TESAU. Todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 58 de la LRJPAC y a los efectos de lo establecido en el artículo 112 de la misma Ley.

## **Cuarto.- Resolución denegando la suspensión solicitada.**

En fecha 8 de julio de 2010, el Consejo de esta Comisión dictó resolución relativa a la petición de suspensión de la Resolución recurrida solicitada por TESAU en su escrito de recurso de reposición interpuesto contra la resolución ahora impugnada.

El resuelve de la citada resolución acordó:



**ÚNICO.-** Denegar la solicitud de Telefónica de España, SAU, de suspender la ejecución de la Resolución, de 20 de mayo de 2010 recaída en el expediente DT 2010/318, en lo referente al carácter retroactivo declarado en su resuelve primero.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

## II FUNDAMENTOS DE DERECHO

### II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

#### **Primero.- Calificación del escrito.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar el escrito presentado por TESAU como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la resolución de 20 de mayo de 2010 sobre la modificación de la OBA, en relación al precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados (DT 2010/318).

#### **Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento DT 2010/318 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del presente recurso.

#### **Tercero.- Admisión a trámite.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.



Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, además de venir fundamentados en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63, procede su admisión a trámite.

#### **Cuarto. Competencia para resolver.**

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

## **II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES**

### **Primero.- Sobre la retroactividad de la Resolución impugnada.**

A juicio de la recurrente, el carácter retroactivo que establece el resuelve primero, además de resultar contrario a la seguridad jurídica exigible a los actos emanados de los poderes públicos, es contrario a derecho por vulnerar lo establecido en los artículos 57 y 58 de la LRJPAC.

A juicio de la recurrente, la fecha en la que los actos administrativos devienen eficaces es la de su notificación a los interesados o afectados por los mismos. Continúa alegando que la eficacia retroactiva es una excepcionalidad que precisa de la concurrencia de determinados presupuestos previstos en el apartado 3 del artículo 57 de la LRJPAC. TESAU afirma que dado el carácter desfavorable que le supone el acto impugnado, el mismo no podría tener efectos retroactivos aun existiendo otros interesados favorecidos por el mismo, debiendo haberse fijado su eficacia en el momento de su notificación.

A su vez, afirma que resulta contrario a derecho la aplicación general de la resolución que resolvía un conflicto entre dos operadores por el que se fijaron los precios del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos cubricados, por cuanto que el propio acto que resolvió aquel conflicto declaraba que era aplicable, en exclusiva, a las 22 solicitudes objeto del mismo. Es decir, que la Resolución recurrida ordena la modificación de una oferta mayorista a través de la resolución de un conflicto entre dos operadores.

Por otra parte, TESAU considera que tanto la fecha de entrada en vigor de la Resolución recurrida como de la dictada en fecha 11 de marzo de 2010, viene a ser una declaración más de retroactividad aunque no se señale expresamente puesto que cuando TESAU tiene conocimiento de los nuevos precios, estos ya se encontraban en vigor. Esta retroactividad implícita afecta a la recurrente en la medida en que se le impide el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva además de que no se le puede exigir su cumplimiento hasta que la Resolución recurrida le haya sido válidamente notificada.

Finalmente, y de manera subsidiaria, en el supuesto de que se confirmara el alcance retroactivo a la Resolución de 11 de marzo de 2010, TESAU alega que la retroactividad debería limitarse a la fecha de notificación de TESAU de aquella Resolución y que, en todo caso, la actualización de precios por aplicación del IPC debería quedar cubierta por el carácter retroactivo establecido en el resuelve primero de la Resolución impugnada.



Para dar contestación a las anteriores alegaciones, se analizarán los supuestos en los que procede la aplicación de las excepciones a la regla general de eficacia inmediata de los actos administrativos establecida en el artículo 57.1 de la LRJPAC, éstas son, la eficacia demorada y la eficacia retroactiva para concluir si la solución adoptada en la Resolución recurrida es conforme a Derecho. A continuación se dará contestación a las demás alegaciones relativas a la retroactividad señaladas anteriormente.

El apartado 2 del artículo 57 de la LRJPAC prevé que *“La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”* por lo que en relación con lo previsto en el artículo 58 de la misma Ley, en la medida en que el acto administrativo afecte a los intereses del administrado, la eficacia del acto debe quedar demorada al momento de su notificación.

TESAU cita, en su escrito de recurso, distinta doctrina<sup>1</sup> y jurisprudencia<sup>2</sup> sobre la que apoya sus alegaciones relativas a que el acto recurrido debió desplegar una eficacia demorada al momento de su notificación. De la citada doctrina extrae que ha de distinguirse entre validez del acto y eficacia del acto en el sentido de que, efectivamente, un acto administrativo es válido desde que se dicta pero no puede ser eficaz respecto del concreto interesado hasta que éste es notificado en la medida en que previo a la realización de dicho trámite, este interesado no podrá ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva.

En primer lugar, debemos indicar que aunque se determine que el acto sea eficaz desde que se dicta o desde un momento anterior, ello no supone una restricción de su derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que el interesado mantendrá todos sus derechos a recurrir el acto y obtener la tutela judicial efectiva por el plazo previsto desde que el acto le es notificado hasta que adquiere firmeza. Por otra parte, como ya se ha expresado esta Comisión en su Resolución relativa al recurso de reposición contra la Resolución del Consejo, de 21 de mayo de 2009, sobre la modificación de la OBA con relación al precio de redundancia de disyuntores en el suministro de energía eléctrica del servicio de coubicación (AJ 2009/1142), *“(…) la administración nunca podrá exigir a los destinatarios del acto que lo cumplan hasta que éste no les haya sido notificado, pero esto no impide que el acto pueda producir efectos desde la fecha en la que se haya dictado.(…)”* e incluso, que despliegue sus efectos a una fecha anterior al que fue dictado tal y como concurre en el presente caso.

En la misma Resolución citada en el anterior párrafo, esta Comisión también señaló que *“(…) en el presente caso, como en la mayoría de los procedimientos que tramita, existen normalmente varias partes con intereses contrapuestos, por lo que cualquier hipotético efecto favorable reconocido a uno de ellos será un perjuicio a las partes contrarias y viceversa, es decir, hay una contraposición de intereses. Además, en su actuación, esta Comisión debe perseguir, por encima de toda consideración, la salvaguarda del interés público y el cumplimiento de los objetivos y principios establecidos en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, debe partirse de que lo importante para el interés público es que la fecha de la eficacia del acto, esto es, la fecha a partir de la cual deben aplicarse los precios fijados por la resolución impugnada, sea una fecha cierta y conocida por todos. En efecto, dado que la resolución lo que fija es un precio, los operadores afectados deben de conocer, desde un primer momento, la fecha de referencia de su aplicación, conclusión que no se alcanzaría si se hiciera depender de su efectiva notificación a todos los interesados, o incluso de su notificación en BOE (por lo que tendría de demora, y porque, en todo caso, no excluiría de la notificación personal a los operadores personados).”*

---

<sup>1</sup> Comentarios a la LRJPAC, Prof. González Pérez, Edit. Thomson. Cuarta Edición. Tomo I. Pág. 1,161.

<sup>2</sup> RJ 1975/4333, RJ 1980/3340, RJ 1989/5540, RJ 2006/5269 y RJ 2002/7098.



Pues bien, esa misma consideración de la pluralidad de interesados en el acto ha sido tenido en cuenta<sup>3</sup> en la Resolución recurrida.

Así pues, observando lo anterior, cabe señalar que el criterio de eficacia demorada sería de aplicación para relaciones en las que únicamente concurren la administración con un administrado pero no para relaciones en las que concurren terceros intereses y un interés general, tal y como sucede en el supuesto en cuestión en virtud de dotar a la Resolución recurrida de la máxima seguridad jurídica respecto de todos los intereses en juego. Por todo lo anterior, el criterio de dotar de eficacia demorada a los actos no puede constituirse en criterio general puesto que precisa de una ponderación entre aquellos intereses concurrentes.

Por otra parte debe indicarse que el criterio de distinción entre validez y eficacia citado por la recurrente se ajusta a una doctrina del Tribunal Supremo que ha sido superada con posterioridad. En efecto, según el propio Tribunal Supremo, dicha doctrina jurisprudencial no venía a proteger eficazmente el interés general que ha de perseguir todo acto administrativo al depender la eficacia del acto, únicamente, de que su contenido afectara al interés de su destinatario principal. Con objeto de reforzar la seguridad jurídica y la protección del interés general, el Tribunal Supremo varió su postura tal y como se desprende de la siguiente Sentencia: *“En efecto, está fuera de toda duda que, en virtud de dicho artículo 58 de la Ley 30/1992, la Resolución por la que se otorgó la concesión, como cualquiera que afecta a los derechos e intereses de un administrado, había de ser notificada, como efectivamente lo fue. Pero ello no quiere decir, a diferencia de lo que interpreta el actor, que puesto que tenía que ser notificada por afectar a sus derechos e intereses, la eficacia de la misma se demoraba a la preceptiva notificación. O dicho en términos generales, **la cualidad de los actos administrativos de afectar a derechos e intereses de personas determinadas obliga a su notificación a éstas, pero no supone por sí misma que la eficacia quede demorada a dicha notificación.**”* Y añade que *“no puede afirmarse con carácter general que dicho supuesto se restrinja sólo y en todo caso a los actos que producen efectos desfavorables al administrado, como sostiene la Sala de instancia apoyándose en jurisprudencia anterior de este Tribunal.”*<sup>4</sup> (F.D. Cuarto, STS de 20 febrero 2004 (RJ 2004\1005) Subrayado nuestro).

Ahora bien, la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos, como afirma la recurrente, resulta excepcional y requiere de la concurrencia de determinados requisitos previstos en el artículo 57.3 de la LRJPAC. Para el caso que nos ocupa, estos requisitos son: que produzcan efectos favorables al interesado siempre que los supuestos de hecho ya existieran y la retroactividad no lesione derechos o intereses de otras personas.

Es evidente que la retroactividad de la Resolución recurrida no genera beneficios para TESAU aunque no lesiona derechos o intereses de otras personas. Así pues, en principio, no concurriría el primero de los requisitos previstos para la eficacia retroactiva de los actos administrativos.

No obstante, el acto recurrido no solo no lesiona derechos o intereses de otras personas, sino que genera beneficios a terceros, también interesados, y al interés público. Así, debido a la concurrencia de una pluralidad de intereses e interesados, para verificar la concurrencia de los requisitos exigidos para establecer la retroactividad del acto administrativo recurrido, se requiere

---

<sup>3</sup> Respecto de la posible producción de perjuicios a terceros, con carácter general, en los procedimientos tramitados por esta Comisión existen partes con intereses contrapuestos, por lo que de acordar la aplicación retroactiva de las resoluciones, siempre habría un hipotético perjuicio a alguna de ellas, en este caso, a Telefónica como sujeto obligado. (Párrafo 2º del F. Dº 5 de la Resolución DT 2010/318)

<sup>4</sup> STS de 20 febrero 2004 (RJ 2004\1005).



de una ponderación entre los supuestos perjuicios y beneficios que genera la retroactividad al conjunto de los interesados y al interés público y no, en exclusiva, respecto de los hipotéticos perjuicios ocasionados a TESAU.

Los beneficios que supone la retroactividad para el interés general y para el resto de interesados, exceptuando a TESAU, son la seguridad jurídica que supone para todos los interesados el hecho de que puedan conocer una fecha cierta y determinada a partir de la cual puedan exigir la aplicación de los precios aprobados en la Resolución recurrida. Por otra parte, se evita la discriminación entre los operadores, en virtud de la obligación impuesta<sup>5</sup> a TESAU de no discriminación, al aplicarse los mismos precios que los establecidos respecto de las 22 solicitudes de disyuntores de Grupalia fijados en la Resolución del conflicto entre el mencionado operador y TESAU, por resolución, de fecha 10 de diciembre de 2009, recaída en el expediente DT 2009/1419. Debe tenerse en cuenta, sobretodo, el beneficio que supone al interés general la adecuación del cumplimiento de la obligación impuesta a TESAU de orientar a los costes los precios por los servicios implícitos en la OBA, en este caso, fijando el precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados. Es decir, el principal beneficio será respecto del interés general en eliminar o reducir en la medida de lo posible, los problemas de competencia potenciales detectados y que justificaron la imposición de las medidas regulatorias de las que trae causa la Resolución recurrida y por las que se que permite garantizar el acceso al mercado por parte de terceros operadores en condiciones óptimas.

En cuanto a los perjuicios, debemos distinguir entre aquellos que suponen para la recurrente la reducción del precio que venía percibiendo por unos servicios<sup>6</sup> implícitos en la OBA de los perjuicios aludidos en su segundo motivo de impugnación relativo a que el precio fijado no está correctamente orientado a costes por ser superior a los costes reales. Este segundo tipo de perjuicios serán objeto de contestación en el siguiente fundamento de derecho.

Pues bien, al reducir el precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados, lo que en realidad se está realizando es declarar un precio fijo, orientado a costes, de acuerdo con la resolución que impuso<sup>7</sup> esta obligación a TESAU. El citado precio no se había fijado con anterioridad puesto que según estaba previsto, su fijación se haría por libre acuerdo entre las partes. Por ello, esta Comisión no disponía de la información desglosada necesaria para analizar la sujeción a la citada obligación de los precios que venía aplicando la recurrente.

Así, tras disponer esta Comisión de información suficiente a raíz de haber fijado el precio en la Resolución del conflicto que puso fin al expediente DT 2009/1419 en el que se constató que los precios por el servicio en cuestión que venía cobrando TESAU resultaban excesivos<sup>8</sup>, optó por dar

---

<sup>5</sup> y <sup>5</sup> Resolución relativa a la definición y análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (MTZ 2008-626)

<sup>6</sup> En la OBA, la provisión básica de la energía eléctrica necesaria para el funcionamiento de los equipos coubicados constituye una tarea más dentro del servicio de coubicación. Cuando se habilita la SdT o la SdO para facilitar la coubicación, cada operador paga, dentro del precio de habilitación de la sala, un precio específico en concepto de habilitación de la instalación de energía eléctrica. Luego, el servicio de ampliación de disyuntores permite al operador solicitar la ampliación de la instalación eléctrica inicial sin necesidad de solicitar nuevo espacio en la SdT o SdO.

<sup>8</sup> Pg 5/10 de la Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, SAU, contra la Resolución de 21 de diciembre de 2009 relativa al conflicto de acceso interpuesto por Grupalia Internet, S.A., contra la recurrente en relación al precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica del servicio de coubicación de la OBA (AJ 2010/105). En dicha resolución se reincidió en lo desproporcionado e inadecuado de facturar indiscriminadamente todas las ampliaciones de potencia al mismo precio que el establecido para el alta inicial en el suministro eléctrico.



preponderancia a los efectos beneficiosos para el interés general y al del resto de interesados reflejado en el fomento de la competencia del mercado sobre los hipotéticos perjuicios ocasionados a TESAU en cuanto a que reduce los ingresos que venía obteniendo por el servicio, ingresos que resultan, a todas luces, contrarios a la obligación de orientar los precios en función de los costes.

Por todo lo anterior, esta Comisión ha de considerar que los efectos retroactivos a la fecha en la que los precios fijados devinieron firmes, una vez revisados por esta Comisión en el seno del expediente AJ 2010/105, se adecua a nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en relación a la retroactividad aludida por TESAU respecto de la entrada en vigor de la Resolución recurrida, como de la dictada en fecha 11 de marzo de 2010, en la medida en que cuando TESAU tiene conocimiento de los nuevos precios estos ya se encontraban en vigor, solo resta decir que tal retroactividad es inexistente puesto que por su propia definición, la retroactividad de un acto significa que el mismo deviene eficaz y produce efectos en un momento anterior al de su aprobación.

Respecto a la alegación de TESAU de que la retroactividad debería limitarse a la fecha de notificación de TESAU de aquella Resolución que puso fin al expediente AJ 2010/105, ha de rechazarse en pro de garantizar la seguridad jurídica del acto y por los motivos antes expuestos.

Por último, respecto a que la actualización de precios por aplicación del IPC debería quedar cubierta por el carácter retroactivo establecido en el resuelve primero de la Resolución impugnada ha de ser rechazada en la medida en que aplicar retroactivamente la actualización del IPC supondría el incumplimiento de los requisitos del apartado 3 del artículo 57 de la LRJPAC por cuanto que generaría perjuicios para los interesados y para el interés general.

### **Segundo.- Sobre la inadecuación del módulo de potencia considerado y del precio fijado por el servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados.**

TESAU considera que el precio fijado por el servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados es inadecuado. Al respecto, centra sus alegaciones en dos ámbitos. Por un lado alega que el precio fijado resulta inadecuado puesto que no le permite recuperar todos los costes implícitos en el servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados vulnerando, de esta manera, los objetivos de fomentar la inversión eficiente en materia de infraestructuras además de que se desestima, sin justificación alguna, los puntos que considera TESAU debieron ser objeto de revisión. Por otro lado, considera incorrecto el método seguido por esta Comisión para establecer el valor del módulo de potencia de 8kw en lugar de considerar como módulo de potencia 4kw, al utilizar la unidad básica de espacio considerada en la OBA vigente de 1 UNC-g.

#### **a) Sobre los costes implícitos en el servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados.**

TESAU incide en la necesidad de considerar todos los conceptos de coste en el mencionado servicio. Argumenta que el hecho de que el anterior precio permitiera recuperar los costes no implica que el fijado mediante la Resolución recurrida lo permita. Entiende que la imposibilidad de recuperar los costes reales de un servicio vulnera los objetivos de fomentar la inversión eficiente en materia de infraestructuras. Además, considera que al impedirle recuperar los costes se



infringe la legislación sectorial incurriendo, por ello, en vicio de nulidad de la Resolución recurrida al generarle indefensión.

A juicio de TESAU, el hecho de que esta Comisión haya procedido a actualizar los datos del modelo con el incremento del IPC, no motiva ni justifica en modo alguno la desestimación de los puntos que considera, debieron ser también objeto de revisión, como son: el suministro e instalación del cableado, el coste medio de un cuadro eléctrico (que considera haber acreditado que es superior al tenido en cuenta por esta Comisión), el coste asociado a un disyuntor sin considerar vacantes. Respecto al último punto aludido, añade que se ve obligada a realizar unas instalaciones con un gran número de vacantes para evitar el pago de penalizaciones por retraso en las instalaciones, cuestión esta última que esta Comisión no ha tenido en cuenta al dividir entre 8 el coste total no siendo retribuidas las posiciones vacantes. Asimismo, vuelve a insistir en otros conceptos que supuestamente no están explícitamente incluidos en el detalle de costes de la ampliación de energía eléctrica, en concreto, los costes de llevar a cabo ampliaciones de los cuadros de fuerza de las centrales y de las baterías, que no recaen en los operadores ni en un mínimo porcentaje.

En definitiva, TESAU insiste en que los precios aprobados están por debajo de los costes reales, pero no lo acredita con datos concretos. Únicamente aduce que el coste medio de un cuadro eléctrico es superior al precio del alta de energía eléctrica (1.656,17 €), obviando que dicho precio procede de un modelo teórico y representa, como ya se ha aclarado en diversas ocasiones, los recursos mínimos que requeriría un operador para disponer de suministro eléctrico, y no el coste real<sup>9</sup> del cuadro que TESAU instala en la práctica para atender varias solicitudes de diferentes operadores de forma compartida puesto que la instalación de un cuadro permite atender (y facturar) una media de 8-12 solicitudes.

En sentido contrario a lo alegado por la recurrente y con el objeto de demostrar que los precios establecidos permiten recuperar los costes con un margen de retorno adecuado, se han estimado las cantidades que facturaría TESAU con el modelo de precios aprobado en la Resolución recurrida, y se han contrastado con sus costes promedio, para los ejercicios 2009 y 2010. Seguidamente se explican los conceptos considerados:

- Coste medio de las instalaciones eléctricas. Para 2010 se disponen de las facturas puntuales aportadas por TESAU al expediente DT 2010/318 correspondientes a instalaciones de nuevos cuadros eléctricos, de características similares, en 4 centrales diferentes<sup>10</sup>. En el caso del ejercicio 2009, se dispone del coste promedio del cuadro eléctrico para todos los instalados a lo largo de dicho ejercicio (58 instalaciones en total)<sup>11</sup>. Se parte del supuesto de que la capacidad del cuadro eléctrico inicial es excedida y se precisa, por tanto, de la instalación de un nuevo cuadro (que podría quedar con un cierto grado de vacancia, según afirma la recurrente)<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Pg 7-8 de la Resolución que puso fin al expediente DT 2009/1419: "Se reconoce que, en el caso concreto en que se precise dicha ampliación de la instalación eléctrica de la sala, los costes totales son superiores al precio del alta dado que Telefónica instala un cuadro con capacidad para varios operadores en aras de una mayor eficiencia. Ahora bien, no puede aceptarse el argumento de Telefónica relativo a que los costes no son recuperados, como se verá en detalle posteriormente, pues el precio del alta de energía eléctrica representa unos costes promedio. Telefónica pasa por alto un aspecto esencial: cuando no es necesaria la ampliación de la instalación, los gastos incurridos son muy inferiores al precio del alta sufragado por el operador." no ajustándose, en consecuencia, dicho precio, al principio de orientación a costes.

<sup>10</sup> Los cuatro cuadros tienen capacidad para 24 disyuntores, según consta en las facturas.

<sup>11</sup> Véase página 6 de la resolución recurrida. Se ha considerado que los cuadros instalados son, en promedio, de 16 disyuntores.

<sup>12</sup> A efectos comparativos, se han simulado dos porcentajes de ocupación para el segundo cuadro: 30% y 70%.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Solicitudes “tipo” de los operadores. Según TESAU, los operadores habitualmente solicitan 2 disyuntores en cada petición (1 principal + 1 redundante). En cuanto al calibre, el disyuntor promedio podría estar en torno a los 40 A<sup>13</sup>, con lo cual cada solicitud supondría un aumento de 1,6 Kw.

Con las premisas anteriores, se han simulado tres escenarios diferentes:

- Escenario 1: muy conservador. El nuevo cuadro instalado presenta solamente un 30% de ocupación. No se produce ninguna baja de disyuntores, con lo cual no se reutilizarían posiciones para cursar nuevas solicitudes posteriores.
- Escenario 2: intermedio. El nuevo cuadro instalado presenta un 70% de ocupación. No se produce ninguna baja de disyuntores, con lo cual no se reutilizarían posiciones para cursar nuevas solicitudes posteriores.
- Escenario 3: previsiblemente más habitual. El nuevo cuadro instalado presenta un 70% de ocupación. Se considera un 10% de bajas de disyuntores con respecto al total de solicitudes, porcentaje que no resulta en absoluto desproporcionado, si se tienen en cuenta las cifras globales sobre bajas de cubricación indicadas en la Resolución recurrida (véase página 19).

En la siguiente tabla se muestra el margen de retorno en cada uno de los escenarios, que vienen a confirmar la adecuación del modelo de precios aprobado en la resolución DT 2010/318, con los datos objetivos de que se disponen actualmente (en el **CONFIDENCIAL**[Anexo 1] se recoge el detalle de los cálculos):

	Datos 2009	Datos 2010
Margen escenario 1	35%	13%
Margen escenario 2	54%	34%
Margen escenario 3	62%	41%

Por lo tanto, se constata que los precios permiten a TESAU resarcirse de los costes en que incurre con un margen más que suficiente, incluso, aún suponiendo la ausencia total de bajas y un reducido grado de ocupación de las instalaciones eléctricas (escenario 1), lo cual no es previsible que se produzca en todas y cada una de las centrales.

En definitiva, se ha demostrado que los precios aprobados en la Resolución recurrida son totalmente coherentes con los costes asociados a la atención de las solicitudes del servicio de ampliación de disyuntores. Ello con independencia de que, en un futuro, pudieran variar muy sustancialmente las características de la demanda de los operadores, situación en la cual podría acometerse la revisión del modelo de precios -al alza o a la baja- en función del coste de las actuaciones necesarias para atenderla.

En otro orden de cosas, aunque TESAU dimensione los cuadros con un cierto grado de vacancia - lo cual es perfectamente lógico, y se ha mostrado que los costes se recuperan aún cuando no llegase a utilizarse la capacidad máxima de las infraestructuras- carece de sentido su alegación relativa a las penalizaciones por retraso. A este respecto, cabe apuntar que existe un plazo diferenciado para los casos en que se requiera la ampliación de la instalación eléctrica de la sala (véase apartado 2.3.10 de la OBA):

<sup>13</sup> Este dato se ha estimado a partir de los datos globales de solicitudes de energía eléctrica de los operadores facilitados por ASTEL y otros operadores en los expedientes DT 2009/943 y DT 2008/2113, que muestran un promedio de potencia por disyuntor incluso superior a 1,6 Kw (40 A). También se han consultado a través de SGO las solicitudes de dos operadores en las 4 centrales cuyas facturas para 2010 ha aportado Telefónica, confirmándose que se trata de una aproximación adecuada.



<b>Plazo de entrega Tmax desde la fecha de la solicitud</b>	
No se precisa ampliación de la instalación de la sala	12 días laborables
Se precisa ampliación de la instalación de la sala	23 días laborables

TESAU reitera las alegaciones relativas a los costes asociados a los cuadros de fuerza y baterías de la central que ya formuló en el recurso AJ 2010/105 interpuesto contra la resolución sobre el conflicto de Grupalia. Dichas alegaciones ya fueron contestadas en la citada resolución AJ 2010/105, de 11 de marzo de 2010 (véase páginas 6-7), por lo que no es necesario volver a incidir aquí en este asunto.

Por todo lo anterior, no cabe estimar las alegaciones relativas de TESAU en cuanto a que con los precios aprobados se infringe la legislación sectorial por no fomentar la inversión eficiente en materia de infraestructuras.

#### **b) Sobre el valor del módulo de potencia considerado por esta Comisión.**

TESAU señala, en cuanto al módulo de potencia considerado (8kw), que la potencia máxima declarada por los operadores está determinada por las características eléctricas de los equipos que instalan, no por el espacio demandado, aunque para este espacio puedan establecerse límites máximos de consumo. TESAU no encuentra suficientemente justificado el método seguido por la Comisión para establecer el valor del módulo de potencia tomando como unidad básica de espacio la jaula extendida, cuando en la OBA siempre se ha considerado como unidad de espacio la UNC grande, dado que equivale a 2 UNC pequeñas (el operador sitúa el equipo en una de ellas, y el RdO en la otra).

En consecuencia, TESAU considera que la unidad básica de espacio a considerar es la UNC-g, similar a la equivalencia indicada por la Comisión para el caso de Francia, donde a 1 UNC-g se le asigna una potencia máxima de 4 Kw, por lo que el módulo de potencia debería tomar un valor de 4 Kw. Continúa indicando que la experiencia de todos estos años habilitando salas OBA demuestra que los operadores que en su día solicitaron jaulas extendidas han estado declarando una potencia máxima inferior a los 4 Kw ya que se estima que usan el espacio equivalente a una UNC-g para situar los equipos y el resto del espacio lo usan para instalar elementos pasivos (RdOs).

TESAU dice haber analizado el histórico de peticiones en SGO desde 2005 y ha encontrado que en la mayoría de las peticiones de jaulas extendidas realizadas como primera solicitud en la central, la potencia máxima declarada por el operador es inferior a los 4 Kw. Asimismo, ha localizado menos de 20 solicitudes en las que un operador en cada una de ellas pedía 2 jaulas extendidas y, para dicho espacio, tampoco superaba los 8 Kw.

Al respecto, la Resolución recurrida dedica las páginas 6 a 10 en justificar y motivar el módulo de potencia elegido. Como bien se indica en aquella<sup>14</sup>, el módulo de potencia escogido se ha

<sup>14</sup> Pg 9/21 de la Resolución recurrida (DT 2010/318): *El coste específico por habilitación del suministro eléctrico actualmente vigente en la OBA es independiente de la superficie útil demandada por el operador. Pues bien, dado que la unidad indivisible de espacio de mayores dimensiones de las previstas en la OBA es la jaula extendida, lo coherente es asimilar las prestaciones del alta básica de energía a la equivalencia en potencia máxima reflejada en la tabla anterior para este tipo de unidad de espacio estándar.*

*Así, el precio del alta de energía incluirá una potencia máxima de 8 Kw, dando derecho al operador a solicitar ampliaciones de disyuntores al precio unitario por disyuntor dispuesto en la presente resolución, siempre y cuando la nueva potencia declarada por éste tras la ampliación no exceda dicho límite. En caso contrario, la nueva potencia requerida no se consideraría cubierta por la cuantía inicial abonada y las actuaciones de ampliación se facturarían como una nueva alta de energía.*



asociado con la jaula extendida dado que el precio del alta básica de energía eléctrica es el mismo, con independencia del espacio requerido por el operador en una misma solicitud. Como la mayor unidad de espacio indivisible es la jaula extendida, que indefectiblemente ha de ser solicitada en una única petición, se ha determinado que ésta sea la referencia para el módulo de potencia. Sobre la base de las estimaciones del Anexo 1, dicho valor es aceptable y permite a TESAU resarcirse de los costes en que incurre. En todo caso, si la naturaleza de la demanda variase muy significativamente, tal y como indicamos en el apartado a) del presente fundamento de derecho, podría estudiarse su modificación a futuro.

**TERCERO.- Sobre la solicitud de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 a) de la LRJPAC en relación con el artículo 24 de la Constitución por indefensión, falta de motivación y vulneración del artículo 54 de la LRJPAC, limitando derechos e intereses legítimos de TESAU .**

TESAU afirma, que de las alegaciones contenidas en su recurso de reposición, se deduce con claridad que la Resolución recurrida carece de la motivación necesaria exigida por el artículo 54 de la LRJPAC generándole indefensión por lo que resulta nula de pleno derecho de acuerdo con la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC. Continúa alegando que la Resolución frustra su interés legítimo puesto que no exterioriza las razones, causas o motivos que sirven de fundamento a la decisión administrativa. En respaldo de su afirmación, cita abundante doctrina jurisprudencial que, en definitiva, determina que *“la motivación es esencial para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión, y en consecuencia para permitir su control (...)”*<sup>15</sup>

Ha de señalarse que las alegaciones de TESAU relativas a la falta de motivación, se refieren a la supuesta falta de justificación y de exposición de los motivos por los que se acordaron los precios fijados en la Resolución recurrida. En concreto considera que no se dio contestación a los puntos<sup>16</sup> que debieron ser también objeto de revisión. Asimismo, se refiere a los motivos por los que se optó por el módulo de potencia elegido, es decir, por no resultar transparentes las razones que motivaron todo lo anterior generándole indefensión. Todo ello, no solo por infringir la legislación sectorial, sino también por no exponer las razones que motivaron el acto y así facilitarle su impugnación.

A juicio de la recurrente, el precio fijado no se ha basado en los costes reales del servicio, cuestión comprobable ante la ausencia de revisión de los puntos antes señalados y que la elección del módulo de potencia no se ajusta a los usos y necesidades habituales de potencia de los operadores.

A la luz de los anteriores fundamentos de derecho, cabe significar, en primer lugar, que todas estas alegaciones carecen de documentos que las acrediten con certeza sin perjuicio de que, efectivamente, se haya dado contestación a todas ellas no solo en la presente Resolución, sino también en la propia Resolución impugnada (DT 2010/318) así como en la Resolución de 10 de diciembre de 2009 (DT 2009/1419) y en la Resolución de 11 de marzo de 2010 (AJ 2010/105).

Sin perjuicio de todo lo anterior, con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una *“sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”*. El carácter *“sucinto”* de la motivación

---

<sup>15</sup> STC 56/87 (RTC 1987/56).

<sup>16</sup> Estos puntos se refieren a “suministro e instalación del cable de cobre hasta sala de fuerza”, “el precio medio de un cuadro eléctrico y el coste asociado a un disyuntor sin considerar vacantes” y “sobre los conceptos no explícitamente incluidos en el detalle de costes de la ampliación de energía eléctrica.”



administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras, pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009<sup>17</sup>, de 26 de mayo de 2009<sup>18</sup> y de 7 de marzo de 2006<sup>19</sup>.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996<sup>20</sup> y de 3 de mayo de 1995<sup>21</sup>, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

No obstante, y en el supuesto concreto de la Resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación sucinta puesto que a lo largo de más de 12 páginas, se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han llevado a esta Comisión a adoptar el precio fijado y a elegir el módulo de potencia considerado con sujeción a la legislación sectorial, e incluso, se han considerado referencias internacionales en dicha motivación<sup>22</sup>

Por tanto, del contenido de la Resolución impugnada podía colegirse claramente, las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009<sup>23</sup>, 20 de mayo de 2008<sup>24</sup> y 8 de marzo de 2006<sup>25</sup>. En la última Sentencia citada se dice que:

*“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”.*

Otra cosa distinta es que TESAU no compartan los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

*“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.*

Al concurrir la suficiente motivación en la Resolución recurrida debe excluirse cualquier presunto vicio de arbitrariedad en la misma por posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución, como se desprende de la jurisprudencia, y entre otras, de la STC 331/2006, de 20 de noviembre<sup>26</sup>, y las SSTS de 17 de diciembre de 2004<sup>27</sup> y de 14 de octubre de 2003<sup>28</sup>.

---

<sup>17</sup> RC 2694/2007.

<sup>18</sup> RJ 2009\4401.

<sup>19</sup> RJ 2006\1668.

<sup>20</sup> RJ 1996\8930.

<sup>21</sup> RJ 1995\4050.

<sup>22</sup> Véase la página 7 de la Resolución impugnada.

<sup>23</sup> RJ 2009\467.

<sup>24</sup> RJ 2008\5296.

<sup>25</sup> RJ 2006\5702.

<sup>26</sup> En el Fundamento Segundo de esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que: “*Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.*”

<sup>27</sup> RJ 2005\388.

<sup>28</sup> RJ 2003\7805.



Finalmente, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTS de 8 de mayo de 2008<sup>29</sup>, de 13 de julio de 2004<sup>30</sup> y de 16 de julio de 2001<sup>31</sup>. Ello no sucede en el supuesto de la Resolución impugnada, tal y como se razonará seguidamente.

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999<sup>32</sup> y de 22 de septiembre de 2004<sup>33</sup>.

En el Fundamento tercero de la STC 175/1987 se afirma que:

*“(...) la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que **no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración.** Según criterio reiterado de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales y resueltas motivadamente por éstas, en uno u otro sentido, pero no originan indefensión que pueda situarse en el art. 24.1 de la Constitución.”*

Aplicando la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en el Fundamento cuarto de la STS de 22 de septiembre de 2004, señala que:

*“Menos aún una vulneración del art. 24 CE ( RCL 1978\2836) generadora de indefensión al no poder predicarse en sede administrativa frente a actos administrativos de naturaleza no sancionadora tal cual reiteradamente ha venido sentando la doctrina constitucional.”*

El procedimiento que dio lugar al acto impugnado no es de naturaleza sancionadora. En efecto, como el título de la Resolución recurrida establece, se trata de una “Resolución sobre la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación al precio del servicio de ampliación de disyuntores en el marco del suministro de energía eléctrica para equipos coubicados “

Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador, no resulta procedente que las entidades recurrentes aleguen una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución.

Y, más concretamente, la STC 140/2009, de 15 de junio, en materia de motivación de actos e infracción del citado artículo 24, declara que:

---

<sup>29</sup> RJ 2008\2642.

<sup>30</sup> RJ 2004\4203.

<sup>31</sup> RJ 2001\6684.

<sup>32</sup> RJ 2000\3200.

<sup>33</sup> RJ 2004\6286.



“si bien el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria, tal deber alcanza una dimensión constitucional, que lo hace objeto de control a través del recurso de amparo, cuando se trate de resoluciones en que la Administración ejerza potestades sancionadoras.”

No obstante, y aunque nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, la Resolución de esta Comisión no habría causado indefensión material alguna a la recurrente en el sentido de las antes mencionadas SSTs de 8 de mayo de 2008, de 13 de julio de 2004 y de 16 de julio de 2001, dada su más que extensa y prolija motivación, tanto jurídica como técnica.

Por último, debe recordarse que TESAU tuvo la oportunidad de efectuar alegaciones durante el procedimiento administrativo DT 2010/318 que dio lugar a la Resolución recurrida. Tal y como consta en los antecedentes de hecho de la Resolución impugnada<sup>34</sup>.

El Tribunal Supremo ha venido señalando que en los casos en que los interesados han tenido oportunidad de efectuar alegaciones en el procedimiento administrativo, no cabe alegar una posible indefensión. Pueden mencionarse, entre otras, las SSTs de 21 de junio de 2005<sup>35</sup> y de 20 de mayo de 2002<sup>36</sup>

Finalmente, debemos traer a colación la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009<sup>37</sup>, en la que se pone de manifiesto que cuando las alegaciones formuladas por la parte recurrente se basen en argumentos técnicos discrepantes respecto de los expuestos por la Comisión, la revisión judicial debe basarse en una demostración clara por parte de la recurrente del error de apreciación o interpretación de la Administración, debiendo primar en estos casos la presunción de legalidad de la actuación administrativa en cumplimiento de la ley y al servicio de los intereses generales con objetividad y sometimiento al Ordenamiento Jurídico. Así, con atención a lo anterior, no cabe sino concluir que las alegaciones de TESAU son más desiderativas que realistas por carecer de comprobación de lo que, a juicio de TESAU, esta Comisión debió resolver.

Así pues, a la luz de los anteriores fundamentos de derecho, se viene a constatar que TESAU en modo alguno ha demostrado que esta Comisión haya fijado unos precios por el servicio de ampliación de energía en el marco del servicio de cubrición de manera arbitraria y superior a los costes reales incurridos por TESAU para la prestación del servicio en cuestión. En sentido contrario a lo alegado por TESAU, esta Comisión ha fijado unos precios que le permiten a la recurrente obtener un margen de retorno más que suficiente de las inversiones realizadas para la provisión del mencionado servicio.

Por todo lo anterior, no cabe considerar que la Resolución impugnada carezca de una motivación suficiente puesto que expone claramente las razones por las que se optó por el precio fijado y el módulo de potencia elegido, además de que en la presente Resolución se da contestación todas las alegaciones vertidas en su recurso de reposición.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

---

<sup>34</sup> Véase la página 3.

<sup>35</sup> RJ 2005\5033.

<sup>36</sup> RJ 2002\6217.

<sup>37</sup> STS, de 29 de septiembre de 2009 (JUR 2009\428087).



## RESUELVE:

**Único.-** Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra la Resolución de 20 de mayo de 2010, por la que se puso fin al expediente DT 2010/318.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***



**ANEXO 1. (Confidencial)**