



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 36/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 18 de noviembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, SAU, contra la Resolución de 22 de julio de 2010, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación al precio del suministro de energía eléctrica en el marco del servicio de coubicación (AJ 2010/1608).

I ANTECEDENTES.

PRIMERO.- Resolución de 22 de julio de 2010.

Con fecha 22 de julio de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó resolución, en el expediente número DT 2009/943, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación al precio del suministro de la energía eléctrica en el marco del servicio de coubicación.

La citada resolución acordaba lo siguiente:

“PRIMERO.- Revisar el modelo de facturación del suministro eléctrico en corriente continua de la OBA, estableciendo la siguiente fórmula de cálculo para el consumo:

$$\text{potencia máxima declarada} \times \frac{365,25}{12} \times 24 \times 1,45 \text{ Kwh}$$

SEGUNDO.- Incorporar expresamente en la OBA una nueva modalidad, opcional por central, de facturación del suministro eléctrico basada en la medición del consumo real con contadores eléctricos. Telefónica deberá acordar con los operadores autorizados los aspectos técnicos y económicos correspondientes. En esta modalidad el consumo se computará de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{consumo real} \times 1,6 \text{ Kwh}$$



De forma adicional, el operador deberá abonar una cuantía mensual fija de 12,5 € por Kw de potencia declarada, en concepto de disponibilidad del servicio soporte, más los costes de instalación, gestión y mantenimiento de los contadores acordados por las partes.

TERCERO.- Revisar las tarifas eléctricas del Kwh, estableciendo un precio de 8,422c€ y de 9,527c€ para las modalidades de tarifa plana y consumo real, respectivamente, independientes de la potencia contratada por el operador. Telefónica actualizará semestralmente las citadas tarifas atendiendo al cálculo descrito en el Anexo 4 a la presente resolución y remitirá a esta Comisión, para su verificación, los datos de base utilizados.

CUARTO.- Telefónica enviará a esta Comisión a la mayor brevedad posible la información a que se refiere el Anexo 4, correspondiente al segundo semestre de 2009, para las centrales y meses indicados en el Anexo 5.

QUINTO.- Telefónica rectificará la facturación eléctrica y procederá a devolver a los operadores las cantidades que correspondan en virtud de la aplicación de los siguientes precios del Kwh con efectos desde el 1 de enero de 2010:

Tarifa BOE	Precio del Kwh (céntimos €)
TUR: Potencia ≤ 10 Kw	9,227
3.0.1: 10 kW < Potencia ≤ 15 kW	9,642
3.0.2: Potencia superior a 15 kW	11,318

SEXTO.- 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 6 a la presente resolución, y publicará el nuevo texto consolidado en su sitio web <http://www.telefonicaonline.es>.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Telefónica.

Con fecha 8 de septiembre de 2010 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de la entidad Telefónica de España, SAU, (en adelante, Telefónica) en virtud del cual interponía recurso potestativo de reposición contra la mencionada resolución de 22 de julio de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior, al amparo de lo dispuesto en los artículos 107, 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada resolución por no ser, a su juicio, ajustada a Derecho, sobre la base de las siguientes alegaciones:

1.- En relación con el precio establecido por la Comisión para el KWH en la modalidad de tarifa plana y consumo real, la muestra tomada para su cálculo y procedimiento de actualización.

La entidad recurrente sostiene que la resolución impugnada es nula de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 24 y



9.3 de la Constitución Española, al provocarle inseguridad jurídica y adolecer de falta de proporcionalidad y de motivación.

Concretamente, por lo que se refiere a las tarifas eléctricas del Kwh, Telefónica se muestra disconforme con el precio establecido por esta Comisión en el Resuelve Tercero en la modalidad de tarifa plana y de consumo real, la muestra tomada para su cálculo y su actualización.

La operadora sostiene que los precios establecidos en el Resuelve Tercero son insuficientes para cubrir los costes del servicio y se obtienen sin la debida motivación, teniendo en cuenta que la muestra elegida por la Comisión no es representativa del universo total de centrales OBA, que asciende a 700 centrales. Propone, por ello, que se realice el cálculo de los precios teniendo en cuenta la totalidad de las centrales, sin que exista una dificultad o complejidad añadida al respecto.

Además, Telefónica se muestra disconforme con lo dispuesto en el Resuelve Tercero en relación con la revisión de los precios calculados de la energía, ya que éstos deberán ser revisados semestralmente, atendiendo a datos de precios de las compañías eléctricas aplicados a Telefónica en períodos anteriores. Propone que se revise el precio aplicable para cada semestre mediante la estimación prevista en los meses de Junio y Diciembre (para aplicar en el 2º Semestre y 1º Semestre siguientes, respectivamente), manejando para la ponderación de centrales los datos de potencia declarada 2 meses antes del inicio de cada semestre (final de Octubre y final de Abril) y procediendo posteriormente, si es preciso, a la regularización por la diferencia de importes en el precio semestral medio estimado, frente al precio medio facturado por las compañías eléctricas a Telefónica, una vez disponibles los datos de facturación.

2.- En relación con la fórmula de cálculo para el consumo.

La entidad recurrente considera que la modificación del Factor de incremento del consumo por pérdidas de conversión (Fca/cc) resulta nula de pleno derecho a tenor de lo establecido en el artículo 62.1a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española por falta de motivación, objetividad, proporcionalidad y de transparencia.

Considera que el factor del 15% previsto en la OBA se ajusta adecuadamente a la situación real, y la modificación de dicho factor reduciéndolo al 10%, atendiendo a supuestas mayores eficiencias de nuevos equipos, no se podría considerar sin tener en cuenta el aumento adicional de coste asociado a las nuevas inversiones a efectuar para dicha renovación.

TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso al interesado.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 16 de septiembre de 2010, se informó a los interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación de su recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, dando traslado a los interesados de una copia del escrito de interposición de Telefónica y otorgando un plazo de 10 días para efectuar alegaciones (artículo 112.2 de la LRJPAC).



CUARTO.- Declaración de confidencialidad de información contenida en el escrito de interposición del recurso presentado por Telefónica.

Habiéndose analizado posteriormente la solicitud de confidencialidad de los datos contenidos en el citado recurso, mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 2010 se declaró la confidencialidad de la totalidad de la información contenida en el CD que se acompañaba al escrito del recurso como Anexo, por cuanto que se trataba de información de carácter sensible que pertenecía al ámbito de materias protegidas por el secreto comercial de dicho operador, y la no confidencialidad de la información señalada como "CONFIDENCIAL [.....]" en el escrito de recurso, en concreto, en las páginas 4, 7 y 8 del mismo, por entender que se trataba de información de especial interés para los terceros interesados en el expediente.

QUINTO.- Alegaciones de ASTEL.

Con fecha 18 de octubre de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión escrito formulado por Doña María del Carmen González Lloréns, en nombre y representación de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL), en virtud del cual formulaba alegaciones en relación con el recurso de reposición interpuesto por Telefónica:

SEXTO.- Alegaciones de TESAU.

Con fecha 5 de noviembre de 2010 ha tenido entrada en el Registro Electrónico de la Comisión un escrito en nombre y representación de TESAU en relación con el escrito de alegaciones de ASTEL mencionado en el anterior Antecedente de Hecho.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO 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, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé 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, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica su escrito como recurso de reposición, y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y



teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de Telefónica presentado el día 8 de septiembre de 2010 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de julio de 2010.

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 interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento número DT 2009/943 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a Telefónica para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente resolución.

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. El recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad previstos en el artículo 62 de la misma Ley. Concretamente, se alega lesión de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, concretamente, del previsto en el artículo 24 de la Constitución Española.

Por todo lo anterior, procede la admisión a trámite del recurso de reposición de Telefónica.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

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

El citado recurso deberá ser resuelto, y su resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.



III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre el precio establecido para el Kwh en la modalidad de tarifa plana y consumo real, la muestra tomada para su cálculo y el procedimiento de actualización.

El primero de los motivos invocados por Telefónica sobre los que fundamenta su escrito de recurso versa sobre el Resuelve Tercero de la resolución impugnada que modifica las tarifas por Kwh que los operadores han de pagar a Telefónica por el suministro de la energía eléctrica del servicio de cubrición de la OBA, tanto para la modalidad de tarifa plana como para la modalidad de consumo real, y establece la fórmula para actualizar las citadas tarifas semestralmente.

Considera Telefónica que el Anexo 4 de la resolución impugnada define la forma de cálculo del coste promedio del kwh estimado por la Comisión, tomando como referencia solo una muestra de 30 centrales OBA, sin explicar los motivos o las razones que llevan a seleccionar las mismas sobre un total de unas 700 centrales OBA. Señala que la Comisión redujo aún más la muestra, circunscribiéndola exclusivamente a 24 centrales por causas ajenas a Telefónica debido a que no disponía de la totalidad de los datos de las referidas centrales.

Ello ha provocado, según la recurrente, que los precios impuestos en el Resuelve Tercero vulneran los objetivos señalados en los artículos 3.1 apartados a y c y 11.5 de la LGTel por resultar insuficientes para cubrir los costes del servicio por los siguientes dos motivos:

- se parte de tarifas negociadas por Telefónica con las compañías eléctricas referidas al año anterior.
- se toma como referencia una muestra inferior al 5% de las centrales OBA. Telefónica señala que en el trámite de audiencia operadores como Jazztel cuestionan la muestra de centrales elegida y alega “... que esta Comisión debería dejar claro en la resolución el criterio a seguir a la hora de elegir las centrales”.

Con el fin de garantizar la representatividad real del precio medio calculado, Telefónica estima necesario considerar el universo total de las centrales OBA con operadores cubricados (unas 700 centrales). Periódicamente, para permitir el cálculo del precio medio, Telefónica presentaría a la Comisión la base de datos con la información sobre el universo completo de centrales utilizada para el cálculo.

Adjunto a su escrito de recurso, Telefónica ha aportado la información de que dispone¹ para cada una de las aproximadamente 700 centrales OBA en el segundo semestre de 2009: consumo total (Kwh), importe término de energía, impuesto eléctrico y otros importes, tipo de suministro (alta/baja tensión). Utilizando el total de centrales OBA, Telefónica obtiene un precio de 8,946 c€/Kwh para la modalidad de tarifa plana en el segundo semestre de 2009,

¹ Telefónica expone que, debido a que aún no se ha recibido de un suministrador de energía las facturas correspondientes, no se dispone para la totalidad de las centrales OBA de todos los datos del segundo semestre de 2009, pero sí en la gran mayoría, por lo que el grado de fiabilidad de los cálculos es elevado. Este problema se reproduce en el primer semestre de 2010 con un mayor número de centrales (Telefónica indica que normalmente no dispone de las facturaciones de las compañías eléctricas hasta pasado un trimestre del final del periodo de referencia).



con lo cual, a su juicio, el precio de 8,422 c€/Kwh fijado por la CMT no resultaría representativo del coste medio.

En relación con la revisión semestral de los precios calculados de la energía conforme lo establece el Resuelve Tercero de la resolución recurrida, alega que con el modelo propuesto se produce un decalaje superior a un año debido a que, normalmente, no dispone de las facturaciones de las compañías eléctricas hasta pasado un trimestre del final del periodo de referencia motivo por el cual puede resultar un importe relevante a regularizar, lo cual favorecerá la conflictividad y los posibles impagos.

Para evitar dicha situación, Telefónica propone basarse en el modelo que utiliza internamente para estimar las previsiones de tarifas medias en su elaboración de actividades como la presupuestación, modelo con el que se facilitarían el ejercicio de previsión y presupuestación a todos los operadores. Dicho modelo consiste en revisar el precio aplicable para cada semestre mediante la estimación prevista en los meses de Junio y Diciembre (para aplicar en el 2º Semestre y 1º Semestre siguientes, respectivamente), manejando para la ponderación de centrales los datos de potencia declarada 2 meses antes del inicio de cada semestre (final de Octubre y final de Abril). Telefónica manifiesta que su experiencia con este modelo de revisión es que los precios así calculados tienen errores inferiores al 2%. Posteriormente, para evitar la conflictividad por la diferencia del importe a regularizar, se procedería a efectuar las regularizaciones correspondientes por la diferencia de importes en el precio semestral medio estimado frente al precio medio efectivamente facturado por las compañías eléctricas cuando estos datos fuesen disponibles.

En conclusión, Telefónica propone:

1. Considerar la totalidad de centrales OBA, frente a la muestra de 30 centrales.
2. Revisar el precio semestralmente mediante la estimación prevista en los meses de junio y diciembre (para aplicar en el 2º y 1º semestres siguientes respectivamente). Se utilizarían los datos de potencia declarada 2 meses antes del inicio de cada semestre (final de octubre y final de abril).
3. Posteriormente, si es preciso, proceder a la regularización por la diferencia de importes en el precio semestral medio estimado frente al facturado, cuando se disponga de los datos de facturación.

En primer lugar, respecto a la consideración de la totalidad de centrales OBA que solicita Telefónica para fijar el precio de Kwh, hemos de traer a colación los antecedentes que dieron lugar a decidir tomar una muestra de 30 centrales OBA para fijar dicho precio.

Con anterioridad a la resolución de modificación de OBA (con número de expediente MTZ 2005/1054), de fecha 14 de septiembre de 2006, el consumo de electricidad se facturaba al operador en función de la tarifa eléctrica aplicada por la compañía eléctrica en la central de coubicación correspondiente. En el mencionado expediente, Telefónica expuso una serie de inconvenientes que hacían muy difícil la aplicación del procedimiento de facturación vigente, y efectuó una propuesta alternativa consistente en aplicar las tarifas eléctricas oficiales publicadas en BOE. En sus alegaciones Telefónica aludía, entre otros, a diferentes problemas relacionados con la complejidad de gestionar los datos de facturación en un gran número de centrales y procedentes de distintas compañías eléctricas²:

² Páginas 25-26 de sus alegaciones de fecha 12 de junio de 2006 al expediente MTZ 2005/1054: “Según el criterio



Esta Comisión consideró las anteriores alegaciones sobre la dificultad manifestada por Telefónica para utilizar los contratos de suministro de las compañías eléctricas a la hora de facturar la electricidad en las centrales OBA, aceptando³ su propuesta en la resolución MTZ 2005/1054.

En el momento actual en el que el mercado de la energía se ha liberalizado, determinar el precio por Kwh sobre la base de aplicar las tarifas eléctricas oficiales publicadas en BOE, ha dejado de tener sentido en la medida en que ya no se regularizan dichas tarifas salvo la tarifa oficial TUR⁴. Pues bien, a lo largo de todo el procedimiento DT 2009/943 cuya resolución ahora recurre, Telefónica ha venido reafirmando en su postura de basar los costes sobre la TUR debido a la dificultad ya mencionadas que le suponía facilitar los datos de las 700 centrales OBA.

En respuesta a esta alegación cabe indicar que el recurso de reposición no es el contexto oportuno para dictaminar un cambio de criterio de tal relevancia como el pretendido por Telefónica, máxime cuando es la primera vez que Telefónica presenta a esta Comisión los datos de facturación eléctrica de sus suministradores en cada una de las aproximadamente 700 centrales OBA. Además, ha de recordarse que fue necesario reiterarle el requerimiento el día 5 de marzo de 2010 –en el cual únicamente se le solicitaba una muestra de 30 centrales- y no fue sino hasta el día 30 de abril cuando finalmente se recibió la información, que además se presentó de forma incompleta .

aplicado hasta ahora en cada edificio de central, Telefónica debe facturar a cada operador OBA el consumo de energía eléctrica en función del precio del Kwh que figure en cada contrato de suministro en ese punto.

Dicho criterio conlleva entre otros los siguientes inconvenientes:

- *TdE entrega a los operadores la energía siempre en baja tensión, por lo que no tiene sentido el aplicar en la facturación en ciertos edificios precios de tarifas de media tensión que son las que figuran en sus contratos.*
- *El precio del Kwh recogido en contrato no se corresponde con el precio final que TdE paga por la energía, ya que existen otros factores como potencia contratada, reactiva consumida, discriminación horaria, impuesto eléctrico o excesos de potencia, que están regulados por ley y que incrementan este precio de forma considerable.*
- *En el caso de suministros en Mercado Liberalizado, TdE firma con los comercializadores de electricidad un compromiso de confidencialidad respecto de los precios de contrato. Este compromiso se incumple en el momento en que se le facilita a los operadores ese precio en la factura de su energía.*
- *Los contratos comerciales de TdE para la compra de energía en Mercado Liberalizado, pueden verse afectados de condicionantes empresariales que no tienen porqué repercutirse a los distintos operadores.*
- *El precio final del Kwh pagado por TdE en cada factura de energía puede verse modificado posteriormente en innumerables ocasiones por refacturaciones de consumos y conceptos.*
- *El desfase de tiempo entre solicitudes de cambios de contratación a las Cías. Eléctricas y la aplicación de estos cambios, origina errores en la aplicación de precios.*
- *El actual sistema de facturación supone la descarga continua de datos de los contratos de suministro de los emplazamientos OBA desde una base con 13.700 contratos en vigor.*

En consecuencia, parece razonable buscar un nuevo procedimiento más sencillo y transparente para el cálculo del importe del importe del Kwh a aplicar en la facturación de esta energía.”

³ Pg. 293 de la Resolución que puso fin al expediente MTZ 2005/1054: “Esta Comisión reconoce que si bien inicialmente el proceso propuesto por TESAU parece más complejo que el que se venía aplicando en la OBA 2004, el hecho de simular esta factura y obtener un único precio, sin necesidad de calcular el consumo de energía para cada edificio, simplifica considerablemente el proceso de facturación de la energía en el servicio de coubicación y evitará muchos de los inconvenientes citados por TESAU.

(...)

Se recoge en la lista de precios que el precio a facturar por suministro eléctrico será el regulado para la tarifa 2.0N, y se sustituye la expresión “días del mes” por el valor medio de días mensuales (365 dividido entre 12).”

⁴ Tarifa de Último Recurso.



Ahora bien, dado que Telefónica ha completado la información remitiendo los datos sobre las 6 centrales no aportadas durante el procedimiento, sí procede estimar en parte esta alegación y calcular los precios de Kwh con estos nuevos datos, con lo cual resultan los siguientes precios de Kwh :

<i>Modalidad tarifa plana</i>	<i>8,511 c€</i>
<i>Modalidad consumo real con contador</i>	<i>9,616 c€</i>

En relación a la falta de motivación y de transparencia en la elección de 30 centrales en lugar de las 700 y en relación a los criterios adoptados que manifiesta en su recurso, ha de señalarse que la motivación técnica para limitar el número de centrales a 30 radica esencialmente en la problemática -manifestada por la propia Telefónica en reiteradas ocasiones- para gestionar los datos correspondientes a los numerosos contratos de suministro suscritos con las compañías eléctricas en todas y cada una de las centrales. Por ello, se aligeró la información a suministrar reduciéndola a una muestra que fuese lo suficientemente representativa de las centrales con coubicación para estimar el coste medio de la energía eléctrica, partiendo de unos criterios perfectamente definidos y justificados en la resolución⁵ recurrida.

Tampoco puede acogerse la propuesta de Telefónica de cambiar el modelo de revisión de precios del Kwh para aplicar un modelo similar al aplicado internamente por Telefónica, basado en un mecanismo de estimación de tarifas medias y ajustes posteriores.

Al margen de señalar que el procedimiento de revisión semestral se halla actualmente pendiente de resolución en vía de recurso (que confirmará o refutará su validez), ha de hacerse notar que la invocación por Telefónica del mecanismo alternativo de revisión de precios ha sido formulada por primera vez en esta sede de recurso. Por esta razón no resulta procedente entrar en su análisis, so pena de desvirtuar la naturaleza puramente revisora de esta vía de recurso. Adicionalmente, la alegación de Telefónica se realiza de manera genérica y sin la concreción suficiente en cuanto a sus detalles, lo que impediría un análisis mínimo sobre su idoneidad.

Al respecto, ASTEL manifiesta su disconformidad con el modelo propuesto argumentando que la práctica habitual de esta Comisión, a la hora de fijar los precios orientados a costes, consiste en determinarlos de acuerdo con el análisis de la contabilidad de costes de Telefónica de ejercicios anteriores aprobada posteriormente por la Comisión. En la práctica, ello implica que los precios se determinan de acuerdo con los costes aprobados por la Comisión con un año de retraso en el mejor de los casos. Este retraso ocasiona generalmente que los operadores asuman indebidamente un sobrecoste, en la medida que la mayoría de costes evaluados corresponden a equipamiento, que presenta claras tendencias a la baja con el tiempo. Por el anterior motivo, ASTEL ha solicitado retroactividad en numerosas ocasiones, para paliar este efecto negativo. Considera que las revisiones de precios deben realizarse cuando procedan según la legislación y, en línea con Telefónica, considera que la determinación de estos precios debe realizarse en base a criterios prospectivos y/o realizar correcciones con carácter retroactivo. No obstante, ASTEL

⁵ Véase páginas 29-30 de la resolución recurrida.



considera que no resultaría aceptable que dicha metodología fuera adoptada únicamente para el caso de los costes de la energía OBA, tal y como reclama Telefónica, mientras sea mantenida la metodología actualmente aplicada para el resto de costes regulados.

En contestación a las anteriores alegaciones, debe decirse, en primer lugar, que como antes hemos mencionado, que el recurso de reposición no es el cauce procedimental adecuado para modificar el modelo puesto que esta vía ha de limitarse a valorar la nulidad o anulabilidad invocada por la recurrente, en virtud de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC. En segundo lugar, que utilizar los costes promediados correspondientes al semestre inmediatamente anterior –costes que serán revisados por la Comisión–, es un criterio perfectamente coherente y razonable, que ofrece suficientes garantías y certidumbre a los operadores en relación al precio que deberán abonar a lo largo del semestre por la energía eléctrica. De igual modo, como bien apunta ASTEL, los precios del resto de servicios OBA no se revisan a partir de previsiones o estimaciones de costes proyectadas a meses o años vista, como propone aquí Telefónica para la energía eléctrica, sino que se maneja información relativa a costes reales ya asumidos, que determinará los precios aplicables hasta la siguiente revisión.

Por consiguiente, Telefónica actualizará semestralmente los precios, una vez disponga de la información correspondiente al semestre anterior, atendiendo a lo establecido en la resolución recurrida.

En otro orden de cosas, Telefónica solicita una modificación en la redacción del Anexo 4, en el sentido de que para el cálculo del precio en el caso de facturación por consumo real con contador, se contemplan no solo término de energía, término de potencia e impuesto eléctrico sino también otros conceptos como la reactiva, esto es: todos los importes asociados a la base imponible. Para esta modalidad, utilizando la metodología propuesta por Telefónica, el precio aplicable para el 2º semestre de 2010 a partir del 22 de julio de 2010, sería de 10,156 c€/Kwh.

En cuanto a la precisión solicitada en el citado Anexo 4, debe apuntarse que ya se han tenido en cuenta los conceptos a los que hace alusión la recurrente (reactiva, enganche, etc.). No obstante, para mayor claridad, se admite la conveniencia de aclararlo expresamente en dicho Anexo (página 36 de la resolución recurrida) según solicita Telefónica, en el siguiente sentido: *“En este caso, se considerarán, además del importe por energía, los importes asociados al término de potencia, impuesto eléctrico y otros conceptos de la base imponible reportados por Telefónica.”*

SEGUNDO.- Sobre la modificación de la fórmula de cálculo del consumo.

El segundo de los motivos del recurso de reposición interpuesto por Telefónica se refiere a la reducción del factor de incremento de consumo por pérdidas de conversión (Fca/cc) de la fórmula de cálculo para el consumo pasando de un 15% a un 10%.

La recurrente considera que el factor del 15% que estaba previsto en la OBA se ajustaba adecuadamente a la situación real, y que la reducción de dicho factor, atendiendo a supuestas mayores eficiencias de nuevos equipos, no se podría considerar sin tener en cuenta el aumento adicional del coste asociado a las nuevas inversiones a efectuar para la renovación de equipos que esta Comisión califica de obsoletos y amortizados. Añade que el



hecho de que los equipos antiguos estuvieran ya amortizados no implica en modo alguno que la modificación de los mismos no supongan nuevas inversiones que han de ser repercutidas a los operadores.

Por todo lo anterior, Telefónica considera que no resulta proporcionado ni objetivo que deba invertir en nuevos equipos sin recuperar los costes que, en caso de continuar aplicando el factor del 15% de pérdidas de conversión, serían recuperables.

Por su parte, ASTEL se manifiesta contraria a la pretensión de Telefónica, pues considera que la reducción está plenamente justificada en la resolución recurrida y acreditada documentalmente. A su juicio, Telefónica está trasladando a los operadores las ineficiencias de equipos obsoletos, ya amortizados.

Argumenta ASTEL que los costes de Telefónica sólo caben ser considerados desde una perspectiva de costes corrientes para tecnologías eficientes, como lo ha establecido esta Comisión en la resolución MTZ 2010/1157⁶ y la Comisión Europea en la Recomendación 2009/396/CE⁷. Por dicho motivo, en caso de que Telefónica decida explotar equipos más allá de su vida útil, ASTEL entiende que es la propia Telefónica quien debe asumir las posibles consecuencias.

No puede admitirse la petición de Telefónica, pues ello supondría trasladar a los operadores alternativos unos costes asociados a sus ineficiencias, tal y como se explicó en la resolución recurrida. En efecto, las consecuencias de utilizar equipos obsoletos ya amortizados deben ser íntegramente asumidas por Telefónica, en línea con lo argumentado por ASTEL.

Telefónica pretende mantener en la fórmula de facturación las ineficiencias de unos equipos obsoletos y ya amortizados con creces, obviando el hecho de que los operadores -a través de los costes de disponibilidad- están sufragando cantidades correspondientes a la amortización y mantenimiento de unos equipos, teóricamente actuales y aún no amortizados, que sustentarían el servicio soporte de corriente continua. Pues bien, resulta evidente que ambas cosas son incompatibles, por lo tanto debe desestimarse la petición de Telefónica y mantener la revisión del factor de eficiencia de conversión aprobada en la resolución recurrida.

TERCERO.- Sobre la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada en relación con el resuelve Tercero y con la modificación de la fórmula de cálculo para el consumo.

Tal y como se ha expuesto en los antecedentes de hecho de la presente resolución, la operadora entiende, que tanto el Resuelve Tercero de la resolución impugnada como la modificación del factor de incremento del consumo por pérdidas de conversión (Fca/cc) de la fórmula de cálculo para el consumo, adolece de nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC. En particular, sostiene que los precios aprobados y la modificación del mencionado factor vulneran la legislación sectorial de

⁶ Resolución sobre la propuesta de sistema de contabilidad de costes incrementales a largo plazo de Telefónica de España, S.A.U.

⁷ Recomendación 2009/396/CE de la Comisión, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil: "El modelo de costes debe basarse en tecnologías eficientes disponibles dentro del período temporal considerado por el modelo. [...]"



telecomunicaciones, generando indefensión e inseguridad jurídica, en contravención de lo dispuesto en los artículos 24 y 9.3 de la Constitución Española por carecer de suficiente motivación.

Frente a tales alegaciones debe señalarse, en primer lugar, que los precios fijados en el Resuelve Tercero de la resolución impugnada y la modificación del referido factor, no conllevan la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho por vulneración de los derechos de la recurrente y, concretamente, de su derecho de defensa invocado.

Como ha dicho esta Comisión en reiteradas ocasiones, el derecho de defensa efectiva y la correlativa prohibición de indefensión ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional solamente en el seno de los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos sancionadores. Así lo ha señalado expresamente, entre otras, en las SSTC 157/2007, de 2 de julio y 291/2000, de 30 de noviembre. En el Fundamento Cuarto de esta última Sentencia se dice que:

“...esta indefensión, de haberse producido, habría tenido lugar en vía administrativa -y con acceso posterior a la vía judicial-, por ello sólo podría tener relevancia constitucional en el caso de que se llegara a la conclusión de que el acto impugnado tiene efectivamente naturaleza sancionadora, ya que es doctrina constitucional que las garantías consagradas en el art. 24 CE sólo resultan de aplicación a los procesos judiciales y a los procedimientos administrativos sancionadores”.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha aplicado la anterior doctrina en distintas Sentencias, como en la STS de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004\6286), en cuyo Fundamento Cuarto se 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 (SSTC 175/1987, de 4 de noviembre [RTC 1987, 175] , 197/88, de 24 de octubre [RTC 1988, 197], etc.) “

Resulta claro que el procedimiento administrativo DT 2009/943, que dio origen a la resolución de 22 de julio de 2010 impugnada, no es de naturaleza sancionadora por lo que difícilmente puede invocarse una presunta infracción del derecho a la defensa por parte de Telefónica.

A mayor abundamiento, debe señalarse que en el procedimiento DT 2009/943 se siguieron todos los trámites previstos en la LRJPAC, tal y como se expone en los Antecedentes de la resolución impugnada. Y dentro de dichos trámites, se dió oportunamente audiencia a las partes interesadas, formulando la propia entidad recurrente las alegaciones que consideró pertinentes.

Concretamente, sobre la falta de motivación de la resolución impugnada que, a entender de Telefónica, dio lugar a indefensión, ha de indicarse que la recurrente vuelve a plantear, en fase de recurso, las mismas alegaciones que puso de manifiesto en el expediente de origen, y que ya fueron debidamente contestadas en la resolución impugnada, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el tenor literal del artículo 112.1 de la LRJPAC, dichas alegaciones no



deberían tenerse en cuenta en la resolución de los recursos que se interpusieran contra aquélla.

No obstante lo expuesto anteriormente, esta Comisión ha considerado conveniente contestar en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo a la disconformidad que plantea la recurrente.

En relación con la motivación de los actos administrativos, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.

Como afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 301/2000, de 13 de noviembre:

“...el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentados de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla...”, añadiendo la Sentencia 187/2000, de 10 de julio, que *“no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión”.*

Además, puede tenerse en cuenta, entre otras⁸, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), en la que se señalaba lo siguiente:

“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.

Resultando, pues, que la resolución impugnada detalló debidamente las razones de los términos en los que la misma fue aprobada, debe descartarse que se produjera indefensión a la recurrente. Asimismo, Telefónica ha ejercido legítimamente su derecho a rebatir los argumentos de la resolución a través de la interposición del correspondiente recurso de reposición.

⁸ Véanse también las Sentencias de fecha 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000, (2000/3166) 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486), 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), 12 de diciembre de 1990 (1990/9918).



Lo dicho anteriormente determina, por tanto, que no pueda tener favorable acogida el motivo de impugnación invocado por Telefónica consistente en la falta de motivación de la decisión adoptada.

Por lo que se refiere a la presunta infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española, que proclama el principio de jerarquía normativa y que la recurrente considera infringido, según se hace constar en el enunciado del primero de sus motivos, ha de recordarse que la infracción de cualquier artículo de la Constitución no se encuentra incluida dentro de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC sino que es necesario que exista una lesión a los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. No obstante, debemos señalar que la resolución impugnada es respetuosa con el mencionado principio constitucional de jerarquía normativa al ser la resolución producto de la potestad conferida a esta Comisión por la citada LGTel, en su artículo 48.2, y que se especifican sus límites en el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados) fomentando la competencia y promoviendo el desarrollo del sector al instar a un mejor cumplimiento de la obligación impuesta a la recurrente en la resolución, de fecha 22 de enero de 2009, por la que se definió y analizó el mercado de acceso al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, de orientar los precios a costes también en el precio del suministro de energía eléctrica en el marco del servicio de coubicación.

Por último, la recurrente alega que tanto el precio establecido para el Kwh en la modalidad de tarifa plana y consumo real, como la muestra tomada para su cálculo y el procedimiento de actualización, así como la reducción del factor de incremento del consumo por pérdidas de conversión, no resultan objetivas, proporcionadas y transparentes de conformidad con lo previsto en el artículo 11.5 de la LGTel.

Con relación a la objetividad ha de contestarse que las soluciones técnicas adoptadas por esta Comisión en la modificación de la OBA, en relación al precio del suministro de la energía eléctrica en el marco del servicio de coubicación, se ha realizado aplicando los principios previstos en el artículo 3 de la LGTel. Pues bien, esta Comisión ha de aplicar los citados principios con la discrecionalidad técnica que tanto el ordenamiento sectorial como los tribunales le atribuyen⁹, como órgano especializado en la materia. En el ejercicio de esa discrecionalidad técnica, esta Comisión no solamente ha tenido en cuenta los intereses económicos de los operadores recurrentes sino que, a diferencia de éstos, considera también los intereses de la totalidad del mercado o mercados afectados. Por ello, y frente a otras soluciones alternativas propuestas por Telefónica, los tribunales han venido reconociendo la preeminencia de la solución adoptada por esta Comisión¹⁰, salvo que se acredite que la solución resulta injustificada o manifiestamente arbitraria, lo que no ha probado cumplidamente la recurrente que se ha limitado a manifestar su disonformidad con algunos extremos técnicos a lo que se le ha dado contestación en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo.

Finalmente, con respecto a la falta de proporcionalidad, tanto respecto del Resuelve Tercero de la resolución impugnada, como de la reducción del factor de incremento del consumo por pérdidas de conversión, debemos significar que los tribunales vienen exigiendo que los

⁹ SSTS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009\226 y RJ 2009\232) y de 18 de noviembre de 2008 (RJ 2008\7905).

¹⁰ SAN de 23 de diciembre de 2004 (RJCA 2006\141).



operadores impugnantes ofrezcan una alternativa técnica más “proporcionada” que la presentada por el organismo regulador, debiendo acreditarse dicha alternativa debidamente.

Así, en el Fundamento sexto de la SAN de 25 de febrero de 2003¹¹ ya se decía que:

“Finalmente, no cabe considerar que concurra la falta de proporcionalidad que asimismo se denuncia y para cuya apreciación habría sido necesario oponer a la resolución que se combate un canon o patrón de proporcionalidad, es decir, un término de comparación que fuera revelador de que habría sido posible alcanzar los mismos fines pretendidos por la C.M.T. empleando medios menos invasivos (...)”.

Y en la propia Sentencia citada se señala también que el “grado de exigibilidad” de las obligaciones que pueden exigirse a un operador designado como dominante con arreglo a la normativa sectorial, es mayor que respecto al resto de operadores del mercado:

“Por lo demás, tampoco se juzga desproporcionada la solicitud de información pretendida -por cierto, plenamente desatendida por la recurrente- si se atiende al peso específico de la empresa recurrente y a su posición en el mercado de las telecomunicaciones, tanto en lo que respecta al campo de los servicios telefónicos, en el que ostenta la condición de operadora dominante, como en el los demás servicios de telecomunicación, donde su presencia en el mercado es difícilmente discutible (...)”.

En su recurso, TESAU alega la existencia de soluciones alternativas a algunas de las acordadas por esta Comisión en la resolución impugnada, soluciones que, alcanzando los mismos objetivos regulatorios, resultan a juicio del operador impugnante, menos gravosas u onerosas para él. Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales citados, y lo previsto en el Fundamento de Derecho Primero y Segundo de esta resolución ha de concluirse que esas soluciones resultan más gravosas y costosas para el conjunto del sector entorpeciendo tanto su desarrollo como el fomento de su competencia.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Primero.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, SAU contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 22 de julio de 2010, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) en relación al precio del suministro de energía eléctrica en el marco del servicio de coubicación, quedando modificados los precios establecidos en el resuelve Tercero de la siguiente forma:

<i>Modalidad tarifa plana</i>	<i>8,511 c€</i>
<i>Modalidad consumo real con contador</i>	<i>9,616 c€</i>

¹¹ JUR 2006\218544.



Asimismo, se acepta la solicitud de que se precise, en el apartado 3 del Anexo 4 (página 36 de la resolución recurrida), en relación con la determinación del precio del Kwh para la modalidad con contadores, lo siguiente:

“En este caso, se considerarán, además del importe por energía, los importes asociados al término de potencia, impuesto eléctrico y otros conceptos de la base imponible reportados por Telefónica”

Segundo.- Desestimar las demás alegaciones efectuadas por Telefónica de España, SAU, en su recurso de reposición contra la resolución que puso fin al expediente DT 2009/943.

Tercero.- En el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la presente resolución, Telefónica modificará la lista de precios de la OBA para adaptar éstos a lo establecido en el Resuelve Primero de esta Resolución, atendiendo a lo dispuesto en el Anexo 6 de la resolución recurrida, y publicará el nuevo texto consolidado en su sitio web <http://www.telefonicaonline.es>.

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 por la resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado 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, y sin perjuicio 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.