



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 20/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 23 de mayo de 2013, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el cual se aprueba la

**Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 28 de febrero de 2013 sobre la metodología de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación (AJ 2013/516 y acumulados).**

## **I ANTECEDENTES**

### **PRIMERO.- Resolución de 28 de febrero de 2013.**

Con fecha 28 de febrero de 2013 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución, en el marco de la tramitación del expediente número MTZ 2012/2155, sobre la metodología de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal (también denominado WACC) para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación.

La mencionada Resolución acuerda en su parte dispositiva lo siguiente:

*<<PRIMERO – Aprobar la metodología de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación seguida en el apartado IV.*

*SEGUNDO – Establecer en 4,81% la prima de riesgo a aplicar en el cálculo de la tasa de retorno nominal de los servicios mayoristas regulados de redes de nueva generación.*

*TERCERO – Establecer en tres años el período de vigencia de la prima de riesgo de modo que su valor no será revisado hasta transcurrido dicho plazo desde la publicación de esta Resolución.>>*

### **SEGUNDO.- Recurso de reposición de ORANGE.**

Con fecha 22 de marzo de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad France Telecom España,



S.A.U. (en adelante, ORANGE) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 28 de febrero de 2013 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

- A. El plazo de 3 años de vigencia de la prima de riesgo aprobada no garantizaría algunos de los objetivos y principios del artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (en adelante, LGTel).
- B. El procedimiento de cálculo de la prima de riesgo aprobada y los criterios y factores utilizados no garantizarían los objetivos y principios del artículo 3 de la LGTel.

Sobre la base de las alegaciones antes expuestas, ORANGE solicita que se modifique la Resolución de 28 de febrero de 2013 en el sentido indicado por sus alegaciones.

### **TERCERO.- Recurso de reposición de TESAU.**

Con fecha 4 de abril de 2013 se recibió en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 28 de febrero de 2013 a la que se refiere el Antecedente de Hecho Primero, alegando fundamentalmente lo siguiente:

- A. La retroactividad de los efectos de la Resolución recurrida es contraria, entre otros, al principio de seguridad jurídica y confianza legítima, por lo que sería nula de pleno derecho.
- B. La prima de riesgo a aplicar para las inversiones en redes de acceso de nueva generación entre los años 2010 y 2012 debería ser mayor que la aprobada por la Resolución recurrida, ya que en esos ejercicios la incertidumbre habría sido mayor y además las inversiones realizadas cumplirían con la Recomendación de la Comisión Europea 2010/572/UE. Asimismo alega que el mercado potencial a utilizar no debería incluir los accesos a través de cable coaxial y que el modelo de reducción de la incertidumbre aprobado resulta arbitrario. Por tanto, la Resolución impugnada sería contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, por tanto, nula de pleno derecho.
- C. La Resolución recurrida estaría motivada de manera insuficiente, ya que no ha considerado la incertidumbre generada por la actual coyuntura económica de crisis y de reducción de la demanda al evaluar tanto el riesgo de las inversiones como para determinar el mercado potencial, ni tampoco se ha motivado correctamente el modelo de reducción de la incertidumbre aprobado, incurriéndose incluso en arbitrariedad en este punto. Por todo ello la Resolución sería nula de pleno derecho.

Sobre la base de las alegaciones antes expuestas, TESAU solicita que se anule la Resolución de 28 de febrero de 2013.

### **CUARTO.- Notificación a los interesados del inicio de la tramitación de los recursos y de su acumulación.**

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados los días 27 de marzo y 15 de abril de 2013, se informó a las entidades recurrentes y a los demás interesados del inicio del correspondiente



procedimiento de tramitación de los recursos de reposición antes citados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

En el mismo escrito se les informaba de la acumulación de la tramitación de los dos recursos, en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC y habida cuenta de la íntima conexión e identidad sustancial del objeto de los mismos.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a los interesados de una copia no confidencial de los escritos de interposición de los dos recursos de reposición, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

Ningún interesado presentó alegaciones a ninguno de los dos recursos interpuestos.

## II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

### PRIMERO.- Calificación de los escritos de interposición de los recursos.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, 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.

Los escritos presentados por ORANGE y por TESAU cumplen con los requisitos establecidos en los antes citados artículos 107.1 y 116.1 de la LRJPAC, ya que:

- El acto impugnado, la Resolución del Consejo de 28 de febrero de 2013 sobre la metodología de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación, es firme en vía administrativa, dado que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.12 de la LGT, y artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible –en adelante, LES-)
- Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición, e invocan expresa o genéricamente varias causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC



(fundamentalmente alegan el incumplimiento de la regulación y de la normativa sectorial y procedimental, falta de motivación y arbitrariedad).

- Y los dos recursos han sido interpuestos 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 procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos de ORANGE y de TESAU presentados los días 22 de marzo y 4 de abril de 2013 como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de de 28 de febrero de 2013 sobre la metodología de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación.

### **SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.**

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.

Las entidades recurrentes ostentan ambas la condición de interesados, por cuanto que ya lo eran en el procedimiento número MTZ 2012/2155, y además se ven directamente afectadas por las disposiciones regulatorias adoptadas en la Resolución recurrida, ya que ambos operadores están obligados a aplicar en sus inversiones la metodología aprobada para calcular la prima de riesgo en la tasa nominal de retorno para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a ORANGE y a TESAU para la interposición de los recursos potestativos 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.

Los recursos de reposición interpuestos por ORANGE y TESAU cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y vienen fundamentados en varios motivos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, singularmente en las siguientes:

- A. ORANGE alega el incumplimiento de la regulación y de la normativa sectoriales por parte de la Resolución impugnada, ya que estima que tanto el plazo de 3 años de vigencia de la prima de riesgo como el procedimiento de cálculo de la misma y los criterios y factores utilizados para ello, serían contrarios a los objetivos y principios del artículo 3 de la LGTel. Los hechos alegados constituirían causas de nulidad de pleno derecho por ser contrarios al ordenamiento jurídico (artículo 62.1.f) de la LRJPAC) y de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).
- B. Por su parte, TESAU alega que la retroactividad de los efectos del acto impugnado vulnera principios fundamentales del ordenamiento jurídico tales como el principio de seguridad jurídica y confianza legítima; que existe una motivación insuficiente que incluso podría incurrir en arbitrariedad; y en general se alega genéricamente el



incumplimiento de la regulación y de la normativa sectoriales. Los hechos alegados constituirían causas de nulidad de pleno derecho por infringir derechos susceptibles de amparo constitucional (artículo 62.1.a) de la LRJPAC) y por ser contrarios al ordenamiento jurídico (artículo 62.1.f) de la LRJPAC) y de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite de los recursos de reposición de ORANGE y de TESAU.

#### **CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición de ORANGE y de TESAU 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.

Los citados recursos de reposición deberán ser resueltos, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de los recursos mencionados, 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 plazo de vigencia de la prima de riesgo aprobada.**

ORANGE alega en su recurso que el plazo de 3 años de vigencia de la prima de riesgo aprobada en la Resolución recurrida es demasiado largo y no garantiza los objetivos y principios establecidos en el artículo 3 de la LGTel. Aunque en su escrito no especifica cuáles de los objetivos o principios concretos no estarían garantizados, sus argumentaciones están relacionados con los puntos a), b) y d) de dicho artículo 3, que versan principalmente sobre el fomento de la competencia efectiva en el mercado, y sobre la promoción de la inversión eficiente en infraestructuras y del desarrollo de nuevos servicios y el despliegue de redes para impulsar la conectividad y la cohesión territorial, económica y social.

En respuesta a dicha alegación hay que señalar en primer lugar que la Resolución de 28 de febrero de 2013 cumple estrictamente con los objetivos y principios recogidos en el artículo 3 de la LGTel antes mencionado, y que asimismo durante el proceso de instrucción del expediente número MTZ 2012/2155 de referencia se han tenido en cuenta dichos principios para utilizar la alternativa metodológica que mejor se adaptase a su cumplimiento; a modo de ejemplo:

En la decisión de establecer un plazo de revisión de la prima de riesgo, optar por un plazo dilatado era conveniente bajo el prisma de promoción de inversión eficiente y fomento de competencia basada en infraestructuras ya que aporta la certidumbre regulatoria<sup>1</sup> para facilitar las decisiones de inversión en redes de acceso de nueva generación (redes NGA); pero a su vez, el establecimiento de un plazo reducido para revisar la prima de

---

<sup>1</sup> Este certidumbre se refiere tanto a la expectativa de retorno futuro de las inversiones como a la estabilidad del entorno regulatorio.



riesgo podría facilitar la entrada de más operadores alternativos —por tanto, mayor competencia en servicios— si se acelerase la reducción del valor de la prima de riesgo y, por ende, el precio regulado de los servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación. Por lo tanto al determinar el plazo de revisión de la prima de riesgo se llegó a una solución de compromiso poderando ambos factores, buscando atender los objetivos regulatorios de la manera más óptima en su conjunto.

### **I.1. Cuestiones de coyuntura y del entorno competitivo planteadas de manera accesoria por ORANGE.**

Antes de analizar los argumentos principales de ORANGE, debe responderse a varias cuestiones planteadas asimismo por la recurrente de manera tangencial:

#### *I.1.1.- Sobre la estructura actual del mercado de servicios de banda ancha NGA.*

En primer lugar, ORANGE alude a la existencia de un “...*contexto de monopolio actual de las redes de fibra por el operador incumbente...*”, afirmación que hay que rechazar ya que, aunque en la última Resolución de 13 de diciembre de 2012 de definición y análisis del mercado de acceso a la red telefónica fija<sup>2</sup> se estableció que TESAU tenía poder significativo de mercado de acceso que engloba tanto los accesos tradicionales (cobre) como los de redes NGA, existen las siguientes evidencias de que existen redes alternativas en el mercado:

- Existen proyectos de despliegue de operadores alternativos en curso, e incluso la propia recurrente ha firmado recientemente un acuerdo de co-inversión con el operador VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.<sup>3</sup> para el despliegue conjunto de redes de acceso de nueva generación (redes NGA) del tipo FTTH –fibra hasta el hogar-.
- La prima de riesgo de las inversiones en redes NGA aprobada por esta Comisión no distingue entre tecnologías<sup>4</sup>, y en este sentido en la metodología de cálculo se ha considerado como redes NGA tanto las redes FTTH de TESAU como las redes Docsis 3.0 —híbridas de fibra y cable coaxial— de los operadores de redes de cable.
- Siguiendo este criterio, las cuotas de mercado de TESAU en este tipo de accesos distan mucho de tener un perfil monopolístico:

### **Líneas de banda ancha que dependen de nodo con DOCSIS 3.0 (HFC) y líneas de banda ancha FTTH**

---

<sup>2</sup> Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de diciembre de 2012 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al ORECE (MTZ 2012/1302).

<sup>3</sup> Nota de prensa oficial de ORANGE:

[http://acercadeorange.orange.es/UplImages/files/2283/np\\_orange\\_vodafone\\_ftth\\_mar\\_d4200db18633bf4bd94eefd57.pdf](http://acercadeorange.orange.es/UplImages/files/2283/np_orange_vodafone_ftth_mar_d4200db18633bf4bd94eefd57.pdf)

Nota de prensa oficial de VODAFONE:

<http://www.vodafone.es/conocenos/es/sala-de-prensa/notas-de-prensa/orange-y-vodafone-firman-un-acuerdo-para/>

<sup>4</sup> Definiciones en la Resolución de 28 de febrero de 2012 objeto de recurso: “... los servicios de Banda Ancha Tradicional (en lo sucesivo, BAT), que son aquellos servicios con capacidad de acceso tal que pueden ser provistos con tecnologías xDSL (hasta 30 Mbps), y servicios de Banda Ancha Ultrarrápida (en adelante, BAU), de capacidades superiores.”





	FTTH	HFC	Total	%
Ono	0	1.511.264	1.511.264	63,2%
<b>Telefónica de España</b>	<b>323.285</b>	<b>0</b>	<b>323.285</b>	<b>13,5%</b>
Euskaltel	0	243.342	243.342	10,2%
R	0	173.991	173.991	7,3%
TeleCable	6.595	113.114	119.709	5,0%
Resto	2.998	15.941	18.939	0,8%
<b>Total</b>	<b>332.878</b>	<b>2.057.652</b>	<b>2.390.530</b>	<b>100,0%</b>

Fuente: Informe trimestral CMT. 4º trimestre 2012

### 1.1.2.- Sobre la capacidad de despliegue de redes NGA por los diferentes operadores.

Ante los datos expuestos también se puede objetar la afirmación de ORANGE de que el operador incumbente “es el único en condiciones de afrontar despliegue generalizado en ámbito nacional.”. De hecho, los datos de la “huella NGA” muestran una mayor implantación y despliegue de las redes HFC - Docsis 3.0 (70,7%) propias de los operadores de redes de cable:

#### Accesos NGA instalados por tipo de soporte

Tecnología	Accesos instalados	%
FTTH	3.237.431	24,1%
FTTN	700.193	5,2%
HFC (DOCSIS 3.0)	9.517.552	70,7%
<b>Total NGA</b>	<b>13.455.176</b>	<b>100%</b>

Fuente: Informe trimestral CMT. 4º trimestre 2012

El mayor despliegue de redes del tipo Docsis 3.0 se debe, en gran parte, al menor coste y complejidad técnica que supone actualizar las redes actuales de cable a la tecnología Docsis 3.0 en comparación los costes de despliegue de planta externa de fibra óptica<sup>5</sup>.

### 1.1.3.- Sobre el factor de riesgo determinante en los servicios de banda ancha NGA.

Por último, ORANGE afirma que en el negocio de la comercialización de servicios de banda ancha a través de redes NGA “el mayor factor de riesgo reside no tanto en la demanda o escenario de adopción de la nueva tecnología (...) sino en el contexto competitivo y su impacto en la evolución de los precios minoristas de fibra y en el mercado potencial alcanzable por cada operador”. En esta afirmación la recurrente se reitera en sus alegaciones a la consulta pública de 30 de octubre de 2012, a las cuales esta Comisión ya respondió en el Anexo I de la Resolución de 28 de febrero de 2013 (ver páginas 29 y 30):

*“Acerca de la consideración de Orange, la CMT considera que las referencias internacionales y la actual estructura de precios (apartado IV.1.5) acotan la incertidumbre en precios a niveles homogéneos a los del negocio ADSL y con respecto a la presión competitiva, el modelo DCF incluido en la Consulta Pública recoge la incertidumbre en la competencia.*

<sup>5</sup> Según estimaciones de algunos operadores de telecomunicaciones, se estima que, de media, actualizar la red de coaxial con tecnología DOCSIS 3.0 cuesta unos 100 \$ por hogar, mientras que el despliegue con fibra (FTTH) eleva esos costes hasta unos 1.000 \$ por hogar (ver la siguiente URL: <http://gigaom.com/2009/04/30/docsis-30-coming-soon-to-an-isp-near-you/>).



*De hecho, respecto al precio de la BAU y la BAT, se concluye que, a la vista de las escasas diferencias de precio en mercados maduros, que han refrendado la oferta de Movistar Fusión, el precio introduce una incertidumbre adicional muy reducida en el modelo de negocio, porque va a tender a estar cerca del precio de la BAT, al menos en la situación actual donde no hay un servicio final que proporcione una utilidad diferencial a la fibra respecto al cobre.”*

## **I.2. Sobre la cuestión principal del plazo de vigencia de la prima de riesgo.**

A continuación se procede a valorar y responder a la alegación principal de ORANGE sobre que el plazo de 3 años de vigencia de la prima de riesgo aprobada en la Resolución recurrida es demasiado largo y no garantiza los objetivos y principios establecidos en el artículo 3 de la LGTel:

### *I.2.1.- Sobre la periodicidad y el plazo de revisión de la prima de riesgo.*

ORANGE argumenta que el plazo de revisión de la prima de riesgo apropiado para un “entorno susceptible de cambio” debería ser de 6 meses.

Esta alegación ya fue formulada en la consulta pública de 30 de octubre de 2012 antes citada, y la Resolución de 28 de febrero de 2013 responde a la misma en los siguientes términos (ver Fundamento de Derecho III.2, página 10):

*“(…) la CMT considera que la periodicidad de la revisión debe garantizar un marco regulatorio estable pero acotado en el tiempo con el fin de recoger las previsibles reducciones en el nivel de incertidumbre incremental que el negocio sobre redes NGA presenta en la actualidad con respecto a la tecnología ADSL.”*

Es decir, un plazo de revisión de sólo 6 meses como propone la recurrente generaría una inestabilidad e inseguridad regulatoria, e incrementaría en exceso la complejidad desde un punto de vista regulatorio porque su aplicación se debe realizar a través del parámetro WACC, que tiene un periodo de cálculo anual.

### *I.2.2.- Sobre la condicionalidad de la aplicación de la prima de riesgo.*

ORANGE argumenta que la aplicación de la prima de riesgo aprobada debería estar condicionada a la existencia de despliegues alternativos en la zona.

Esta alegación ya se incluyó en la Consulta Pública y se desestimó (ver páginas 30 y 31 del Anexo I de la Resolución recurrida) porque la implantación de la prima de riesgo en el cálculo de precios mayoristas regulados queda fuera del objeto del expediente. Adicionalmente, la metodología de cálculo se ha realizado sin segmentación territorial, y por tanto los resultados incluyen el riesgo medio de todas las inversiones que se prevén realizar, tanto en las zonas de alta como de baja rentabilidad. Por este motivo sería incongruente usar la prima resultante únicamente en unas zonas geográficas determinadas, como serían, a criterio de ORANGE, en aquellas en las que hay despliegues alternativos.

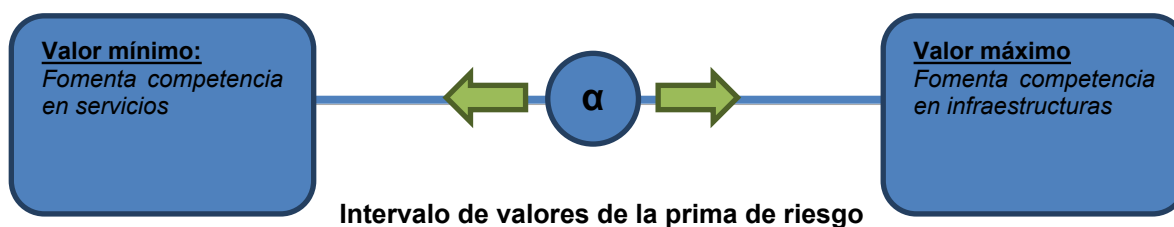
### *I.2.3.- Sobre las condiciones de competencia efectiva en las zonas sin cobertura NGA.*





ORANGE argumenta que el plazo de 3 años no ofrece garantía de desarrollo de competencia efectiva y de acceso a redes NGA en condiciones de igualdad en las zonas sin cobertura de redes NGA alternativas. Además, en opinión de la recurrente ese plazo ofrece una ventaja adicional al operador incumbente.

En la decisión de fijar la prima de riesgo esta Comisión se encuentra ante un intervalo posible de valores en el que, como es habitual, se produce *trade-off* entre el fomento de la inversión y competencia en infraestructuras y el fomento de la competencia en servicios. La decisión del regulador de posicionarse en cualquiera de los puntos definidos en el intervalo acotado por los valores mínimo y máximo le permitirá intervenir sobre el mercado a través de una prima de riesgo que actúe en mayor o menor medida fomentando la inversión o la competencia, pero en cualquier caso con una clara vocación de fomento de la inversión eficiente, considerando que esta es la mejor alternativa para favorecer una competencia sostenible.



Siendo,

- Valor mínimo: el coste incremental puro de prestar el servicio.
- Valor máximo: Aquel que anule el efecto del mercado mayorista en la decisión de inversión del operador.

Esta misma lógica se puede aplicar en el plazo de revisión de la prima de riesgo, que debe fijarse entre un valor mínimo (p.ej. el propuesto por ORANGE de 6 meses) y un valor máximo (el propuesto por TESAU, indefinido y sin plazo definido).

Esta Comisión entiende que un plazo reducido de revisión de la prima de riesgo iría en detrimento de la inversión en infraestructuras, dificultando, por tanto, el despliegue de redes alternativas en mayores zonas. En sentido contrario, un plazo indefinido o excesivamente dilatado podría generar incertidumbre regulatoria y sobre-protección al riesgo del negocio NGA. Por ello, un plazo de revisión de 3 años supone un buen equilibrio en el *trade-off* al que se enfrenta esta Comisión para lograr un equilibrio adecuado entre ambos intereses y objetivos contrapuestos.

#### 1.2.4.- Sobre el impacto de la prima de riesgo aprobada en los precios de los servicios.

ORANGE argumenta que la prima de riesgo del 4,81% fijada por la Resolución recurrida puede implicar una diferencia de precios superior al 10% que puede condicionar el desarrollo del mercado de fibra óptica en zonas donde TESAU sea el único oferente.

Con este argumento, la recurrente insiste en sus alegaciones sobre el efecto de la prima de riesgo fijada en las zonas sin despliegue alternativo, ya mencionada y contestada en el



apartado I.2.2 de la presente Resolución en el sentido de señalar que el valor resultante de la metodología pretende cubrir el riesgo medio de todas las inversiones en redes NGA sin segmentación territorial, y que una hipotética prima de riesgo aplicada exclusivamente en las zonas sin despliegue alternativo necesitaría otra metodología de cálculo y probablemente resultaría en un valor superior, ya que las zonas sin despliegue alternativo suelen presentar mayor incertidumbre de demanda.

Con respecto al impacto de la prima de riesgo en los precios de los servicios, este es el motivo principal que orienta a la Recomendación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2010 (2010/572/UE) relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA), con el fin de remunerar al operador inversor en despliegue de redes NGA por el riesgo incremental que está asumiendo con respecto a otros negocios más tradicionales. Además de motivaciones de eficiencia económica, este incremento de precio en los servicios mayoristas basados en redes NGA también tiene un soporte estratégico, al estar en línea con los objetivos de la Agenda Digital de la Comisión Europea.

Por último frente a la alegación de ORANGE de que la magnitud del incremento del precio debería depender de cada servicio en función del uso de activos específicos NGA en cada caso, hay que responder que esta cuestión está fuera del objeto de esta metodología el cálculo de precios objeto de la Resolución de 28 de febrero de 2013, y que en todo caso el servicio mayorista NEBA tiene fijados en la actualidad unos precios mayoristas que incluyen una estimación provisional de la prima de riesgo similar a la resultante de la metodología de cálculo de la prima de riesgo, por lo que no habrá mucha diferencia en sus precios derivada del valor resultante (4,81%) de la prima de riesgo.

En conclusión, esta Comisión estima que para cumplir con los objetivos regulatorios la prima de riesgo debe ser única a nivel estatal, sin distinguir entre zonas con mayor o menor competencia en infraestructuras, si bien la metodología definida se podría aplicar a zonas más específicas si fuera necesario. Y por los motivos antes expuestos, también se considera que el plazo de revisión de 3 años está suficientemente justificado y garantiza los objetivos y principios del artículo 3 de la LGTél, por lo que debe desestimarse el recurso de reposición de ORANGE en este punto.

## **SEGUNDO.- Sobre el procedimiento de fijación de la prima de riesgo.**

ORANGE afirma que el procedimiento de cálculo de la prima de riesgo aprobada y los criterios y factores utilizados no garantizarían los objetivos y principios del artículo 3 de la LGT, sobre la base de las siguientes alegaciones:

- El principal factor de riesgo en el negocio basado en redes NGA sería a su juicio la cuota de mercado alcanzable, y no la incertidumbre sobre el ritmo de adopción de la demanda.
- Lo más relevante a efectos de cálculo de la prima de riesgo serían las diferencias en la tasa interna de retorno derivadas de distintos niveles de competencia.
- Con respecto a la curva de demanda utilizada en el modelo de la metodología, ORANGE propone una curva de demanda con menos elongación y mayor pendiente, que sería menos sensible a la incertidumbre.
- Por último, la recurrente afirma que el método aprobado sobrevalora la prima de riesgo, y esto supone un freno al acceso a las redes NGA en igualdad de condiciones.



Frente a estas alegaciones hay que responder en primer lugar que no existe relación objetiva entre la alegación general formulada (el incumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel) y los argumentos concretos utilizados para justificar aquélla, y que ya se respondió a las mismas en la Resolución recurrida. De cualquier forma, esta Comisión se reitera en su decisión metodológica de captar el riesgo del negocio basado en redes NGA mediante la estimación de la incertidumbre de la demanda, al considerar que esta incertidumbre es incremental respecto a negocios más maduros (los servicios de banda ancha tradicional), a diferencia de la incertidumbre sobre la cuota de mercado, que entendemos que es común entre los negocios de banda ancha ultrarrápida y de banda ancha tradicional.

Con respecto a la curva de la demanda, esta Comisión se remite nuevamente a lo manifestado en la Resolución de 28 de febrero de 2013 (ver el Fundamento IV, apartado IV.1.2, páginas 14 a 18), en la que se justifica que, sobre la base del estudio de otros procesos recientes de adopción tecnológica en España como la banda ancha fija o la telefonía móvil, se ha demostrado que el modelo de demanda utilizado (modelo de Gompertz) minimiza el error de cálculo respecto a las observaciones (obtenidas mediante datos reales) realizadas por otros modelos también analizados. Es decir, la curva Gompertz y sus parámetros (pendiente y elongación) se adaptan mejor que los modelos de Fisher-Pry o Bass a la realidad del mercado nacional. Por añadidura cabe destacar que la demanda se ha calibrado con los datos reales del mercado para los 3 primeros años, aumentado así su poder predictivo para todo el periodo de vigencia de la prima de riesgo.

Con respecto a la alegación de ORANGE sobre el resultado sobrevalorado, esta Comisión entiende que no procede al tratarse de una metodología restrictiva: solo estima una de las fuentes de incertidumbres entre todas las contempladas en la Recomendación NGA y utiliza datos reales actuales tanto de demanda como de precios relativos de banda ancha (minimizando la incertidumbre). De hecho, el resultado obtenido (4,81%) está alineado con otras metodologías de cálculo (por ejemplo, comparativa de betas) y es inferior a referencias que se encuentran en la literatura académica<sup>6</sup> relevante al respecto.

En conclusión, por las razones expuestas debe desestimarse el recurso de ORANGE también en este punto, pues el procedimiento aplicado es el que mejor cumple con los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

### **TERCERO.- Sobre la vigencia temporal del cálculo de la prima de riesgo.**

TESAU alega contra la retroactividad de los efectos de la Resolución recurrida, diciendo que es contraria al principio constitucional de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, y por lo tanto a su juicio sería nula de pleno derecho por vulneración del artículo 62.1 de la LRJPAC.

La recurrente estima que el nuevo valor de la prima de riesgo que surja de una revisión únicamente se debería aplicar a los activos nuevos, y no a las inversiones realizadas con anterioridad a la aprobación de la revisión, pues a su juicio la prima de riesgo reconocida a una inversión realizada en un año en el que estaba vigente una prima concreta debería

---

<sup>6</sup> Meier, I., Tarhan, V., 2007, Corporate investment decision practices and the hurdle rate premium puzzle. Análisis realizado sobre 127 compañías de ocho sectores diferentes, incluyendo sector de Telecomunicaciones.



mantenerse a lo largo de toda la vida útil de esa inversión y no verse modificada a posteriori de manera retroactiva.

La recurrente expone a modo de ejemplo que si realiza una inversión en el año  $n$ , ésta se realiza con una prima de riesgo ajustada a las circunstancias de negocio existentes en ese año y a la normativa aplicable en esa fecha, y se realiza porque se esperan obtener unos flujos de caja que hagan rentable esa inversión sobre la base de esa prima de riesgo concreta y no de otra. Si la prima de riesgo cambia con carácter retroactivo, el operador no recuperaría, vía el reconocimiento de sus costes, la inversión realizada en su día.

TESAU basa su argumentación en razones de seguridad jurídica y confianza legítima, que deberían impedir que las Administraciones Públicas adopten resoluciones con efectos retroactivos que perjudiquen a los administrados.

En respuesta a esta alegación hay que señalar en primer lugar que la aplicación de una tasa de retorno (WACC) dependiendo del año de la inversión es una práctica que en general nunca se ha realizado en modelos de costes regulatorios, a pesar de que los riesgos de las inversiones de los operadores de telecomunicaciones con obligaciones a presentar los modelos han variado en el tiempo.

En segundo lugar, la entidad de consultoría Deloitte (entidad encargada del desarrollo metodológico de cálculo de la prima de riesgo de las inversiones en redes NGA) considera que la razón de la existencia de la prima de riesgo se debe a que en un primer momento en el ciclo inversor el WACC que se viene calculando para TESAU y el resto de operadores no recoge totalmente el riesgo asociado a estas inversiones, ya que no se han producido en gran escala (al menos hasta el ejercicio 2012). Es de prever que, en la medida en que las inversiones en redes de acceso de nueva generación se generalicen, el WACC comenzará a efectivamente recoger ese mayor riesgo (si es que sigue existiendo), mientras que la prima de riesgo descenderá al aumentar la penetración del nuevo servicio.

Es por ello totalmente razonable que la prima de riesgo sobre el WACC de las inversiones en fibra óptica disminuya con el tiempo a medida que la mayor parte de las inversiones de TESAU y del sector se realicen en este tipo de redes.

En cuanto a la alegación sobre la presunta retroactividad del acto recurrido, hay que negar que la vigencia de la misma se extienda con carácter general de manera retroactiva a ejercicios anteriores y se modifiquen regulaciones preexistentes, ya que:

- Por una parte, esta Resolución es la primera que establece la prima de riesgo (WACC) para las redes NGA, en cumplimiento de lo establecido en la normativa sectorial vigente y en especial en la Recomendación CE de 20 de septiembre de 2010 (2010/572/UE) relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA).
- Por otra parte, la práctica regulatoria es que las Resoluciones que aprueban el WACC de redes de telecomunicaciones cada año -o de manera plurianual como la recurrida- se aplique en ese ejercicio a todos los activos del operador existentes en balance, sin diferenciar el año de la inversión.
- Además hay que negar que la Resolución produzca efectos desfavorables para la competencia efectiva en el mercado, sino que ocurre todo lo contrario, ya que intenta conjugar los intereses diversos de los operadores del mercado.



- Y por último, el periodo de vigencia de la Resolución de 28 de febrero de 2013 se establece claramente en el Resuelve Tercero de la Resolución objeto de recurso: 3 años desde la publicación de la misma.

Por todo lo anterior procede desestimar el recurso de TESAU en este punto.

#### **CUARTO.- Sobre la cuantificación del riesgo de las inversiones realizadas en los años 2010 a 2012.**

Según TESAU, la Resolución recurrida puede ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, por lo que sería nula de pleno derecho por vulneración del artículo 62.1 de la LRJPAC.

La recurrente afirma que la prima a aplicar para las inversiones en redes de acceso de nueva generación realizadas por TESAU entre los años 2010 y 2012 debería ser mayor que la aprobada por la Resolución de 28 de febrero de 2013, ya que los años en los que se realizaron esas inversiones la incertidumbre económica era mayor que la que recoge la prima de riesgo aprobada ahora, y además dichas inversiones cumplieron con lo estipulado por la ya citada Recomendación CE de 20 de septiembre de 2010 (2010/572/UE) para hacerse acreedoras de la compensación establecida como una prima de riesgo a añadir al coste de capital.

A esta alegación debe responderse recordando que la prima de riesgo empleada recoge una medida del riesgo razonable en este periodo en el que nos encontramos, tal y como se recoge en los Fundamentos de Derecho de la Resolución recurrida, y en especial en su Fundamento IV. En la misma se detalla que sería excesivamente complejo calcular una prima de riesgo para cada año de análisis, por lo que se aplicará la prima de riesgo definida independientemente del año en el que se realizó la inversión y que, por tanto, no es necesario el cálculo de las primas de los ejercicios 2010, 2011 y 2012 puesto que no van a ser utilizadas en la metodología actual ni tendría lógica regulatoria su consideración para fijar de forma retroactiva precios de servicios mayoristas de años pasados.

En cuanto a las alegaciones genéricas sobre la presunta irretroactividad de algunas partes del acto recurrido, hay que remitirse nuevamente a lo ya manifestado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Resolución.

Por todo lo anterior se debe desestimar el recurso de TESAU también en este punto.

#### **QUINTO.- Sobre la incertidumbre generada por la actual coyuntura económica.**

TESAU alega que la Resolución recurrida no está suficientemente motivada al valorar la incertidumbre generada por la actual coyuntura económica de crisis, con vulneración del artículo 62.1 de la LRJPAC.

La recurrente señala que, para el caso de bienes sustituibles como los que nos ocupan, donde la Banda Ancha Ultra-rápida (BAU) es un bien superior respecto a la Banda Ancha Tradicional (BAT), la coyuntura económica debería haber sido determinante ya que afecta a la propensión al consumo del cliente y, por tanto, a la demanda del bien superior. Sin embargo, a su juicio no se ha motivado la decisión regulatoria de no considerar la coyuntura



económica como fuerte de incertidumbre incremental en el negocio BAU. TESAU aporta algunos datos macroeconómicos representativos del impacto de la recesión económica en España y de sus efectos en el consumo y en la demanda minorista.

Frente a estas alegaciones esta Comisión considera que, en efecto, la coyuntura económica será un factor que influirá en el desarrollo del mercado, pero que en ningún caso supone un factor de riesgo que no pueda estar ya recogiendo la prima de riesgo calculada, y que además no supone un factor diferencial sobre la inversión en otros negocios. De hecho, los últimos datos estadísticos sobre la demanda de conexiones a servicios de acceso a redes de Banda Ancha Ultra-rápidas (BAU) de finales de 2012 muestran que, a diferencia de lo alegado por TESAU, la aceptación de este tipo de servicios está siendo muy alta, por encima incluso de las previsiones recogidas en el modelo. Es decir, el modelo de demanda utilizado en la Resolución recurrida se ajusta a la coyuntura económica y de consumo actuales, recoge adecuadamente los efectos de la crisis económica actual e incluso, para los años en los que se han cruzado datos reales y previstos (2010-2012), el modelo de demanda ha mostrado desviaciones por defecto más que por exceso de demanda.

En consecuencia se debe desestimar el recurso de TESAU también en este punto.

#### **SEXTO.- Sobre la determinación del mercado potencial.**

TESAU alega que la Resolución recurrida vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de la administración establecido en el artículo 9.3 de la Constitución y no estaría suficientemente motivada, por lo que sería nula de pleno derecho.

La recurrente alega que el mercado potencial a utilizar no debería incluir los accesos a través de cable coaxial (HFC). A su juicio, para evaluar el riesgo se tiene que establecer como techo la estimación de su demanda de servicios de Banda Ancha Ultra-rápida (BAU), sin agregar ninguna otra cantidad que eleve de forma artificial el volumen de una base de clientes al que TESAU estima que nunca va a llegar. Asimismo afirma que el riesgo al que se enfrenta un operador incumbente que invierte en redes NGA estaría determinado por su techo de demanda, y que agregar la demanda de los operadores de cable sería inventar posibles clientes donde no los hay.

En respuesta a las alegaciones antes expuestas, reiterativas de las realizadas en la tramitación del procedimiento y que ya fueron contestadas en la Resolución recurrida (ver Anexo I, páginas 30 a 33), esta Comisión se remite a las citadas contestaciones y considera que actualmente los servicios que se ofrecen bajo ambas tecnologías (fibra y cable), en lo que se refiere a Banda Ancha Ultra-rápida (BAU), son equivalentes tanto desde una perspectiva de neutralidad de red como de sustituibilidad a nivel comercial y de mercado, ya que ofrecen la misma velocidad de conexión y servicios complementarios equivalentes. Por lo tanto no existe ninguna razón para excluir la consideración de los servicios de cable dentro del mercado potencial de Banda Ancha Ultra-rápida (BAU), ya que ofrece el mismo servicio al cliente minorista, y desde el punto de vista del consumidor no supone diferencia la contratación de uno u otro tipo de servicio final a pesar de las diferencias tecnológicas existentes en sus infraestructuras de red.





En consecuencia se debe desestimar el recurso de TESAU en este punto.

### **SÉPTIMO.- Sobre la reducción de la incertidumbre.**

TESAU alega que la Resolución recurrida no está suficientemente motivada en cuanto a la reducción de la incertidumbre reconocida y en cuanto a la elección de la fórmula de simulación e incluso incurriría en arbitrariedad, siendo nula de pleno derecho. La recurrente reclama que se utilice un modelo de reducción de incertidumbre que se ajuste a una curva sigmoidea y no a una disminución cuadrática.

En respuesta a esta alegación esta Comisión considera que el modelo utilizado para simular la reducción de incertidumbre de la que hace uso la metodología se ajusta a las premisas iniciales: la incertidumbre decae más rápidamente que de manera lineal hasta alcanzar el punto de inflexión, y a partir de este punto lo hace más lentamente. Existen múltiples alternativas para modelar una disminución de incertidumbre como la planteada, pero la opción seleccionada cumple las premisas de modelado, resulta menos compleja que la propuesta por TESAU, y además es una opción metodológica que se ajusta a las consideraciones realizadas por la empresa Deloitte, que fue la encargada del desarrollo metodológico de cálculo de la prima de riesgo NGA.

En el trámite de audiencia del procedimiento MTZ 2012/2155 ya se contestó a esta alegación (ver Anexo I, páginas 30 a 33) en los siguientes términos:

*“Por último, respecto a las alegaciones contra el método de reducción del parámetro  $\Delta a$  según se van obteniendo datos reales, la CMT entiende que el comportamiento de la demanda en los primeros despliegues realizados por parte del incumbente es muy determinante para reducir la incertidumbre del despliegue “a priori” y es utilizada para revisar el plan de negocio e inversión del operador. Incluso el incumbente dispone de más información en base al comportamiento de la demanda en los pilotos previos que realiza antes del lanzamiento comercial de la tecnología de acceso FTTH. Por tanto, la CMT no comparte la visión de TESAU sobre la función a utilizar sea sigmoidea y se aplicará una reducción cuadrática de  $\Delta a$ .”*

En definitiva, debe desestimarse el recurso de TESAU también en este punto.

### **OCTAVO.- Sobre la alegación referida a la presunta motivación insuficiente de la Resolución recurrida.**

TESAU alega en varias ocasiones a lo largo de su escrito que existe una motivación insuficiente de la Resolución de 28 de febrero de 2013, que habría causado incluso arbitrariedad en algunos aspectos de la misma, ya que esta Comisión no habría valorado ni justificado de manera adecuada las consecuencias de la actual crisis económica en la determinación del mercado potencial y de la evolución de la demanda minorista de servicios de Banda Ancha Ultra-rápida (BAU) y en la incertidumbre de las inversiones, y en consecuencia no habría justificado de manera suficiente sus decisiones regulatorias al respecto.

Frente a estas alegaciones hay que responder que la motivación de la decisión regulatoria adoptada es suficiente y completa, ya que se realiza el análisis detallado de los factores concurrentes, se motivan suficientemente los principales aspectos de la decisión adoptada, y se da cumplida respuesta a las alegaciones presentadas por los interesados. Todo ello queda demostrado con la mera lectura de los Fundamentos de Derecho de la Resolución



recurrida, y en especial del Fundamento de Derecho III “Resultado de la consulta pública (ver páginas 4 a 11), del Fundamento de Derecho IV “Metodología de cálculo de la prima de riesgo” (ver páginas 11 a 26), y en el Anexo I “Resumen de las alegaciones presentadas por los operadores al modelo de flujos de caja descontados” (ver páginas 29 a 35).

Es decir, la alegación formulada por TESAU de falta de motivación se realiza de manera genérica y sin aportar prueba alguna válida en Derecho que sustente la misma, por lo que hay que reiterar que, en relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC establece que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación 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 Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2009<sup>7</sup>, de 26 de mayo de 2009<sup>8</sup> y de 7 de marzo de 2006<sup>9</sup>.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias (entre otras, en las de 3 de diciembre de 1996<sup>10</sup> y de 3 de mayo de 1995<sup>11</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.

Pues bien, en el supuesto concreto de la Resolución recurrida hay que afirmar que en sus Fundamentos de Derecho, y en especial en su Fundamento de Derecho IV (ver páginas 11 a 26) y en el Anexo I (ver páginas 29 a 35), se indican de forma pormenorizada las razones económicas, técnicas y jurídicas que han motivado todos aquellos aspectos respecto de los que TESAU manifiesta su disconformidad en relación a cuestiones de fondo, y que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada. Y siendo esto así, del contenido de la Resolución impugnada puede colegirse claramente las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en sus Sentencias de 15 de enero de 2009<sup>12</sup>, 20 de mayo de 2008<sup>13</sup> y 8 de marzo de 2006<sup>14</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*”.

Y en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2007<sup>15</sup> relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2009, se declara que:

*“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es*

---

<sup>7</sup> RC 2694/2007.

<sup>8</sup> RJ 2009\4401.

<sup>9</sup> RJ 2006\1668.

<sup>10</sup> RJ 1996\8930.

<sup>11</sup> RJ 1995\4050.

<sup>12</sup> RJ 2009\467.

<sup>13</sup> RJ 2008\5296.

<sup>14</sup> RJ 2006\5702.

<sup>15</sup> JUR 2007\52343



*posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.”*

Otra cosa distinta es que TESAU no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida o el sentido de la decisión adoptada, como recuerda la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento de Derecho Tercero:

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

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 la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en sus Sentencias de 8 de mayo de 2008<sup>16</sup>, de 13 de julio de 2004<sup>17</sup> y de 16 de julio de 2001<sup>18</sup>. Ello no sucede en el supuesto de la Resolución de 28 de febrero de 2013 objeto de recurso, tal y como se ha razonado a lo largo de la presente Resolución.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

## RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades France Telecom España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de febrero de 2013 sobre la metodología de cálculo de la prima de riesgo en la tasa de retorno nominal para servicios mayoristas de redes de acceso de nueva generación [WACC de NGAs].

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 22.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, 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, 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

---

<sup>16</sup> RJ 2008\2642.

<sup>17</sup> RJ 2004\4203.

<sup>18</sup> RJ 2001\6684.



plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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, Bernardo Lorenzo Almendros.***