



Roj: **SAN 6209/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6209**

Id Cendoj: **28079230082022100721**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **01/12/2022**

Nº de Recurso: **1355/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001355/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 09466/2019

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: SRA. ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a uno de diciembre de dos mil veintidós.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **1355/2019**, interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** representada por la Procuradora **Sra. Ortiz Cornago** y defendida por Letrado, contra resolución **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado. Ha sido parte codemandada **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL)** representada por el Procurador Sr. Hidalgo Martínez y defendida por Letrado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Eugenio Frías Martínez**.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- In terpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

SEGUNDO.- La Administración demandada, y la parte codemandada, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentaron escrito en el que alegaron los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Tr as la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 30 de noviembre del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contra la resolución de 30 de abril de 2019, de la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el marco del expediente OFE/DTSA/012/17/MARCO BAJA DENSIDAD, que acuerda:

"PRIMERO.- Aprobar las modificaciones a la oferta de referencia para la prestación del servicio MARCO de acuerdo con lo indicado en el anexo 1 de la presente propuesta.

Dichas modificaciones surtirán efectos una vez transcurridos dos meses desde la notificación de la presente Resolución a Telefónica de España, S.A.U.

SEGUNDO.- El texto de la oferta modificado será publicado por la CNMC en su página web y Telefónica deberá publicarlo en su página web en el plazo máximo de 10 días a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución a Telefónica de España, S.A.U.

TERCERO.- Si un operador solicita a Telefónica poder desplegar acometidas en postes, ésta deberá negociar un acuerdo en términos razonables y notificar dicho acuerdo a la CNMC."

SEGUNDO.- Telefónica mantiene en la demanda:

1. Que se anule la modificación de la oferta MARCO consistente en la posibilidad de que los operadores ubiquen cajas terminales en arquetas, recogida en el apartado II.4.5 de la Resolución. Y ello por haber incurrido la CNMC en la arbitrariedad que proscribiera el artículo 9.3 de la Constitución, al adoptar esta medida, que implica un trato diferencial y discriminatorio entre TESAU y los operadores alternativos y que obliga a TESAU a vulnerar la normativa de prevención de riesgos laborales y su normativa técnica interna si quiere evitar esta situación diferencial y discriminatoria.

La CNMC modifica la oferta MARCO concluyendo que "los operadores podrán ubicar cajas terminales y de empalmes en arquetas de tamaño medio (de tipo D, H o similares), siempre y cuando el espacio disponible en las mismas permita su instalación ordenada: deben fijarse cajas y cables a la pared del registro, y evitarse los espacios destinados al acceso y la manipulación (techo y centro)".

Esta modificación de la CNMC, según la cual los operadores pueden instalar sus CTOs en las arquetas de tipo D, H o similares de TESAU supone un trato diferencial y discriminatorio hacia la recurrente porque la normativa técnica interna de TESAU no permite la instalación de CTOs en arquetas por razones de seguridad técnicas y operativas; sin embargo, los operadores alternativos que quieran sí van a poder hacerlo.

Las arquetas constituyen entornos poco recomendados para actuaciones reiteradas, como es la gestión de altas y bajas. Las CTOs no están diseñadas para ser instaladas en emplazamientos susceptibles de ser inundables (canalizaciones subterráneas).

Para evitar ese trato diferencial y discriminatorio respecto de los operadores alternativos que decidan instalar sus CTOs en arquetas de TESAU, mi representada tendría que permitir la instalación de sus propias CTOs en sus arquetas, vulnerando, así, su normativa técnica interna y también la normativa de prevención de riesgos laborales.

La CNMC, pues, a la hora de imponer obligaciones a TESAU, ha de actuar de conformidad con los principios de transparencia, proporcionalidad y motivación; en caso contrario, el resultado de la metodología aplicada por la Administración será arbitrario.

Existe una obligación de obturar en la norma UNE 133100-2 (apartado "10. Sistemas de obturación de conductos vacíos y ocupados por cables"), de la Asociación Española de Normalización: "Todos los conductos, estén vacíos u ocupados por cables, se obturarán en las arquetas o cámaras de registro. Estas obturaciones evitarán la entrada de agua, barro, gases explosivos o tóxicos y roedores". No se encuentran en el mercado tapones de anclaje u obturadores que garanticen la obturación cuando se consideran muchos cables en un mismo subconducto.

De persistir con la autorización de este ecosistema heterogéneo, la CNMC debería matizar en la Normativa Técnica de la oferta MARCo que todas las configuraciones de subconductación que sean propuestas garantizarán que cumplen con la normativa de prevención de riesgos laborales y que no ponen en riesgo las infraestructuras ya existentes. Y, para el caso de que no cumplan dichas garantías, se deberá fijar un plazo para resolver tal incumplimiento, facultando, en caso de que no se resuelva, al titular de la infraestructura para ejercitar las acciones que a su derecho correspondan.

2. Que se anule la modificación de la oferta MARCo relativa a la elaboración del proyecto técnico de postes, recogida en el apartado II.4.3 de la Resolución, consistente en una nueva configuración del procedimiento de acceso a postes, con reducción de los plazos con los que hasta ahora contaba TESAU en dicho procedimiento, por carecer de proporcionalidad.

Las decisiones regulatorias de imponer o modificar obligaciones a los operadores con poder significativo de mercado deben acomodarse a los principios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

Con la modificación de la oferta MARCo, la recurrente dispone de 30 días laborables para llevar a cabo las tareas de análisis de solicitudes, replanteo y análisis de viabilidad (estudio de cargas y presupuesto de adecuación) y de 20 días laborables para la realización del proyecto y ejecución de adecuaciones. Ello supone una significativa reducción de los plazos con los que contaba hasta ahora, pues antes disponía de 30 días laborables para realizar el análisis de solicitudes y el replanteo (30 días laborables para la elaboración del proyecto técnico y 20 días laborables para la ejecución de adecuaciones) y, sin embargo, ahora en ese mismo plazo debe efectuar no sólo el análisis de solicitudes y el replanteo, sino también el análisis de viabilidad (estudio de cargas y presupuesto de adecuación). Respecto de la oferta existente hasta su reciente modificación, el tiempo total máximo de realización de la obra desde la recepción de la solicitud se reduce de 80 días laborales a 50.

Es de suma relevancia disponer de tiempo suficiente para llevar a cabo los estudios necesarios, máxime tratándose de postes, en los que las consecuencias de un incumplimiento de la normativa técnica, operativa y de prevención de riesgos laborales pueden ser muy graves.

Determinadas tareas no dependen de la recurrente, sino que dependen del operador solicitante, como, por ejemplo, la cita para efectuar la visita de replanteo, de manera que, si el operador no responde, dado que no hay parada de reloj, el plazo sigue corriendo en detrimento de la actora.

3. Que se anulen las modificaciones de la oferta MARCo introducidas en la Resolución en relación con el procedimiento de gestión de SUC genérica en red de dispersión, recogidas en el apartado II.4.6 de la Resolución, por haberse omitido el procedimiento legalmente establecido.

En la Resolución, la CNMC impone, de manera sorpresiva, una serie de obligaciones que no se contemplaban en el Informe de Audiencia, de fecha 17 de septiembre de 2018.

Los cambios que la CNMC ha introducido en la Resolución son de gran relevancia y suponen que mi representada debe llevar a cabo desarrollos muy costosos en sus sistemas y a TESAU se le ha privado de su derecho a formular alegaciones sobre ellos.

La CNMC debería haberle concedido nuevo trámite de audiencia, de manera que TESAU pudiera formular alegaciones en relación con los cambios; sin embargo, esto nunca ocurrió, pues esta nueva regulación se introdujo, sorpresivamente, en la Resolución y nunca fue objeto de debate en la tramitación del procedimiento administrativo.

El hecho de que la CNMC no le concediera nuevo trámite de audiencia, ha ocasionado una enorme indefensión, pues no ha podido oponerse a las nuevas imposiciones de la CNMC.

4. Que se anule la modificación de la oferta MARCo relativa al precio que los armarios en pedestal han de tener en el servicio MARCo, recogida en el apartado II.4.4 de la Resolución, por carecer de proporcionalidad y ser arbitraria.



La CNMC crea una categoría específica "ARM", cuyo precio, en tanto no se determine un precio específico de los armarios sobre pedestal, será el actualmente establecido para la categoría "otros registros"; es decir, 1,71 euros/mes/unidad.

El precio que impone la CNMC para los armarios en pedestal se sitúa en el rango de las arquetas. Y, si bien, atendiendo a su volumen, ambos elementos podrían ser comparables, no lo son en cuanto a su uso habitual.

El precio de los armarios es muy superior al de las arquetas. Un armario de distribución pequeño para urbanizaciones (77 dm³, aproximadamente), aunque su coste no consta reflejado en la contabilidad de costes de TESAU, puede asemejarse a una caja de interconexión de 800 pares (69 dm³) para instalación en fachada. Al tratarse los armarios en pedestal de elementos en superficie, están mucho más expuestos al deterioro y el plazo de amortización es mucho menor. Estima que precio de compartición en el servicio MARCo de los armarios en pedestal debería ser, como mínimo entre 23,63 y 27,30 veces superior al de una arqueta de volumen similar. El precio en el servicio MARCo de un armario en pedestal pequeño para urbanizaciones debería ser, al menos, de entre 7,56 y 8,74 euros/mes/unidad.

TERCERO.- Se impugna en primer lugar la modificación de la oferta MARCo consistente en la posibilidad de que los operadores ubiquen cajas terminales en arquetas, recogida en el apartado II.4.5 de la Resolución, al entender que se otorga un trato discriminatorio a TESAU, que no puede efectuar dicha ubicación en virtud de su normativa técnica interna y de prevención de riesgos laborales.

La resolución establece que "Los operadores podrán ubicar cajas terminales y de empalmes en arquetas de tamaño medio (de tipo D, H o similares), siempre y cuando el espacio disponible en las mismas permita su instalación ordenada: deben fijarse cajas y cables a la pared del registro, y evitarse los espacios destinados al acceso y la manipulación (techo y centro)".

La resolución efectúa un correcto análisis y motivación de la modificación adoptada así se indica que "no puede obviarse que el uso de armarios entraña una problemática muy relevante, principalmente asociada con la falta de espacio en los mismos, al alojar estos armarios numerosos elementos de conectividad de la red de cobre de Telefónica, así como con la dificultad que conlleva la obtención de los permisos necesarios para el emplazamiento de armarios adicionales o la sustitución de los instalados por otros de mayores dimensiones. En la práctica, limitar las opciones de despliegue de los operadores a este recurso específico puede convertirse en una barrera de entrada que paralice el desarrollo de las redes ópticas en estas zonas (baja densidad de población)(...) la instalación de cajas de empalmes en arquetas de tipo D está ya prevista en la oferta, de forma que lo que ahora se plantea es una extensión razonable de dicha previsión para incluir otras arquetas de características similares, así como la instalación de CTOs. Esta facilidad quedaría condicionada a la existencia de espacio suficiente en las arquetas para la instalación ordenada de las cajas de los operadores. Además, no puede permitirse en arquetas de tamaño inferior: en particular, en arquetas de tipo M o similares, por su reducido tamaño, no puede considerarse viable esta opción (...) los operadores ostentan la responsabilidad general de someter sus actuaciones a requisitos exigentes de calidad y PRL. En este caso, los operadores deben tener presentes criterios técnicos esenciales, como la fijación a la pared de sus equipos y cables, evitando los espacios destinados al acceso y la manipulación por parte de los trabajadores (techo y centro del registro)."

Se justifica la necesidad de la modificación ante la falta de espacio en los armarios sobre pedestal y la dificultad o imposibilidad de obtención de permisos municipales para la instalación de nuevos armarios, y establece ciertos condicionamientos de seguridad y acceso, lo que hace razonable, adecuada y proporcional la medida.

Telefónica en sus procedimientos internos puede establecer medidas de despliegue, decidiendo o no la instalación CTOs en las arquetas, pero no puede condicionar en sus decisiones a la CNMC, debiéndose dar libertad a los demás operadores a la instalación. Telefónica puede actuar libremente, sin estar obligada a efectuar las instalaciones en las arquetas, pero su decisión no puede condicionar la oferta MARCo, sin que ello suponga una discriminación.

La instalación por parte de los operadores de CTOs en las arquetas, como se indica en la propia resolución, debe hacerse de acuerdo con las condiciones técnicas y de prevención de riesgos laborales, siendo responsables de la instalación que efectúen. Como señala el Abogado del Estado los operadores son responsables de cualquier defecto que sus actuaciones puedan ocasionar (apartado 6.3.5 del Procedimiento de Gestión de la oferta): "Toda actuación llevada a cabo en el marco del servicio mayorista deberá ser acorde con las prescripciones técnicas recogidas en la oferta y con lo dispuesto en ella en materia de prevención de riesgos laborales. A este respecto, cuando Telefónica detecte la violación de dichas prescripciones por parte de un operador, tendrá la potestad de requerirle la restitución del estado anterior de la red, lo que podrá incluir, entre otras, tareas de retirada de cables, sustitución de conductos o subconductos y reparación de



elementos de obra civil". Igualmente está previsto en la Normativa Técnica de la oferta MARCo de la obligación del operador entrante de obturar los conductos (apartado 4.3.1).

CUARTO.- Se mantiene la falta de proporcionalidad en la modificación de la oferta MARCo relativa a la elaboración del proyecto técnico de postes.

Con la modificación de la oferta MARCo, Telefónica dispone de 30 días laborables para llevar a cabo las tareas de análisis de solicitudes, replanteo y análisis de viabilidad (estudio de cargas y presupuesto de adecuación), consistente en llevar a cabo los cálculos mecánicos que permitan determinar la cantidad de postes que requieren actuaciones de refuerzo o sustitución, así como informar al operador del presupuesto correspondiente a la ejecución de dichas actuaciones; y de 20 días laborables para la realización del proyecto y ejecución de adecuaciones.

Ello supone una reducción de los plazos con los que contaba Telefónica dado que antes de la modificación disponía de 30 días laborables para realizar el análisis de solicitudes y el replanteo, 30 días laborables para la elaboración del proyecto técnico y 20 días laborables para la ejecución de adecuaciones).

La resolución impugnada pone de manifiesto que anteriormente tras el análisis de solicitudes y el replanteo Telefónica debía llevar a cabo "un estudio (proyecto técnico) para determinar qué postes no pueden soportar la carga adicional que supone el nuevo tendido del operador y, por tanto, deben ser sustituidos por otros de hormigón. Telefónica tiene derecho a repercutir el coste de dicho proyecto al operador interesado". El coste del proyecto técnico se cuantificaba en función del coste de ejecución física. El operador estaba obligado a costear la elaboración del proyecto técnico con independencia de que el mismo se llevara finalmente a cabo, de modo que aun cuando no efectuara el proyecto finalmente, al conocer su alto coste, tenía que abonar el proyecto técnico.

Para evitar dicha situación se desglosa, como se indica en la resolución, "la actual tarea de elaboración del proyecto técnico en las dos siguientes, y asignando a las mismas las condiciones -plazos y costes- que seguidamente se indican:

- (i) Análisis de viabilidad (estudio de cargas y presupuesto de adecuación), consistente en llevar a cabo los cálculos mecánicos que permitan determinar la cantidad de postes que requieren actuaciones de refuerzo o sustitución, así como informar al operador del presupuesto correspondiente a la ejecución de dichas actuaciones (...) Telefónica debe facilitar al operador información detallada del estudio de cargas realizado, especificando, para cada poste, los cálculos efectuados (que deben basarse en los mismos criterios que aplica para sí misma), su situación (viable, viable condicionado a ejecución de adecuaciones, inviable), así como el coste específico, si procede, de su adecuación. Esta información resultará suficiente para que el operador pueda conocer el coste de las actuaciones de acondicionamiento, y por tanto decidir si continúa o no con la provisión.

- (ii) El proyecto técnico de obra como tal, es decir, la concreción de todas las actuaciones técnicas específicas y recursos necesarios (mano de obra, materiales, etc.), constituye información que no formará parte de la fase de estudio previo, sino que quedará relegada a la fase de ejecución que posteriormente Telefónica lleva a cabo (...).

Al quedar ahora postergada la elaboración del proyecto técnico a la fase de ejecución de la obra, resulta proporcionado fijar un plazo para el análisis de viabilidad más reducido que el vigente para la elaboración del proyecto técnico. Esta disminución viene también justificada por el hecho de que la ejecución del replanteo conlleva en realidad un plazo efectivo muy breve, siendo la mayoría del tiempo empleado en labores de planificación y coordinación con los operadores, por lo que también sería susceptible de verse reducido. A su vez, el examen de la oferta mayorista empleada en Portugal, que constituye un referente europeo en cuanto a las condiciones de acceso a los postes, permite observar un plazo muy inferior, de solo 30 días, para la realización de todas las tareas previas a la ejecución de los trabajos".

De lo expuesto resulta, que la resolución recoge la motivación y justificación de la modificación efectuada, para evitar tener que sufragar los costes de proyecto de ejecución que finalmente no se lleva a cabo por el elevado coste, y la necesidad de reducir plazos para el análisis de viabilidad, para lo que se ha tenido en cuenta la experiencia de Portugal. En definitiva no puede entenderse desproporcionada la decisión adoptada.

QUINTO.- Se alega la omisión del procedimiento legalmente establecido en relación con las modificaciones de la oferta MARCo introducidas en la Resolución en relación con el procedimiento de gestión de SUC genérica en red de dispersión, recogidas en el apartado II.4.6 de la Resolución.



Entiende que se imponen de manera sorpresiva una serie de obligaciones que no se contemplaban en el Informe de Audiencia de 17 de septiembre de 2018, habiéndose privado a Telefónica a efectuar alegaciones sobre ellos.

Los cambios que se afirman producidos, según la recurrente son:

"Se elimina el límite de los 6 meses (desde la validación de la SUC) para que el operador lleve a cabo el tendido de acometidas. En la Resolución se concluye que "tras la validación de la SUC genérica (SUC Confirmada) en red de dispersión, el tendido de acometidas que forman parte de ella podrá hacerse indefinidamente, sin que exista un límite temporal máximo".

-Se añade que la facturación recurrente vendrá motivada exclusivamente por el número de acometidas efectivamente instaladas en la SUC genérica, de forma que, si ésta no alberga ninguna acometida, no conllevará el pago de cuotas recurrentes. Cuando el operador tramite su SUC genérica, podrá especificar cuáles son las acometidas que son objeto de tendido inmediato, de forma que puedan ser inmediatamente -tras la validación de la SUC- instaladas y facturadas.

- Se añade que a cada acometida se le aplicará un precio que será la suma del 50% del precio medio de las arquetas contenidas en la SUC genérica y del precio por el uso de la canalización por una longitud igual a la longitud media de las acometidas previstas en la SUC (en cada ramal se tomará el 50% de su longitud máxima y, cuando la SUC genérica incluya diversos ramales, se promediará la longitud de los mismos).

-Se añade que TESAU mantendrá un recuento de las acometidas cuya instalación haya sido notificada por el operador en cada SUC genérica. Este recuento se incrementará con cada nueva notificación, o bien disminuirá si el operador rectifica a la baja la situación de ocupación.

-Se elimina de la facturación el concepto "precio de alta" (31,50€), que sí se factura en el resto de SUCs.

-Se añade que TESAU no debe limitar temporal ni cuantitativamente la rectificación de ocupación de SUC; criterio este que debe entenderse de aplicación a cualquier SUC, ya sea o no de dispersión, y también a las que sean anteriores a la entrada en vigor de la Resolución y a aquellas para las que el plazo máximo impuesto por TESAU haya expirado".

Hemos de señalar que el hecho de que se hubieran producido cambios relativos a la gestión de SUC genéricas en red de dispersión en la resolución respecto del informe de audiencia, no implica que se haya establecido obligaciones nuevas, sin conocimiento ni imposibilidad de Telefónica de efectuar alegaciones.

Consta en el expediente administrativo, que Orange efectuó alegaciones al informe de audiencia, en el que hacía referencia a las restricciones temporales existentes para el tendido de acometidas. Igualmente Vodafone efectuó alegaciones referentes a facturación y su rectificación.

Telefónica presentó solicitud de acceso al expediente, por escrito presentado el 19 de diciembre de 2018, habiéndose dado acceso el 20 de diciembre de 2018 a las alegaciones efectuadas por los operadores, entre ellas las de Orange y Vodafone. En febrero de 2018, Telefónica presentó nuevas alegaciones, respondiendo a las alegaciones efectuadas por los operadores.

Las modificaciones efectuadas en la resolución son consecuencia de las alegaciones efectuadas por los operadores al informe de audiencia, habiendo sido conocidas por Telefónica, con el acceso al expediente, y respecto de las que efectuó o pudo efectuar las alegaciones que tuvo por convenientes con carácter previo al dictado de la resolución de la CNMC. No puede, en consecuencia, apreciarse la imposición de nuevas obligaciones sin haberle dado posibilidad de efectuar alegaciones.

La resolución recoge la motivación respecto del precio a percibir por las acometidas, de forma que Telefónica pueda recuperar el coste de todas las arquetas utilizadas, previéndose para las que no se informe su recorrido preciso debe aplicarse un precio, que será la suma del 50% del precio medio de las arquetas contenidas en la SUC genérica, y del precio por el uso de la canalización por una longitud igual a la longitud media de las acometidas previstas en la SUC (en cada ramal se tomará el 50% de su longitud máxima, y cuando la SUC genérica incluya diversos ramales se promediará la longitud de los mismos).

No obstante, respecto de la exclusión del "Precio de alta" (punto 2.3), es excluido al estar asociado a "la actividad de replanteo conjunto, que en este caso no se lleva a cabo (no existe una memoria descriptiva que el operador deba enviar a Telefónica para que ésta constate que se corresponde a lo acordado en el replanteo)". Ahora bien como pone de manifiesto Telefónica se infiere del documento de "precios y condiciones de facturación" de la oferta MARCo, que se acompaña como documento con la demanda, el concepto "precio de alta" se regula en un apartado (2.4) distinto al concepto "precio del replanteo conjunto" (2.2), siendo



independiente de la realización o no de replanteo conjunto, careciendo la resolución de adecuada motivación que justifique la exclusión del precio de "precio de alta".

SEXO.- Por último se mantiene la arbitrariedad y ausencia de proporcionalidad relativa al precio que los armarios en pedestal han de tener, recogido en el apartado II.4.4 de la resolución.

Telefónica indica que el precio fijado se sitúa en el rango de las arquetas; no siendo los armarios equiparables a las arquetas en su uso habitual. Considera que este elemento se asemeja más a una caja de interconexión de 800 pares para instalación en fachada, cuyo precio es mucho más elevado. Asimismo afirma que su coste de mantenimiento es superior al de las arquetas, y que su período de vida útil es inferior. Estima que el precio por el uso de los armarios debería ser, como mínimo, entre 23,63 y 27,30 veces superior al de una arqueta de volumen similar; y el precio en el servicio MARCo estaría entre 7,56 y 8,74 euros.

La resolución pone de manifiesto que no se dispone de costes específicos de estos elementos, refiriéndose Telefónica a otro elemento, la caja de interconexión de 800 pares. Por ello "en tanto no se determine un precio específico de los armarios sobre pedestal, se considera oportuno mantener el criterio recogido en el informe de la DTSA: el precio aplicable debe ser el fijado para el concepto de "Otros Registros."

Así pues, no se fija el precio previsto para las arquetas, como se indica en la demanda, sino que ante la inexistencia de precio de armario en pedestal, y mientras se crea la correspondiente categoría específica, se acude al concepto de "Otros Registros", previsto para tipología no identificada. Debemos entender correcta la forma de proceder por parte de la CNMC.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no procede hacer imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero, que anulamos exclusivamente respecto de la exclusión del "precio de alta" recogido en el apartado II.4.6, relativo al procedimiento de gestión SUC genéricas en red de dispersión, confirmándola en todo lo demás. Sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.