



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica y Secretario en funciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 7.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 2007, BOE nº 27 de 31 de enero de 2008,

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 10/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de marzo de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN PRESENTADOS POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 28 DE NOVIEMBRE DE 2008, SOBRE LA REVISIÓN DE DETERMINADOS PRECIOS DE LAS OFERTAS DE REFERENCIA SOBRE LA BASE DE LOS RESULTADOS DEL EJERCICIO 2006 DE LA CONTABILIDAD DE COSTES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con los recursos de reposición presentados por France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 28 de noviembre de 2008, sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 10/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2009/36):

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

En su sesión del día 28 de noviembre de 2008, el Consejo de esta Comisión acordó la resolución sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica), cuya parte dispositiva establecía:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- *Modificar el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado pase a ser de 7,79 euros, y el recargo mensual para las conexiones sin servicio telefónico pase a ser de 9,55 euros mensuales.*

Segundo.- *Modificar el apartado de precios de la oferta de AMLT, de manera que las cuotas mensuales de la línea analógica y del acceso básico de RDSI pasen a ser respectivamente de 11,28 y 18,61 euros.*

Tercero. .- *Los nuevos importes serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución.*

SEGUNDO.- Recurso de reposición de France Telecom España, S.A.

El día 13 de enero de 2009 ha entrado en el Registro de esta Comisión un escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante France Telecom), por el que interponía recurso de reposición contra la resolución citada más arriba.

France Telecom solicita su reposición para que incluya una revisión del precio de la cuota mensual del acceso desagregado compartido al bucle de abonado para adecuarlo a la legislación vigente de acuerdo con la obligación de orientación a costes y no discriminación y, subsidiariamente, la apertura de un nuevo expediente con tal propósito.

El principal motivo alegado por France Telecom es que de no reducir el precio del servicio de acceso desagregado compartido y sí el del servicio de acceso completamente desagregado se estaría discriminando de forma intolerable a los operadores que han optado por el primero para la prestación de sus servicios minoristas.

TERCERO.- Recurso de reposición de Telefónica de España, S.A.U.

El con fecha 14 de enero de 2009 se ha registrado el recurso de Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) contra la Resolución de fecha 28 de mayo de 2008, de constante referencia.

Telefónica alega que la disminución de la cuota mensual del alquiler del par completamente desagregado acordada con base en la contabilidad de costes del ejercicio 2006 vulnera el principio de orientación de costes previsto en el artículo 13.1 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGTel) y en el artículo 11.4 del Reglamento sobre mercado de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por el Real Decreto 2296/2004 (Reglamento de mercados), ya que no sólo no dejaría margen a una tasa razonable de rendimiento de las inversiones, sino que, incluso, el nuevo precio estaría por debajo de costes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

Finalmente, Telefónica sostiene que los nuevos precios han de aplicarse desde que la resolución recurrida le fue notificada, y no desde la fecha en la que fue adoptada. De otra manera, se estaría otorgando efectividad retroactiva, infringiendo los supuestos previstos en el artículo 57 de la LRJPA y PAC.

CUARTO.- Acumulación.

Mediante acto del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de enero de 2009, se acordó la acumulación de los dos recursos a los que más arriba se ha hecho referencia por guardar íntima conexión, ya que se refieren al mismo acto.

QUINTO.- Denegación de la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida.

Por resolución de Consejo de esta Comisión de fecha 20 de febrero de 2009, se desestimó la petición de la recurrente de suspender la ejecución de la resolución recurrida, al entender esta Comisión la concurrencia de los presupuestos previstos en el artículo 112.2 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC).

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC 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.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, que 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, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de noviembre de 2008, sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica, S.A.U.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

Ambos recursos han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se han interpuesto dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede su admisión a trámite.

TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes tienen la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el periodo de información previa que concluyó con la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior, se les reconoce legitimación activa para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver los presentes recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, esto es, el día 13 de enero de 2009, 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.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre el objeto del procedimiento.

El informe de audiencia que se acompañaba al acuerdo de inicio del procedimiento en el que recayó la resolución recurrida señalaba (página 2 de 5) que el objeto del procedimiento sería *“la oportunidad de una revisión de los precios de servicios regulados en ciertas ofertas”*, y en lo que se refiere a la OBA, su objeto era exclusivamente la revisión de los precios vigentes de los diferentes servicios de acceso completamente desagregado al bucle.

El hecho de que el procedimiento para modificar las ofertas de referencia haya sido iniciado de oficio, al amparo del artículo 7.3 del Reglamento de Mercados supone la facultad de esta Comisión para concretar el alcance de las modificaciones a realizar y, en consecuencia, el objeto del procedimiento. Dicho objeto quedó suficientemente fijado en la resolución recurrida y en el mismo no se contempla la revisión del precio de la cuota del acceso desagregado compartido.

Pese a ello, en la propia resolución recurrida (páginas 6 y 7 de 22) ya se justificó suficientemente en contestación a las alegaciones de la propia France Telecom el motivo por el cual se excluía de la revisión la cuota del acceso compartido, que no es otro que el hecho de que la cuota mensual del acceso compartido no se obtenga de los datos de la contabilidad.

France Telecom no fundamenta su recurso en ninguna causa de nulidad o anulabilidad que suponga la necesidad de reponer la parte dispositiva de la resolución recurrida, tal y como prevé el artículo 107 de la LRJAP y PAC, sino que se limita a repetir las mismas alegaciones formuladas en el procedimiento del que trae causa la resolución recurrida.

En todo caso, a la vista de las alegaciones de France Telecom, y sin perjuicio de que las dificultades operativas a las que alude están siendo tratadas o podrán ser estudiadas, en su caso, en los expedites correspondientes, se ha abierto por parte de esta Comisión un procedimiento para valorar la conveniencia o no de la revisión de la cuota mensual del acceso compartido atendiendo a la solicitud formulada por medio de Otrosí por France Telecom en su escrito de recurso. Dicho expediente se tramita con la referencia DT 2009/373.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Motivación de la resolución recurrida y razones para el mantenimiento de la metodología empleada en anteriores ocasiones.

Con carácter general, se ha de destacar que los motivos de impugnación incluidos en el recurso de Telefónica ya fueron expuestos, en su gran mayoría, en su escrito de alegaciones presentado el día 20 de octubre de 2008 en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida, por lo que fueron cumplidamente contestadas en ella.

Así, la página 9 de 22 de la resolución impugnada se refiere al método de cálculo de la revisión de la cuota del par completamente desagregado y contesta individualizadamente las alegaciones de todos los interesados, lo que descarta *prima facie* la falta de motivación opuesta por la recurrente. En el caso de las alegaciones de Telefónica, se le recuerda que aunque es cierto que la contabilidad presenta el acceso desagregado al bucle como servicio desglosado, dicho resultado no puede utilizarse porque no desglosa los costes ligados a determinadas actuaciones, como la conexión, baja y otras no recurrentes que no deberían imputarse a la cuota mensual.

La metodología de cálculo empleada para obtener la nueva cuota ha sido la misma que se ha venido utilizando en revisiones anteriores y que no es otra que la explicada en la página 4 de 22 de la resolución recurrida. Los datos “componentes de red acometida”, “componente de red cables de pares” y “componente de red repartidor principal” se obtienen de la propia contabilidad de costes. La utilización de estos datos desglosados en lugar del coste total imputado al servicio de acceso directo aseguran que no se incluyan costes ligados a las actuaciones de conexión y baja y otras actuaciones no recurrentes, además de no ser coherente la imputación de costes con el criterio de repartirlos entre los pares instalados. De esta manera, se evitar imputar en exceso costes al servicio de acceso desagregado.

A ese coste unitario se suman los conceptos calculados de costes comerciales y el establecimiento y mantenimientos de sistemas de bases de datos, además de un margen adicional para reflejar otros costes.

El empleo de la misma metodología que en todas las ocasiones anteriores responde a un criterio de coherencia y previsibilidad, máxime cuando es la propia recurrente la que conoce sus propios costes y puede saber fácilmente, con la aplicación de los criterios conocidos, la cuota resultante tras su previsible revisión.

Ciertamente, en el cálculo de la cuota del par completamente desagregado las contribuciones de los componentes de red son inferiores a las de otros servicios, como el AMLT o el servicio *naked*. Ello es así porque no se toman los costes unitarios por componente directamente de la contabilidad, sino que la metodología prevista acude a un cálculo alternativo que parte de la suma de los costes totales de los componentes “acometida”, “cable de pares” y “repartidos principal” (entre dos). Esta suma se divide entre el número de pares instalados y se obtiene un coste unitario.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La contabilidad, por su parte, asigna los costes considerando el número de pares en servicio, que es menor que la planta instalada.

Esta divergencia de enfoques es consistente con la práctica de la CMT y no supone una incoherencia de los resultados. La metodología con la que se obtienen costes superiores es adecuada en servicios como el AMLT o el acceso indirecto, en los cuales se hace uso de la red de Telefónica como alternativa al establecimiento de red propia. No obstante, en el caso del acceso completamente desagregado, los operadores deben llevar a cabo su propio despliegue de red, con la única excepción del par de abonado. Por ello, se ha venido considerando que los operadores de acceso desagregado no deben hacer frente al coste adicional que suponen el grado de vacantes que TESAU desea mantener en cada momento para la prestación de servicios de futuros clientes y para el mantenimiento de la calidad de su servicio a sus abonados.

TERCERO.- Orientación de los nuevos precios a costes.

La recurrente alega que el nuevo precio para la cuota mensual de acceso del par completamente desagregado no sólo no permite una tasa razonable de recuperación de la inversión, tal y como prevé el artículo 11.4 del Reglamento de mercados, sino que incluso es inferior al coste del servicio a la vista de los resultados auditados de la contabilidad de costes del ejercicio 2006 y de los avances aportados en cumplimiento de la Resolución de fecha 13 de febrero de 2007, sobre la adaptación del sistema de contabilidad de costes al nuevo marco regulatorio.

Según Telefónica, aplicando las nuevas cuotas, los ingresos del servicio de acceso completamente desagregado hubieran sido inferiores a sus costes en los ejercicios 2006 y 2007, considerando los ingresos, costes y cuotas de abono facturadas recogidos en la contabilidad de costes auditada por esta Comisión para el 2006 y las aproximaciones ofrecidas para el 2007.

Previamente, se ha de señalar que el procedimiento de revisión de los precios se deriva de la verificación de resultados de la contabilidad del año 2006, por lo que los resultados del ejercicio 2007 a los que Telefónica hace referencia habrían de considerarse, en su caso, con las debidas reservas.

En todo caso, que la cuota del servicio para el año 2008 hubiera generado pérdidas de aplicarse en los ejercicios 2006 y 2007 no supone necesariamente que deba ser así en aquel año, pues ello dependerá de los nuevos costes e ingresos, y éstos a su vez del número de cuotas facturadas. Pues bien, a la vista del número de bucles completamente desagregados declarados a finales de 2008, y a falta de que Telefónica haya ofrecido el número de unidades medias acumuladas en el año 2008, es previsible que el aumento de las cuotas facturadas compense su menor importe en el cómputo global del servicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, debe insistirse en que para el cálculo realizado se ha mantenido idéntica metodología a la utilizada en las revisiones anteriores de la OBA y por ello las alusiones a márgenes obtenidos con la contabilidad no pueden aceptarse, porque dichos resultados no son el elemento determinante para la fijación del precio y en modo alguno acreditan que los precios se sitúen por debajo de los costes relevantes. En las cuentas a que se refiere Telefónica no se desglosan los costes ligados a las actuaciones no recurrentes como la conexión y baja. Tampoco es coherente la imputación de costes con el criterio de la CMT de reparto sobre la base de los pares instalados. El decir, las cifras de las que parte Telefónica incluyen costes que no corresponden al servicio de alquiler del bucle desagregado, por lo que no sirven para acreditar que los ingresos se sitúan por debajo de los costes pertinentes.

CUARTO.- Sobre la consideración del número de pares instalados

La acusada disminución de la cuota resultante no se debe a reducciones del coste de los componentes de red, sino que la consideración de una cifra superior de pares instalados en el denominador arroja un menor coste unitario que explica la diferencia. En otro caso, se obtendría una cuota mensual sólo ligeramente inferior.

Para Telefónica, como ya expusiera en su escrito de alegaciones, la utilización de la cifra de pares instalados aportada en respuesta al requerimiento realizado en el expediente DT 2008/196 vulneraría el criterio de consistencia que ha de presidir el sistema de contabilidad de costes, entendiendo por tal criterio el mantenimiento en sucesivos ejercicios de los mismos principios y reglas particulares para la valoración.

En esa ocasión Telefónica habría aportado un dato de pares en servicio y la planta vacante, pero no el dato de pares instalados que ofrece anualmente para la elaboración del informe anual.

En estas circunstancias, la vulneración del principio de objetividad se produciría en el caso de considerar un criterio diferente de cálculo. Lejos de ello, esta Comisión ha empleado la misma variable (el número de pares instalados) y de la misma fuente (la propia Telefónica). Es la recurrente la que debería explicar por qué aporta datos tan dispares en función de la naturaleza del procedimiento y, en todo caso, y en lo que se refiere a justificar la nulidad del acto recurrido, por qué es el número de pares instalados declarado para la elaboración del informe anual el que debería tenerse en cuenta en lugar del declarado en respuesta al requerimiento de información realizado en el expediente de referencia DT 2008/196 o por qué se trata de datos no uniformes o incomparables. Es decir, Telefónica aporta una cifra de datos muy diferente en función de la finalidad para la que se solicita esa información, pero en lugar de explicar y acreditar esa incoherencia, discute la aplicación del método empleado en todas las revisiones de la cuota en cuestión.

A mayor abundamiento, de ser mayor el número de pares instalados que el considerado en anteriores ocasiones, se habría estado beneficiando de una cuota



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

superior a la que le hubiera correspondido en estricta aplicación de la metodología descrita.

Como la consideración de una cifra de pares instalados aparentemente más ajustada a la realidad supone la reducción de la cuota, Telefónica persiste en su recurso, como ya hiciera en sus alegaciones en el trámite de audiencia, en argumentar que es procedente considerar solamente los pares en servicio en lugar de la planta instalada.

Así, en cuanto a las acometidas, como sólo aportan coste los pares en servicio, Telefónica sostiene que para calcular el coste unitario sólo deberían tenerse en cuenta éstos pares. Además, a su juicio, deberían restarse los utilizados para otros servicios, porque los costes de acometidas no se reflejan en el componente de red, tal y como lo considera esta Comisión. Parecida alegación realiza en lo que se refiere al coste del par de cobre y repartidor, cuyos costes estarían recogidos en otros componentes. Además, Telefónica alega que debería tenerse en cuenta que los pares vacantes no aportan coste de gestión alguno y que todos los operadores tienen acceso a la totalidad de los pares, por lo que deberían soportar su coste.

La pretensión de la utilización de los pares en servicio es no es una novedad que Telefónica ha opuesto en esta ocasión, sino que ya en el procedimiento para la anterior modificación de la OBA¹ (MTZ 2005/1054) planteó por primera vez la necesidad de dividir entre el número de líneas en servicio, para poder recuperar los costes y que todos los operadores carguen con el mismo coste unitario. Así, según Telefónica, la utilización del número de líneas instaladas podría haber tenido sentido cuando los operadores alternativos únicamente tenían acceso a las líneas en servicio, pero no desde que tienen acceso a todas las líneas, estén o no en servicio, ya que tienen este recurso a su disposición.

Dicha argumentación ha de rechazarse, como ya se hizo en su momento, porque parte del error de olvidar que lo que pretende el método empleado en la resolución recurrida es calcular el coste unitario medio de cada par instalado porque el servicio mayorista que nos ocupa no es el causante del coste ligado a la estructura vacante. En este sentido, la resolución recurrida explica en su página 10 de 22 que la obligación de proveer pares desagregados se limita a los pares existentes, activos o vacantes, pero Telefónica no tiene la obligación de construir nueva infraestructura para atender peticiones de acceso desagregado.

Que haya pares que no aportan costes no afecta a la validez del modelo de costes porque, precisamente, se trata de un coste promedio de todos los pares instalados y por eso se han de considerar éstos, no sólo los que han generado costes. No tendría sentido, tal y como pretende Telefónica, tener en cuenta sólo los pares en servicio, en cuyo caso sería el resultado no sería el coste unitario medio, sino el coste promedio de esos pares, lo que variaría la metodología empleada en todas las anteriores ocasiones por esta Comisión si no se hicieran los ajustes necesarios y trasladaría a los

¹ Resuelto por Resolución de fecha 14 de septiembre de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores que desagregan bucles costes que no les son imputables. De considerarse ahora sólo los pares en servicio para cálculos el coste unitario medio es cuando podría achacarse la falta de unidad de criterio que la recurrente denuncia, pues no se estaría manteniendo el método usado en todas las anteriores ocasiones en que se ha revisado la OBA.

QUINTO.- Sobre los incentivos a la inversión.

Para la recurrente es contrario a la promoción de inversiones en infraestructuras de comunicaciones electrónicas y a la innovación la imposición de nuevas condiciones económicas que favorezcan la prestación de servicios de desagregación de bucle teniendo en cuenta las condiciones del mercado frente a aquellos que han optado por invertir en desarrollar redes alternativas.

Según Telefónica, los nuevos precios suponen que España tendría la cuota de abono mensual por bucle desagregado más baja de los países de nuestro entorno, con la excepción de Holanda. Además, se da la circunstancia de que varios operadores estarían valorando la posibilidad de subir dichas cuotas.

Lo cierto es que el hecho de mantener una de las cuotas más bajas (la de Suecia también sería inferior, además de la de Reino Unido según el tipo aplicable a la fecha, y eso considerando la imputación de la cuota de alta, pues estrictamente la cuota de abono es más baja en otros países) no supone de por sí la infracción de los principios que han de orientar la actuación de las autoridades reguladoras, sino que se debe a la aplicación de un criterio de orientación a costes, al que la recurrente está obligada en su condición de operador con poder significativo de mercado.

Tampoco puede compartirse que la reducción de la cuota cause inseguridad jurídica, pues periódicamente esta Comisión lo ha venido haciendo, de forma que la nueva reducción es previsible y esperable para los operadores, sobre todo para la recurrente.

Por último, no debe pasarse por alto la importancia que para el desarrollo de un mercado competitivo esta Comisión ha concedido siempre al servicio de desagregación de bucle como último escalón de la escalera de inversión de los operadores.

SEXTO.- Sobre la fecha de la eficacia de la resolución recurrida.

A diferencia de anteriores revisiones de la OBA, en que las condiciones económicas eran aplicables en el plazo de un mes desde la aprobación de la resolución o desde su notificación a Telefónica, la resolución recurrida dispone que lo sean *“a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución”*.

Con carácter general, la LRJAP y PAC dispone en su artículo 57 que los actos administrativos producirán efectos desde que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa, aunque su eficacia quedará demorada cuando esté supeditada a su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

notificación. De esta manera, si bien se prevé como una excepción al principio de la eficacia inmediata del acto, la eficacia desde su notificación a los destinatarios es la regla general, pues hasta que éstos no tengan conocimiento de su existencia no se puede exigir que les afecte.

En primer lugar, se ha de aclarar que en el caso de la resolución recurrida en ningún caso se trataría de dar efectos retroactivos a la resolución, pues no se le da efectos *antes* de su fecha sino, en todo caso, *desde* su propia fecha.

En todo caso, para el análisis de la cuestión planteada por Telefónica se ha de partir del criterio jurisprudencial y doctrinalmente aceptado de que la eficacia del acto queda demorada a su notificación sólo en el caso de que el acto sea desfavorable al interesado; en cambio, cuando el acto beneficia al interesado, la notificación no es requisito de su eficacia².

La citada doctrina aclara que el deber de notificar las resoluciones no supone, al contrario de lo que interpreta Telefónica, que puesto que tiene que ser notificada por afectar a sus derechos e intereses, la eficacia de la misma se demora a la preceptiva notificación. O dicho en términos generales, la cualidad de los actos administrativos de afectar a derechos e intereses de personas determinadas obliga a su notificación a éstas, pero no supone por sí misma que la eficacia quede demorada a dicha notificación. El que la eficacia de los actos haya de retrasarse respecto al momento de su adopción, frente a lo que determina la regla general formulada en el artículo 57.1 de la LRJAP y PAC, depende de que así lo establezca el propio acto (apartado 1), de que así lo exija su contenido (apartado 2, inciso primero), o de que esté supeditada a la notificación, publicación o aprobación superior (apartado 2, inciso segundo). Y, en estos últimos supuestos, respecto a los que el precepto no aporta ninguna precisión, dependerá de que dicha supeditación derive de alguna otra norma que regule o se refiera al acto de que se trate.

En el caso de procedimientos de modificación de ofertas mayoristas, al no existir previsión legal expresa, se ha de acudir a criterios interpretativos para determinar si la eficacia de la resolución recurrida ha de deferirse o no a su notificación. Así las cosas, no parece haber razones que lleven a entender que la eficacia de dicho acto haya de demorarse, por su propio contenido o naturaleza, al momento de su notificación. Telefónica opone que lo contrario sería una aplicación retroactiva del acto, lo cual, como se ha indicado, sólo ocurriría si se le hubiera dado efecto *antes* de su propia fecha.

² Doctrina contenida, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 1998 (RJ 1998/1224); en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 18 de marzo de 1999 (RJCA 1999/2412), posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 20 de febrero de 2004 (RJ 2004/1005), que en su FD 4º vino a confirmar el criterio aquí mantenido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Antes al contrario, existen razones que abonan el que se aplique la regla general respecto a la eficacia de los actos administrativos. En primer lugar, porque su cumplimiento no exige más esfuerzo para la recurrente que aplicar un importe diferente en la facturación de sus servicios.

Pero, además, debe considerarse que el razonamiento de fondo es que la eficacia del acto no puede quedar a merced de la administración, demorando así por su voluntad los efectos favorables. Con mayor razón, la efectividad del acto no puede hacerse depender del propio interesado en perjuicio de los demás, caso que ocurriría si un operador demora su recepción.

Y ello porque gran parte de los procedimientos tramitados por esta Comisión se caracterizan por la existencia de intereses directos opuestos entre los interesados, como la resolución de conflictos de acceso e interconexión o, como en este caso, la modificación de las ofertas mayoristas. Ello excluye la aplicación del régimen del silencio administrativo (así, la SAN de fecha 16 de febrero de 2006) o de la caducidad del expediente (SAN de fecha 29 de mayo de 2007; SAN de fecha 1 de diciembre de 2007; SAN de fecha 5 de agosto de 2008). El mismo motivo sirve para sostener el ajuste a Derecho de la opción recogida en la resolución recurrida: la reducción de precios acordada para ciertos servicios mayoristas es un acto directamente perjudicial para Telefónica pero favorable para otros interesados, como aquellos operadores que los utilizan para la prestación de sus servicios minoristas. La efectividad del acto debería demorarse a su notificación si sólo fuera perjudicial para Telefónica, pero se da la circunstancia de que de ser así, se perjudicaría a los operadores que desagregan bucles.

Además, el criterio mantenido en la resolución recurrida introduce un elemento de seguridad jurídica e igualdad, al ser un dato conocido la fecha en que la resolución recurrida fue aprobada, lo que no ocurre con el día en que fue notificado a cada operador, que podría variar. Piénsese que los nuevos precios no afectan sólo a Telefónica, sino también a los operadores a los que presta el servicio mayorista. ¿Qué notificación sería la relevante a efectos de la validez de la eficacia del acto administrativo: la practicada a Telefónica o la del operador alternativo? Para evitar estas discrepancias, esta Comisión ha optado por acudir al criterio general de la eficacia inmediata del acto.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A. y Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 28 de noviembre de 2008, sobre la revisión de determinados precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2006 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 que los interesados podrán ejercitar cualquier otro que estimen procedente.

EL DIRECTOR DE ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Miguel Sánchez Blanco
P.S. art. 7.2 Texto Consolidado RRI de
la CMT, Resol. Consejo de 20.12.2007
(BOE de 31 de enero de 2008)

Reinaldo Rodríguez Illera