



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ CERVANTES, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de julio de 2001, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TESAU CONTRA LA RESOLUCION DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS DENTRO DEL EXPEDIENTE MTZ 2001/4935 SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES PARA EL ACCESO INDIRECTO AL BUCLE DE ABONADO DE LA RED TELEFÓNICA PÚBLICA FIJA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA CON EL OBJETO DE ARTICULAR LOS MECANISMOS QUE POSIBILITEN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ADSL EN COMPETENCIA**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U contra la resolución de 5 de julio de 2001 por la que se adopta la medida cautelar sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de Telefónica de España con objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia (Expte. MTZ. 2001/4935), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 28/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 26 de julio de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/5050.

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de junio de 2001, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitió un informe para la Dirección General de Políticas Sectoriales del Ministerio de Economía sobre la propuesta de precios máximos para los servicios ADSL minorista, presentada por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU). En dicho informe, esta Comisión concluía que, si bien desde el punto de vista del desarrollo del mercado y de los servicios, la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación de la propuesta de TESAU se consideraba muy beneficiosa para los ciudadanos, las posibilidades de competir quedaban gravemente comprometidas.

Por ello, el informe expresaba que, en caso de que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobara la oferta presentado por TESAU, esta Comisión habría de proceder inmediatamente a exigir a TESAU y aprobar, en su caso, una modificación urgente de su oferta mayorista.

**SEGUNDO.** En el seno del expediente MTZ 2001/4935, con fecha 21 de junio de 2001, se inició de oficio en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procedimiento administrativo relativo al establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de TESAU. Tras el correspondiente trámite de audiencia de conformidad con el artículo 84 de la Ley 30 /92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), por acuerdo del Consejo de esta Comisión de fecha 5 julio de 2001, se dictó la siguiente medida cautelar:

### " RESUELVE

*"Adoptar las siguientes medidas cautelares:*

**Primero.-** *Modificar los precios mayoristas para el servicio GigADSL de TESAU que aparecen en la Oferta de acceso al Bucle de Abonado, en lo referente a la cuota de abono por el servicio de conexión. Esta modificación de precios sólo será de aplicación para aquellas modalidades que estén siendo ofrecidas por TESAU en su oferta minorista.*

*La cuota de abono mensual de conexión de cliente para el servicio mayorista de acceso indirecto al bucle de abonado GigADSL, para cada modalidad, no podrá superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por el coeficiente que se indica en la siguiente tabla:*

Modalidad	Coeficiente
D	0.53
B	0.47
C	0.37

**Segundo.-** *TESAU deberá incluir en su Oferta de acceso al Bucle de Abonado el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado con conexión extendida a Punto de Acceso Indirecto Distante (PAI-D), cuya descripción se recoge en el Apéndice 1 a esta resolución. Este servicio sólo será de aplicación para aquellas modalidades que estén siendo ofrecidas por TESAU en su oferta minorista.*

*La estructura de precios de este servicio será análoga a la del servicio GigADSL, salvo que la cuota de abono mensual de conexión de cliente, para cada modalidad, no podrá superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por el coeficiente que se indica en la siguiente tabla:*

Modalidad	Coeficiente
D	0.55
B	0.49



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

C	0.39
---	------

*Esta cuota mensual sustituye a los dos precios recurrentes fijados para el servicio mayorista de acceso indirecto al bucle, que son la cuota mensual por punto de acceso indirecto y la cuota mensual por conexión. En lo que respecta a los precios no recurrentes, se aplicarán los establecidos para GigADSL.*

*TESAU comenzará a aceptar peticiones de este servicio transcurrida una semana desde la notificación de la presente resolución, si a la indicada fecha TESAU pudiera ya comercializar sus servicios de ADSL minorista o, en otro caso, desde la fecha en que sea posible tal comercialización, de acuerdo con la resolución que dicte la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.*

*Los PAI-D solicitados por los operadores autorizados se constituirán por TESAU en un plazo no superior a 40 días, para el 80% de las peticiones recibidas.*

**Tercero.-** *En caso de limitaciones, TESAU debe dar prioridad a las peticiones de los operadores respecto a las de los abonados propios.*

**Cuarto.-** *Los operadores podrán, a los efectos de valerse con mayor eficiencia de los servicios recogidos en las medidas anteriores, utilizar las infraestructuras soporte de los Pdl's ópticos constituidos para interconectar las redes telefónicas de los operadores para el acceso a los PAIs. Asimismo, los operadores también podrán emplear la infraestructuras soporte de los Pdl's ópticos de terceros operadores, o la constituida para el servicio de entrega de la señal en el marco del acceso desagregado al bucle.*

**Quinto.-** *La prestación del servicio con PAI-D será complementaria de los servicios de acceso indirecto ya incluidos en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU, pudiendo los operadores combinar de la forma que deseen los servicios preexistentes y los incluidos mediante esta medida cautelar a la hora de configurar su oferta minorista.*

**Sexto.-** *TESAU no podrá negarse a negociar solicitudes de acceso a su red diferentes de las aquí previstas, siempre que tengan como finalidad la prestación del servicio minorista ADSL por parte del operadores.*

**Séptimo.-** *Se insta a TESAU para que modifique su actual Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, incorporando las medidas adoptadas en la presente resolución. TESAU actualizará, asimismo, el texto de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, incorporando esta modificación, el día siguiente a la notificación de la presente resolución.*

**Octavo.-** *Durante el período de vigencia de las presentes medidas cautelares, TESAU deberá presentar por correo electrónico ante la CMT (dirección buclesadsl@cmt.es) un reporte quincenal de las peticiones y el número de líneas acumuladas en relación con el acceso indirecto al bucle de abonado durante la quincena inmediatamente anterior, desglosando las cifras por semanas (comprendidas entre los lunes hasta los domingos) y por operador autorizado. Estos reportes deberán remitirse los días miércoles de las semanas siguientes al vencimiento de las quincenas, de acuerdo con los formatos indicados en el Apéndice 2."*

**TERCERO.-** *La mencionada Resolución fue notificada a Telefónica el día 11 de julio de 2001 con la indicación de los medios de impugnación que contra la misma cabía imponer.*

Con fecha 13 de julio de 2001, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por D. Pablo Carvajal Gonzalez, mediante el cual interpone, en nombre y representación de la entidad TESAU, recurso potestativo de reposición contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La entidad recurrente, tras solicitar la admisión del recurso de reposición a trámite, pide que en su virtud, y con base en las alegaciones ahí efectuadas, se dejen sin efecto las medidas cautelares adoptadas y subsidiariamente se modifique los apartados primero y segundo de la resolución recurrida, en línea con lo expuesto en las alegaciones cuarta “in fine” y séptima del recurso interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de esta Comisión de fecha 5 de julio del presente año.

Fundamenta el recurso básicamente en los siguientes motivos de impugnación:

- 1.- Contradicción de la Resolución recurrida con la propuesta de resolución preparatoria de la misma.
- 2.-El acto administrativo adoptado excede las peticiones realizadas por los competidores de Telefónica en el expediente administrativo.
- 3.- Vulneración del principio de orientación a costes de precios
- 4.- Otorgamiento a la competencia de un margen para competir desproporcionado.
- 5.- No garantiza el traslado de la rebaja del precio a los usuarios y constituye una subvención cruzada. Los precios carecen de parangón en otros países
- 6.- Necesidad de fijar precios al establecimiento de enlaces entre centrales y puntos de acceso indirecto.
- 7.-Incompatibilidad entre la elección de la central y el cumplimiento de plazos.

**CUARTO.-** Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 13 de julio de 2001 se cumplió el trámite de información al interesado previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC. Asimismo, en dicho escrito se acordó, de conformidad con el artículo 50 de la LRJPAC, la aplicación de la tramitación de urgencia del citado expediente por razón de interés público.

**QUINTO.-** En cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 13 de julio de 2001 se notificó a todos los interesados en el procedimiento la interposición del recurso por TESAU.

**SEXTO.-** Con fecha 20, 23 y 24 de julio de los corrientes han presentado escrito de alegaciones ASTEL y las entidades JAZZTEL TELECOMUNICACIONES (en adelante JAZZTEL), RETEVISION, LOOP TELECOM,S.A. (en adelante, LOOP) y LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A, (en adelante, LINCE), BT TELECOMUNICACIONES, S.A., y CABLEUROPA, S.A. oponiéndose a los motivos de impugnación formulados por la recurrente en su recurso y solicitando la desestimación del mismo. Finalizado el plazo para ello, ningún otro interesado ha presentado alegaciones sobre el recurso interpuesto.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

##### **PRIMERO.- Calificación.**

El artículo 107 de la LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, 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.

La recurrente califica expresamente su escrito de 13 de julio de 2001 (con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión del mismo día, mes y año) como de un recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, 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 al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 5 de julio de 2001.

##### **SEGUNDO.- Admisión a trámite.**

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la LRJPAC y cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma procediendo su admisión a trámite.

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

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. De conformidad con lo dispuesto en el Antecedente de Hecho quinto, el presente recurso deberá ser resuelto en el plazo de 15 días, contado desde el día siguiente a su interposición, según lo



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecido en el artículo 50 de la LRJPAC en relación con el 117.2 de la misma Ley.

### B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

#### **PRIMERO.- Sobre las alegaciones consistentes en la falta de motivación de la medida cautelar recurrida.**

En primer lugar, en el escrito de interposición del recurso, TESAU cuestiona, con carácter general, la falta de motivación y justificación de la resolución adoptada por esta Comisión. Según la recurrente, la resolución introduce márgenes de variación entre el precio mayorista y minorista, carentes de justificación explícita, dejando a dicha parte en absoluta indefensión. Asimismo, alega la falta de motivación de los coeficientes utilizados para fijar el precio mayorista y de las razones que han llevado a la Comisión a configurar el precio del nuevo servicio mayorista en un porcentaje del servicio minorista, de tal manera –según TESAU- que cualquier rebaja en este último conlleva una rebaja en el primero.

Sin perjuicio de lo que más adelante se argumentará respecto de los concretos motivos de impugnación planteados por la recurrente, se ha de señalar que las alegaciones esgrimidas parten de una apreciación incorrecta -la cual subyace a lo largo del escrito de la recurrente-, esto es, parece considerar la resolución recurrida como definitiva, entendiendo que resuelve sobre el fondo (aspecto éste que defiende no estar mínimamente motivado), lo que en ningún caso se pretende con la medida cautelar adoptada.

En efecto, la medida cautelar fue adoptada en el marco de las competencias de la Comisión para establecer las condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de TESAU, que resultan de lo establecido en el artículo 3, en conexión con el artículo 11 y disposición transitoria segunda del Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (en adelante, Reglamento de acceso al bucle de abonado), aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, así como de lo dispuesto en el artículo 1.Dos.2 letras c) y f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones. Asimismo, la Comisión tiene facultad, según el artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones, para adoptar medidas cautelares que aseguren el efecto útil de la resolución final que se adopte.

Pues bien, en relación con lo alegado por TESAU, basta con revisar la fundamentación legal de la resolución recurrida, para concluir que la Comisión





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del Mercado de las Telecomunicaciones actuó correctamente a la hora de motivarla; la medida cautelar adoptada justifica ampliamente la apariencia de buen derecho, la existencia de cobertura jurídica adecuada, y también la necesidad de realizar un juicio de razonabilidad, en cuanto a la finalidad perseguida y las circunstancias concurrente, requisitos todos ellos necesarios para asegurar la legalidad de la actuación (STC 108/1984, de 26 de noviembre y Auto del TC de 9 de diciembre de 1987).

Tal y como se establece en la resolución recurrida, la misma tenía como objeto el establecimiento inmediato de condiciones provisionales para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de TESAU con el fin de articular los mecanismos que hicieran posible la prestación de servicios ADSL similares a los que la dominante pretende prestar en condiciones competitivas. Así, mientras se tramitaba el correspondiente procedimiento administrativo se introducirían cautelarmente condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de manera que los operadores alternativos tuvieran la oportunidad de emular la inminente oferta minorista del servicio. No se entraba en el fondo, actuación que quedaba para un momento posterior mediante la adopción de la resolución definitiva.

La medida cautelar estaba dirigida a salvaguardar el efecto útil de lo que pudiera establecerse en la mencionada resolución principal, siendo la medida cautelar más apropiada la adaptación de las condiciones económicas de acceso indirecto al bucle de abonado mayorista, pues con ello se permitía tanto a TESAU como a los demás operadores ofrecer a los usuarios servicios ADSL en condiciones que aseguraban el mantenimiento de la competencia, al menos en cuanto a precios se refería. Así, en la resolución definitiva del expediente que en su día se dicte se habrá de valorar si las condiciones económicas de acceso indirecto al bucle de abonado mayorista, que en su caso se propongan, permiten prestar los servicios ADSL al usuario final en pie de igualdad y en condiciones no discriminatorias entre los operadores en el mercado.

En definitiva, la intervención de esta Comisión obedece a la necesidad ineludible de responder adecuadamente y con prontitud a la situación originada por la oferta de servicios minoristas ADSL de la entidad TESAU. La medida adoptada con carácter provisional se fundamentó en una serie de consideraciones razonablemente inferidas a partir de los elementos de juicio disponibles en aquel estadio del procedimiento.

Tratándose de una medida cautelar, la intervención de esta Comisión no se apoyaba en un análisis exhaustivo de la orientación a costes de los precios mayoristas -ya que la información remitida por la recurrente sobre los costes en los que incurre adolece de deficiencias que, sin duda alguna, desaconsejan su utilización en el cálculo de estos precios-, sino que se ha optado por la aproximación suficientemente sólida del “retail minus”. Consecuentemente, no



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se establecían condiciones económicas probada y acreditadamente orientadas a costes, sino que trataba de minimizar el impacto de determinados riesgos sobre la estructura competitiva del mercado de servicios ADSL. Y todo ello con las naturales cautelas propias de una medida urgente y provisional.

Es más, en relación con la indefensión aludida por TESAU con respecto a la fundamentación de estos precios cabe indicar que, la Resolución de 5 de julio de 2001 hizo uso de la información de que se disponía en aquel momento, información ésta estimada suficiente a la luz de las conclusiones preliminares que permitía avanzar. Si bien en la propia resolución no se incluyen los cálculos que llevaron a los coeficientes aprobados, este análisis de costes preliminar se contiene en un documento que forma parte del expediente de referencia, y que la propia TESAU ha podido conocer. Muestra de ello es que posteriormente en sus alegaciones hace referencia a detalles de estos cálculos.

Por todo lo anterior, procede desestimar la alegación de la recurrente sobre que la Resolución por la que se adopta la medida cautelar impugnada, ha sido adoptada sin motivación alguna.

### **SEGUNDO.- En relación con la alegación relativa a la supuesta contradicción con la propuesta de resolución**

Entre los motivos de impugnación planteados por la recurrente, ésta menciona una supuesta contradicción entre las medidas adoptadas en la resolución aprobada con fecha 5 de julio y el informe que fue aprobado por el Consejo de la CMT con fecha 7 de junio de 2001. Asimismo, TESAU señala que la resolución recurrida también se contradice con el informe de los servicios sometido al trámite de audiencia en el marco del expediente.

A lo anterior ASTEL se opone alegando que el objeto de la audiencia pública no es otro que el de recabar las posturas de los interesados y la argumentación pertinente a fin de que el Consejo de la CMT pueda considerar todos los ángulos de las cuestiones y pueda dictar la resolución más adecuada. Para LOOP se ha de rechazar la mencionada alegación por cuanto las medidas cautelares recurridas son el fruto de un proceso de consulta previa que ha efectuado la CMT y que incluyó la preparación de un informe previo de los servicios de la Comisión, que sirve como base a un debate abierto e informado sin vincular a la CMT en la resolución que finalmente adopte. En el mismo sentido, se pronuncia BT y LINCE, quien pone de relieve el carácter no vinculante de los informes de los servicios en relación con la resolución final que se adopte y JAZZTEL aduce que los porcentajes aprobados para el precio mayorista en relación con el minorista están perfectamente fundamentados en





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la resolución de la CMT, por lo que las diferencias existentes entre la resolución y el informe previo responden a las contribuciones de los operadores.

Esta Comisión entiende que la anterior alegación planteada por TESAU ha de ser rechazada no sólo porque los mencionados documentos no se contradicen en absoluto, sino porque, si así fuera, ello no devendría contrario a Derecho, tal y como parece deducir la recurrente.

En efecto, procede tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 83 de la LJPAC, el Informe que los Servicios de la Comisión elaboraron con anterioridad al trámite de audiencia no resulta vinculante para la resolución final del expediente. Además, como acertadamente se concluye por los interesados en este expediente, el trámite de audiencia que se concede a los interesados tiene como finalidad, precisamente, la de recibir alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que éstos estimen pertinentes, elementos que pueden ser tenidos en cuenta por el Consejo de la CMT a la hora de resolver, por lo que no es admisible la alegación de Telefónica en lo referente a que no se atendió por el Consejo el mencionado Informe de los servicios de la Comisión.

Por lo que respecta al Informe de los Servicios sobre la adopción de medidas cautelares para permitir la competencia en los servicios ADSL, las propuestas eran las siguientes :

- Inclusión de un nuevo servicio con interfaz única a nivel nacional (PAI-N), con tecnología IP y precio de conexión de usuario no superior al 85 % del precio minorista aprobado para TESAU
- Inclusión de un nuevo servicio con interfaces en cada demarcación GigADSL actual pero en donde el operador elige la central (PAI-D), y precio de conexión de usuario no superior al 75 % del precio minorista aprobado por TESAU.

Lo que en las alegaciones de TESAU representa una abierta contradicción no es más que el reflejo en la resolución definitiva de los comentarios recibidos en el trámite de audiencia. De esta forma, las indicaciones casi unánimes en relación con la no conveniencia de incluir el servicio con PAI-N dentro de unas medidas cautelares llevó al Consejo de la CMT a descartar este servicio inicialmente propuesto por los Servicios de esta Comisión. Asimismo, los comentarios de los operadores sobre la necesidad de aprobar cautelarmente unos precios para el servicio GigADSL que ofrecieran unos márgenes que les permitieran entrar en este mercado, llevaron a esta Comisión a analizar los costes de prestación de este servicio para un operador alternativo y su relación con los precios minoristas propuestos por TESAU. Los



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resultados de este análisis aconsejaron la modificación cautelar de los precios mayoristas de GigADS.

En efecto, los precios propuestos en el Informe de los Servicios y los finalmente aprobados, ambos indicados como un porcentaje sobre el precio del servicio minorista de TESAU, varían de la siguiente forma:

	PAI-D Informe	PAI Resolución	PAI-D Resolución
Modalidad D	75 %	53 %	55 %
Modalidad B	75 %	47 %	49 %
Modalidad C	75 %	37 %	39 %

La propuesta de los servicios en su informe estaba calculada sobre la base de unas medidas cautelares que perseguían fundamentalmente incluir dos nuevos servicios en la oferta mayorista de TESAU, con unos precios significativamente altos que no perseguían el que los operadores alternativos tuvieran unos márgenes aceptables, sino que provisionalmente se hacía hincapié en la disponibilidad de los servicios, dejando el cálculo de los precios que los hicieran competitivos para el momento en que se dictara la resolución definitiva.

Tras las alegaciones recibidas de los operadores alternativos, en las que estos resaltaban la urgente necesidad de hacer un estudio de costes preliminar que permitiera modificar a la baja los precios mayoristas, esta Comisión procedió a hacer un análisis de costes basado en la metodología “retail minus” que permitiera conocer los precios máximos de los servicios mayoristas ofrecidos por TESAU. Como resultado de este estudio se obtuvieron los precios finalmente aprobados en las medidas cautelares para que provisionalmente, en tanto no se aprobara la resolución definitiva con precios orientados a los costes en que incurre TESAU, permitieran margen suficiente a los nuevos entrantes.

En definitiva, no existe contradicción alguna entre el informe inicial y la resolución del Consejo, sino que únicamente se ha procedido a adecuar el informe de los servicios, no vinculante, a las demandas de los operadores cuyo conocimiento se tuvo durante el trámite de audiencia.

Por todo cuanto antecede, se han de rechazar las alegaciones realizadas por Telefónica en el primer motivo de impugnación del recurso y, por consiguiente, se confirma el contenido de la resolución por estar plenamente ajustado a Derecho.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **TERCERO.- Sobre la alegación relativa a que la resolución excede de las peticiones de los competidores de Telefónica**

En el segundo motivo de impugnación, TESAU indica que los precios aprobados otorgan a los competidores unos márgenes de beneficio muy superiores a los de esta entidad. Según la recurrente, en la medida en que una bajada en el precio minorista que haga más atractiva la oferta, conlleva una bajada en los precios mayoristas a sus competidores, la bajada en el margen de beneficio no puede ser estrechada de ningún modo por TESAU. En opinión de este operador, dicha configuración de precios no había sido solicitada por ninguno de los competidores, por lo que esta Resolución va más lejos de lo que éstos pidieron, lo cual –según parece deducirse de su escrito de impugnación– vulneraría lo dispuesto en el artículo 89 de la LRJPAC.

En relación con dicha alegación, ASTEL argumenta, de un lado, que el principio de congruencia, según lo previsto en el artículo 89.1 LRJPAC, se mide en función no sólo de lo alegado y pretendido por los interesados, sino también de lo que resulte del expediente mismo con independencia de aquellas pretensiones, por lo que lo alegado por Telefónica, en ningún caso, sería contrario a Derecho: y, de otro, demuestra con diversos ejemplos que la Resolución de la CMT no excede las pretensiones de las partes. Según JAZZTEL, la CMT puede dictar las resoluciones que considere más convenientes de cara a garantizar la competencia efectiva, siempre que se refiera al asunto en cuestión, no teniendo porqué limitarse a las pretensiones de las partes en el procedimiento administrativo. Desde el punto de vista de LOOP, las medidas recurridas no exceden sus peticiones, sino que no recogen todo lo que éste pedía. Además, entiende que los requisitos de congruencia del artículo 89.2 de la LRJPAC no son de aplicación. Así se pronuncia igualmente BT.

A la alegación de TSAU también se opone LINCE argumentando que, a la luz de la citada disposición, la CMT puede decidir en su resolución sobre otras cuestiones derivadas de aquellas planteadas en el procedimiento y no por lo tanto únicamente sobre las planteadas por los interesados en sus alegaciones.

Frente a lo anterior, esta Comisión recuerda, en primer lugar, que el procedimiento administrativo que dio lugar a la resolución recurrida se inició de oficio por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (a la vista del informe evacuado por esta institución a la CDGAE sobre la propuesta de precios máximos para los servicios ADSL minorista presentada por TSAU.), por lo que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 de la LRJPAC, que entre otros aspectos, exige que las resoluciones sean congruentes con las peticiones formuladas por los interesados *“en los procedimientos tramitados a*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*solicitud de interesado*”. Lo anterior sería suficiente para rechazar sin más este motivo de impugnación.

No obstante, a mayor abundamiento, cabe señalar, que la ligazón entre precios mayoristas y minoristas no nace en la Resolución por la que se adoptan las medidas cautelares, sino que ya se había propuesto en el informe de los servicios sometido a audiencia. Dicha vinculación entre las dos ofertas de TESAU, mayorista y minorista, obedece a que en estas medidas cautelares los precios se han calculado siguiendo la metodología “retail minus”, por carecer de la suficiente información para calcular precios mayoristas orientados a costes, como se avanza en el Fundamento de Derecho primero de este escrito. Con este mecanismo de cálculo, la única manera de garantizar la continuidad del margen con que cuentan los operadores alternativos es su vinculación a los precios minoristas de TESAU, de manera que en tanto no se apruebe la resolución definitiva, sirvan de referencia para el servicio GigADSL y el de conexión en punto distante (PAI-D).

En suma, desde el punto de vista del procedimiento de cálculo de los precios, con coeficientes sobre el precio mayorista, no cabe alegar desconocimiento o falta de interés por parte de los operadores competidores de TESAU. En relación con la cuantía del descuento, estos operadores indicaron en sus comentarios que sería necesario que los precios mayoristas en el PAI-D estuvieran entre el 50 % el 60 % del precio minorista (correspondientes a lo expuesto en las alegaciones de ASTEL y RETEVISIÓN, que defendían un margen entre el 40 % y el 50 %). Los precios aprobados en la medida cautelar para el PAI-D se corresponden con el 55 % (modalidad D), 49 % (modalidad B) y 39 % (modalidad C). La oferta ponderada según la combinación de servicios que maneja TESAU en sus análisis de costes, formada en un 80 % por líneas con modalidad D, 10 % modalidad B y 10 % modalidad C, tendría un descuento sobre el precio minorista del 50 %.

Así pues, los precios aprobados en las medidas cautelares correspondientes a la combinación de servicios que propone la propia TESAU, para el acceso en punto distante (PAI-D), se encuentra en la horquilla que a los operadores interesados les parecía razonable.

En relación con la no solicitud de la concentración de tráfico en los PAI-D por parte de los operadores alternativos cabe reiterar lo ya indicado, en relación con que los operadores valoran muy positivamente la adopción de esta medida, tal como se desprende de las alegaciones de ASTEL, RETEVISIÓN y BT Telecomunicaciones realizadas en el expediente que dio lugar a la resolución recurrida.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la luz de lo anterior, resulta evidente que las medidas adoptadas por esta Comisión en absoluto vulneran lo dispuesto en el artículo 89 de la LRJPAC. Consecuentemente, no puede ser admitida tal alegación como causa de estimación del recurso interpuesto.

### **CUARTO.- Sobre la alegación consistente en que la resolución impugnada establece precios por debajo de costes, vulnerando el principio de orientación de precios a costes.**

En su escrito TESAU hace referencia a una información que, con carácter confidencial se presentó a esta Comisión con fecha 4 de junio, con la estructura de costes tanto en el servicio minorista como mayorista. Este estudio, coherente con la contabilidad de costes de TESAU, demuestran, a juicio de la recurrente, que los precios obtenidos de la aplicación de los coeficientes aprobados por la CMT están por debajo de costes.

Según ASTEL, aunque no puede apreciar la orientación a costes del precio mayorista dada la confidencialidad de los datos aportados por la recurrente, entiende que el procedimiento utilizado por la CMT de ligar precios mayoristas a los minoristas no vulnera el principio de orientación a costes, sino que lo aplica plenamente a toda la cadena de valor hasta el precio minorista, lo cual es exigible pues ambos precios deben estar orientados a costes. En idéntico sentido, JAZZTEL y LOOP no pueden valorar este aspecto al carecer de la información sobre la contabilidad de costes de Telefónica. Este último sostiene que en todo caso cualquier ineficiencia en estos precios –derivada de la existencia de subvenciones cruzadas internas al Grupo Telefónica-, no se pueden trasladar a terceros.

Finalmente, RETEVISION considera que los precios determinados en la resolución cautelar si bien están referenciados a los precios finales, se encuentran determinados en función de unos costes de prestación eficientes, siendo una cuestión distinta el que los costes empleados no sean los que hubiese deseado Telefónica. Para LINCE, existen indicios que apoyan la existencia un margen más que real sobre costes soportados por TSAU en la prestación de este servicio, poniendo en entredicho las supuestas pérdidas que dicha entidad incurriría por la reducción de sus ingresos. En este sentido se pronuncia igualmente BT. En relación con la vinculación de los precios mayoristas a los minoristas, LINCE entiende que sólo ese puede ser el procedimiento que garantice la competitividad de los servicios de los operadores de alternativos, al evitar el estrangulamiento de márgenes.

Tal y como se argumentaba en el Fundamento de Derecho Primero de esta resolución, la necesidad ineludible de aprobar con urgencia las medidas cautelares recurridas, con el fin de responder adecuadamente y con prontitud a



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la situación originada por la oferta de servicios minorista presentada por TESAU, ha impedido el cálculo de los precios mayoristas de TESAU orientándolos a costes, de manera que se ha optado por la aproximación “retail minus”. A juicio de esta Comisión, la información ofrecida por este operador en sus alegaciones con respecto a los costes en que incurre adolece de una serie de deficiencias que desaconsejan su empleo en el cálculo de estos precios. Estas deficiencias son principalmente las siguientes:

- Se basa en una composición de servicios que no permite conocer los márgenes para cada una de las modalidades. Hay que tener en cuenta que no todos los operadores van a replicar esta composición planteada por TESAU, y por lo tanto los cálculos definitivos que se hagan deben impedir que existan subvenciones cruzadas entre ellos que permitan encubrir una eventual ausencia de margen en cualquiera de las modalidades.
- No se aporta suficiente grado de detalle sobre los costes de red ADSL y red ATM, que representan nada menos que el 57 %, 80 % y 77 %, del total de los ingresos en los cálculos con precios actuales de GigADSL, precios de cautelar para GigADSL, y precios de cautelar para punto de acceso distante (PAI-D), respectivamente.
- No contemplan la existencia de la modalidad A, no ofrecida por TESAU en su servicio minorista, pero que sí está contemplada en la oferta mayorista que ofrece a otros operadores, y cuya presencia deberá necesariamente afectar a los cálculos realizados por este operador.

Consecuentemente con lo anterior, esta Comisión sigue considerando válida la aproximación “retail minus” para fijar cautelarmente los precios mayoristas del servicio ADSL provisto por TESAU, a la espera de poder recibir más información de este operador que permita llevar a cabo el estudio basado en costes incurridos.

### **QUINTO.- En relación con las alegaciones referentes al margen desproporcionado para la competencia y a la necesidad de fijar precios al establecimiento de enlaces entre centrales y PAIs**

La recurrente en su escrito afirma que el margen de explotación para el operador alternativo, de acuerdo al modelo de costes utilizado por esta Comisión al determinar los precios máximos mayoristas del servicio GigADSL que permiten competir con los precios minoristas de TESAU, son desproporcionados, ya que suponen rentabilidades entre el 95% y el 132% sobre el valor añadido por dicho operador.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión no puede compartir de ninguna forma ni la argumentación ni los valores alternativos calculados por TESAU, que no corresponden con la realidad, por las siguientes razones:

- 1) Dicho concepto llamado en el modelo, de forma poco afortunada, “Margen por operaciones y beneficios sobre precio final” no se refiere exclusivamente, como entiende TESAU, al margen de explotación que le queda al operador alternativo, sino que su alcance es bastante más amplio. En efecto, dicha partida es la agregación de las siguientes:
  - Costes de explotación del servicio
  - Costes de comercialización del servicio
  - Imputación de los gastos generales al servicio (costes de estructura)
  - Margen de explotación del servicio

En una primera aproximación, esta Comisión optó por no diferenciar distintas partidas para cada uno de los conceptos citados. Y ello por simplicidad en la estimación de los precios buscados.

- 2) La medida utilizada por TESAU para mostrar la falta de proporcionalidad de los márgenes no es comparable, dado que es un ratio de uso poco habitual en los sectores de actividad, por lo que de su valor difícilmente se puede decir si es excesivo o no, por carecerse de referencia. En efecto, TESAU calcula un ratio financiero de rentabilidad, sin considerar que el precio del servicio GigADSL constituye un coste más, y posiblemente el más importante, en la estructura productiva de los operadores. Por ello, no tiene mucho sentido calcular una rentabilidad, si es que tal ratio tiene ese consideración, que no tiene en cuenta tal componente.

RETEVISIÓN se opone alegando que, en el modelo utilizado, esta Comisión no ha considerado diversos costes, como el de comercialización, los de estructura, altas por alquiler de circuitos o acceso al PAI, costes de otros equipos, etc. Además, a juicio de esta operadora, se están utilizando precios de capacidad portadora para las líneas de acceso en lugar de los de alquiler de circuitos, que serían más adecuados. RETEVISIÓN aporta, asimismo, unos modelos de costes de su elaboración, según los cuales los márgenes sobre el precio fijado por esta Comisión oscilarían entre el 5 y el 10%. Según LOOP, la estructura de costes de un operador dominante no es comparable con la de un entrante, por economías de escala, poder de negociación y ausencia de necesidad de incluir determinados elementos que Loop sí debe hacer.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, JAZZTEL alega que TESAU desconoce la estructura de márgenes de los operadores entrantes, puesto que ella tiene economías de escala inalcanzables para aquéllos, por lo que difícilmente puede juzgar la proporcionalidad del margen. Desde el punto de vista de ASTEL, TESAU confunde el margen utilizado por la Comisión en su modelo con el margen neto o de beneficio que obtiene el operador por la prestación del servicio, cuando en dicho margen han de incluirse otros muchos costes. Finalmente, LINCE alega que TESAU no motiva en absoluto la existencia de un margen desproporcionado para el operador alternativo y, además, se olvida de la existencia de otros costes a los que ha de hacer frente, como los de comercialización y estructura, en sus cálculos.

Asimismo, todos los interesados presentan alegaciones sobre los parámetros utilizados en el modelo incluido en el expediente, refiriéndose principalmente a los valores allí utilizados para la concurrencia. Al respecto, tal y como se explica en el Fundamento de Derecho primero, es claro que no es en el marco de unas medidas cautelares donde se ha de proceder a esta discusión; dicho modelo (y otros que se puedan construir) no deja de ser un elemento más, no el único, para orientarse en una decisión cautelar sobre los niveles de precios mayoristas de TESAU. Es evidente que las medidas cautelares aprobadas establecen dichos precios de forma provisional por carecerse de todos los elementos de juicio necesarios para fijarlos; la discusión sobre el precio definitivo, del modelo o modelos a utilizar y de los parámetros a emplear en el mismo será objeto de la resolución definitiva que sobre este asunto recaiga.

Ante las disparidades manifestadas por los distintos operadores, conviene significar que la presente medida cautelar, como ya se ha señalado con anterioridad, no pretende modificar provisionalmente unos precios mayoristas con base en una orientación a costes, por cuanto de la información disponible y de las alegaciones presentadas, dada la disparidad de los cálculos realizados por los operadores, no resulta en estos momentos posible fundamentar unos precios siquiera sea provisionalmente.

El modelo de costes a que se refieren los operadores constituye una referencia más, construida por los Servicios de la Comisión sobre la base de los propios modelos que han sido presentados a la CMT tanto por Telefónica como por ASTEL, al objeto de comprobar su grado de certidumbre y rigor.

Precisamente del análisis de costes resultante de estos modelos se desprende la improcedencia de seguir en estos momentos, al objeto de fijar una medida cautelar, una metodología articulada sobre el principio de orientación en los costes incurridos por el operador dominante.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, esta circunstancia no impide que puedan seguirse otro tipo de orientaciones que permitan sustentar la medida cautelar adoptada.

Una de estas orientaciones podría consistir en acudir a las referencias de costes internacionales, tal como prevé la disposición transitoria primera del reglamento de interconexión para el caso de la fijación de precios de interconexión cuando se carece de referencias de costes fiables apoyadas en una contabilidad de costes adecuada.

No obstante y en el presente caso, como se desprende de la propia información suministrada por Telefónica, las referencias internacionales no presentan una homogeneidad en el contraste que permita encontrar un valor tipo comparable, resultando preciso realizar adaptaciones en los valores que seguramente podrían dar lugar a errores en el resultado.

Descartada esta posibilidad, debe traerse aquí a colación el origen y motivo de la medida cautelar adoptada por esta Comisión: se trata de evitar los efectos anticompetitivos que en la actual situación y conformación del mercado produciría la inmediata comercialización por Telefónica de su oferta minorista.

Sobre estos efectos, tanto en la resolución impugnada como en el precedente informe de 7 de junio de 2001 para la Dirección General de Políticas Sectoriales del Ministerio de Economía, se realizaba un completo análisis sobre el que resulta innecesario insistir.

Ante esa situación la medida cautelar pretende, provisionalmente, establecer una serie de medidas para que los operadores puedan competir con Telefónica desde el inicio de la comercialización de la oferta minorista de esta operadora.

Para ello, una de las medidas que corrige barreras de entrada en los mercados, es la evitación regulatoria de los pinzamientos de márgenes entre los precios finales (oferta minorista) y los precios que se cobran a los competidores por el suministro y acceso a la red (oferta mayorista).

Es la corrección del conocido en la literatura del sector de telecomunicaciones como evitación del fenómeno del “price squeeze”).

A este respecto, la Comunicación de la CE sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, de 28 de agosto de 1998 resulta especialmente relevante.

Así, en su apartado 65 indica cómo en el sector de las telecomunicaciones “suele ser frecuente que un operador particular disfrute de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una posición extremadamente sólida en los mercados de infraestructuras y, al mismo tiempo, en los mercados de servicios derivados de dicha infraestructura. Normalmente, en los servicios derivados, los costes más elevados corresponden a la infraestructura. Además, los operadores se enfrentan a menudo a los mismos competidores en los mercados de infraestructuras y en los de servicios derivados”.

Es por ello que “aún en los casos en los que se han eliminado las restricciones, la competencia en los mercados descendentes seguirá dependiendo la fijación de tarifas y de las condiciones de acceso a los servicios ascendentes de red que sólo gradualmente irán reflejando las presiones competitivas del mercado. Dado el ritmo al que se producen los avances tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones, es posible imaginar situaciones en las que las empresas procurarán ofrecer nuevos productos o servicios ya ofrecidos por el operador de acceso dominante”. (apdo. 89). En ese escenario debe garantizarse que “el control de que disponen los operadores tradicionales no se emplee para obstaculizar el desarrollo de un entorno de telecomunicaciones competitivo” (apdo. 90)

A partir de estos planteamientos, la Comunicación contempla una serie de comportamientos que deben considerarse abusivos en las condiciones de acceso. En concreto, y por lo que se refiere a los pinzamientos de márgenes, son especialmente relevantes sus apartados 117 a 119.

“Cuando el operador goce de una posición dominante en el mercado de productos o servicios, la reducción de los precios podrá constituir una práctica abusiva. Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedicada a las actividades ascendentes impone a los competidores. Las pérdidas registradas en la rama de actividades descendentes pueden quedar ocultas si el operador dominante ha atribuido a sus actividades de acceso costes que debería haber asignado propiamente a las operaciones descendentes, o ha determinado de forma inadecuada los precios de transferencia dentro de la organización. La Recomendación de la Comisión sobre separación contable en el contexto de la interconexión aborda esta cuestión y propugna el mantenimiento de una contabilidad separada para las diferentes ramas de actividad de un operador dominante verticalmente integrado. La Comisión podrá exigir, en su caso, a la empresa dominante que presente cuentas auditadas por separado en relación con todos los aspectos esenciales de su actividad. No obstante, el hecho de que la contabilidad se realice por separado no garantiza la supresión de las prácticas abusivas. Cuando lo estime necesario, la Comisión analizará cada caso por separado” (apdo. 117).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El apartado siguiente recoge un supuesto que resulta de plena aplicación al caso que nos ocupa:

“En circunstancias adecuadas, puede demostrarse que se ha producido una reducción de los precios mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado descendente, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, en caso de que existan, y el precio que el operador de la red aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente)”. (apdo. 118), concluyendo la CE que “si se produjera alguno de estos supuestos, los competidores en el mercado descendente habrían de hacer frente a una reducción de precios que podría expulsarlos del mercado”. (apdo. 119).

En lo que específicamente se refiere al acceso indirecto al bucle de abonado, por su parte, la Comunicación de 26 de Abril de 2000, reproduce en relación con los precios estas consideraciones, indicando como deberes de las ANR'S, en lo que se refiere a precios y costes, cuando fijan las condiciones económicas en que el operador dominante debe proporcionar acceso, entre otros:

- € Que las reglas sobre precios garanticen que el operador tradicional puede recuperar sus costes más un razonable beneficio.
- € Que esas reglas aseguren que no hay distorsiones de mercado, particularmente pinzamiento de márgenes entre los servicios mayoristas y minoristas ofrecidos por el dominante.

La Comunicación indica que, cuando estos objetivos entran en conflicto, las ANRS, “deben considerar la adopción de medidas transitorias que eviten la distorsión de la competencia en el corto plazo, salvaguardándola en el largo plazo”.

En concreto, en cuanto al acceso indirecto al bucle, la Comunicación indica también cómo esta figura resulta de primera importancia mientras se va produciendo el desarrollo de las redes de los entrantes y su acceso directo al bucle, y la relevancia que las condiciones, particularmente el precio, tienen para los operadores entrantes siendo así que, el precio que el dominante fije a sus competidores en el mercado ascendente, ha de jugar un papel definitivo a la hora de determinar si existe o no estrangulamiento de márgenes, y por tanto barrera a la entrada de estos.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, de la información obtenida por esta Comisión y que ya se expuso en el informe anteriormente referido de 7 de junio del año en curso, resultaba la existencia de un pinzamiento de márgenes, extremo puesto de manifiesto por unanimidad de todos los competidores de Telefónica que han presentado alegaciones en este expediente.

Ante esta evidencia, es misión del regulador establecer unos márgenes adecuados para eliminar este efecto indeseado, con la finalidad, no se olvide, de permitir la entrada en el mercado, a la espera de contar con referencias de costes idóneas que permitan orientar los precios a los costes.

No se trata, en consecuencia de recrear una situación de mercado ideal, estable y consolidada sino de eliminar aquellas situaciones límite en las que de manera evidente se impide, por lo grosero del desequilibrio, la entrada de competidores en el mercado.

En esta tesitura, revisados los márgenes acordados en la resolución impugnada se desprende que algunos márgenes establecidos exceden de la finalidad que se pretende con la evitación del price squeeze. Esto es, márgenes entre el precio mayorista y el minorista superiores al 50%, aún atacando el fenómeno del pinzamiento de márgenes, pueden ser excesivos con la finalidad cautelar de la medida, que consiste simplemente en eliminar provisionalmente barreras de entrada, sin crear entornos competitivos que la realidad de los costes puede posteriormente desmentir.

A este respecto, la aplicación cautelar de los coeficientes aprobados en la medida impugnada puede suponer un desincentivo excesivo para el arranque de la nueva oferta, lo que retraería la situación de las ofertas en el mercado a la actualmente existente, situación que favorece menos a los ciudadanos y que también resulta menos favorable para los competidores de TESAÚ en materia de precios mayoristas. Sin duda, será necesario realizar un correcto análisis que permita tener mejor criterio para determinar, en la resolución definitiva, precios que incentiven de forma apropiada tanto las inversiones y actividad de TESAÚ como las de sus competidores, pero para llegar a ello es necesario que las medidas cautelares no supongan un impedimento efectivo, en términos de racionalidad empresarial estricta, al nacimiento de las nuevas ofertas. Se trata, pues, de tocar el sensible punto de equilibrio en el que las nuevas ofertas no resulten justificadamente desalentadas por las medidas cautelares, pero rescatando las mejores posibilidades de respuesta de los competidores desde el principio, de forma que el propio ejercicio bajo las medidas cautelares vaya creando una realidad de servicios, de precios y de costes asociados sobre la que basar medidas definitivas, medidas que probablemente habrán de irse adaptando en el tiempo según se produzcan mejoras de productividad y mayores economías de escala.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Aunque sólo fuera a efectos dialécticos, no puede dejar de mencionarse la posibilidad de que se produjera la retirada de la oferta por razones externas al planteamiento racional de esta actividad en términos económicos estrictos en el que se acepte el juego de la competencia efectiva. En particular, no puede dejar de mencionarse la improbable – e inaceptable – hipótesis de que TESAU pretendiera realizar su oferta sólo si las condiciones anulan completamente las posibilidades de competir para los demás operadores. Si, en efecto, la oferta se retirara no sería identificable en lo sucesivo la participación de considerandos espurios en tal decisión. Por el contrario, si las nuevas ofertas se producen, la realidad observable permitirá corregir cualquier anomalía en el ejercicio correcto de las condiciones de competencia.

Por otra parte, tanto en España como en otros países europeos, en otros supuestos en los que se ha tratado de atajar este fenómeno, siempre a través de medidas singulares para servicios concretos, se han manejado márgenes suficientes sin llegar a las cuantías resultantes de la medida cautelar ahora recurrida.

Admitida la necesidad de corregir esos márgenes, procede a continuación fijar una referencia válida que, se insiste, en este momento no puede modularse en torno a una orientación a los costes.

En este sentido, una referencia válida de mercado puede encontrarse en los cálculos de márgenes que esta Comisión realizó con ocasión de la puesta en el mercado de las denominadas tarifas planas para internet.

En aquella ocasión, en la que tampoco se contaba con una referencia de costes precisa (como ahora, se desconocen los costes de las nuevas soluciones de red para el tráfico con destino a Internet), se trató de contar con un margen suficiente entre el precio de tarifa plana establecido legislativamente (2750 Pts) y los costes de interconexión que debían pagar los competidores de telefónica para este tráfico.

La CMT, para el nivel de interconexión más bajo, fijó un margen aproximado del 40%, considerando que era una buena referencia para permitir por el momento la competencia en el mercado, a la espera de soluciones de interconexión más idóneas como podían ser las sugeridas de interconexión por capacidad.

A falta de referencia de costes, este margen podría considerarse adecuado en el presente expediente por las siguientes razones:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- § Es una referencia ya utilizada en un mercado, como el de las tarifas planas que, siendo diverso del que da lugar a las medidas cautelares ahora adoptadas, guarda una cierta relación dado que es previsible que una parte de los clientes que hoy tienen contratadas tarifas planes migren –sobre todo en la modalidad D- al nuevo servicio ADSL.
- § Se encuentra comprendida dentro de los márgenes solicitados por algunos de los competidores de Telefónica en sus primeras alegaciones en el expediente de medidas cautelares.
- § Tiene en cuenta como conceptos intangibles que ya consideró la CMT en su momento y que ahora se vuelven a reproducir, la recuperación suficiente de los costes en que podría incurrir un operador competidor de Telefónica por los conceptos de gastos de comercialización y gestión y despliegue y explotación de la red en el tramo que va desde la conexión con la red de Telefónica en el nivel más próximo a la central local de esta operadora hasta la salida internacional a Internet.

En consecuencia, para la fijación del valor concreto de los coeficientes, esta Comisión entiende que debe prescindir de una simple traslación matemática de los distintos modelos de cálculo analizados y, en su lugar, y conforme a los criterios antes expuestos, realizar una estimación de los márgenes que, con carácter cautelar, permitan el nacimiento de nuevas ofertas en condiciones competitivas.

Los coeficientes resultantes de esta estimación son los siguientes:

Modalidad	Coeficiente
D	0.58
B	0.60
C	0.60

En cuanto a los precios fijados para el PAI-D, esta Comisión entiende que han de variar consecuentemente con los nuevos valores fijados para el servicio GigADSL. Pues bien, los coeficientes a aplicar al precio minorista de TESAÚ son, para el caso del PAI-D, los siguientes:

Modalidad	Coeficiente
D	0.60
B	0.62
C	0.62



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como consecuencia de todo lo anterior, procede estimar parcialmente esta alegación del recurso planteado.

### **SEXTO.- En relación con la alegada incompatibilidad entre la elección de central y el cumplimiento de plazos**

En su escrito de alegaciones TESAU indica que la posibilidad de ofrecer al operador alternativo capacidad para elegir central para conectarse en cada una de las demarcaciones puede ser incompatible con el cumplimiento de los plazos previstos.

En relación con lo anterior, ASTEL considera interesante la medida de que los plazos sean menores para las centrales de tránsito, sobre todo las nodales, especialmente si se combina con la posibilidad de acceder a las 109 demarcaciones desde esas mismas centrales nodales. En este mismo sentido se pronuncia LINCE. Según RETEVISION, estimar la pretensión de TSAU a este respecto equivaldría a otorgarle un considerable poder discrecional a efectos de aplicar una medida importante de las contenidas en la resolución de 5 de julio como es la que se refiere al servicio PAI-d. Para JAZZTEL, TSAU tiene capacidad de establecer circuitos virtuales ATM desde cualquiera de las centrales en la que dispone de equipos para la prestación del Servicio ADSL hasta los PAIs y entre los PAIs.

Frente a lo anterior, esta Comisión considera que, precisamente en previsión de la eventualidad de que un operador solicite un PAI-D en una central poco relevante que no cuente con la suficiente capacidad de transporte, el plazo de 40 días desde el momento de la petición se establece para el 80 % de las solicitudes. En este punto procede reiterar lo ya indicado en la resolución de medidas cautelares en el sentido de que esta Comisión entiende que no se debe restringir el acceso a los operadores dentro de una demarcación a una lista cerrada de centrales. Las medidas cautelares recurridas pretenden que los operadores autorizados puedan proporcionar una oferta de servicios ADSL económicamente competitiva, para lo que se debe optimizar y flexibilizar el acceso por parte de los operadores a los PAI-D. Los operadores que ya ha desplegado Pdl's en las centrales abiertas a interconexión querrán beneficiarse de la infraestructura disponible. Limitar la ubicación de los PAI-D en ciertas centrales propuestas por TESAU podría impedir que todos los operadores se beneficiasen de las medidas de esta cautelar. Por otra parte, también se especifica en la resolución recurrida que los Pdl's ópticos ya establecidos por los operadores se han ubicado en centrales seleccionadas sobre la base de criterios de eficiencia económica, primando aquéllas desde las que es posible acceder a un mayor número de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abonados. En buena lógica, estas ubicaciones coincidirán normalmente con los nodos más importantes de conmutación y transmisión de TESAU, por lo que se considera que la petición de ubicaciones para PAI-D en centrales sin medios de transmisión ha de tener carácter residual.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**UNICA.-** Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad de Telefónica de España, S.A.U y, consecuentemente, anular los coeficientes establecidos en el resuelve primero y segundo del Acuerdo de esta Comisión por el que se aprobó la Resolución de 5 de julio de 2001, a aplicar a las cuotas de abono mensual del servicio minorista ADSL aprobado para TESAU para obtener las correspondientes a los servicios GigADSL y de acceso indirecto al bucle de abonado con conexión extendida a Punto de Acceso Indirecto Distante (PAI-D), respectivamente. En consecuencia, se acuerda

**1º-** Establecer que la cuota de abono mensual de conexión de cliente para el servicio mayorista de acceso indirecto al bucle de abonado GigADSL, para cada modalidad, no podrá superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por el coeficiente que se indica en la siguiente tabla:

Modalidad	Coeficiente
D	0.58
B	0.60
C	0.60

**2º -** Establecer que la cuota de abono mensual de conexión de cliente para el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado con conexión extendida a Punto de Acceso Indirecto Distante (PAI-D), para cada modalidad, no podrá superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por el coeficiente que se indica en la siguiente tabla:

Modalidad	Coeficiente
D	0.60
B	0.62
C	0.62



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta cuota mensual sustituye a los dos precios recurrentes fijados para el servicio mayorista de acceso indirecto al bucle, que son la cuota mensual por punto de acceso indirecto y la cuota mensual por conexión. En lo que respecta a los precios no recurrentes, se aplicarán los establecidos para GigADSL.

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, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes