



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

D. JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 21 de julio de 2005, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCION DE LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LAS ENTIDADES BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL, COLT TELECOM ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, EUSKATEL, S.A., UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U., Y WANADOO ESPAÑA, S.L., CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 22 DE JULIO DE 2004, SOBRE LA SOLICITUD DE MODIFICACION DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. PARA ADECUARLA A LA MODIFICACION DE LAS VELOCIDADES ADSL EN EL NIVEL MINORISTA.**

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Sociedad Unipersonal, Colt Telecom España, S.A. Sociedad Unipersonal, Euskatel, S.A, Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U., y Wanadoo España, S.L., contra la Resolución de 22 de julio de 2004 sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U., para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm. 27/05 la siguiente Resolución:

Resolución de 21 de julio de 2005, recaída en el expediente AJ 2004/1382.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### HECHOS

**PRIMERO.** En fecha 22 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó un Acuerdo sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista.

**SEGUNDO.** Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 23 de agosto de 2004, la entidad BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A. Sociedad Unipersonal (en adelante, BT), interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior, suplicando que se dictase Resolución estimatoria del recurso interpuesto y, en cuya virtud, se modificase la Resolución impugnada en los siguientes aspectos:

- “1. Incluyendo las modalidades A, D y K de GigADSL excluidas de la OBA, obligándose así a TESAU a seguir prestando estas modalidades en el nivel mayorista y a unos precios que reflejen bien sus costes y la relación con las modalidades que TESAU presta a nivel minorista.*
- 2. Establezca un nuevo precio para la modalidad B, en base a lo argumentado en el presente escrito.*
- 3. Corrija los criterios de costes incluidos en el Anexo 3 de la Resolución recurrida, procediendo a recalcular los precios de todas las modalidades en virtud de las correcciones efectuadas.”*

Asimismo, a través de dicho escrito, vino a solicitar la suspensión de la resolución impugnada en lo referente a la desaparición de las modalidades A, D y K de la OBA.

Todo ello, sobre la base de las siguientes alegaciones:

- I. **Que la eliminación de la OBA de las modalidades a 256 Kbit/s denominadas D y A, así como la K, resulta contraria al derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución; a lo dispuesto en el artículo 82.b) del Tratado de la Comunidad Europea; al artículo 6.2.b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y a lo establecido en los artículos 7.1 y 11.5 del Reglamento que establecía las condiciones**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, aprobado por el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre (en adelante, Real Decreto 3456/2000)<sup>1</sup>.**

Al respecto, BT recuerda que ya en la Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la OBA de TESAU y en el Informe sobre la solicitud de modificación de la OBA de 21 de junio de 2004 se exponía que la eliminación de una modalidad de ADSL en la oferta de servicios minorista de TESAU no debería conllevar su eliminación de la oferta mayorista. Dicha eliminación únicamente se estudiaría a la vista de las alegaciones de los operadores, en relación con el impacto en el mercado de esta medida.

Siendo así, la recurrente no comprende lo que ha llevado a esta Comisión a eliminar tales modalidades, en contra de lo manifestado por la mayoría de los operadores que han realizado alegaciones al respecto.

Continúa BT afirmando que la CMT parece que permite tales eliminaciones porque se cumplen los siguientes requisitos: hay opciones alternativas para la prestación de los servicios eliminados; no se ocasiona un perjuicio a los usuarios; se trata de un mercado en crecimiento y tales eliminaciones ayudan a su desarrollo; no hay demanda para esas modalidades; y no se puede bajar el precio de las modalidades de 256 Kbit/s. Frente a ello, la recurrente alega lo siguiente:

### 1. Que no existen alternativas económicamente viables para la prestación de los servicios eliminados.

En este sentido, expone que no son válidas las opciones alternativas propuestas por la resolución impugnada como soluciones técnicas para continuar ofreciendo los servicios minoristas a 256 Kbit/s. Esto es, el acceso desagregado al bucle y la reventa de servicios de otros mayoristas (los servicios de bucle no permiten ofrecer las modalidades eliminadas a nivel nacional y por tanto tampoco existe en España operador alguno que los revenda), y la prestación conforme a la modalidad de 512 Kbit/s (supondría

---

<sup>1</sup> Derogado en virtud del apartado d) de la Disposición derogatoria única del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y a la numeración.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una alteración tal de la estructura de costes de los operadores que, de hecho, es económicamente inviable).

2. Que la eliminación de las modalidades perjudica a los consumidores ya que ven reducido su ámbito de elección, toda vez que, éstos se guían principalmente por el precio de acceso de banda ancha a Internet, siendo, por tanto, la capacidad de un operador de ofertar estos servicios a un precio lo más reducido posible su principal ventaja competitiva.

Al respecto BT especifica que *“la importancia del precio de la conexión de banda ancha no sólo afecta a la elección entre los distintos tipos de acceso de banda ancha por parte de los usuarios de este tipo de conexión, sino que tiene una importancia decisiva en el número de usuarios de banda estrecha que, por el elevado precio de la conexión de banda ancha, deciden no acceder a este servicio”. (...) “Lo que en mayor medida demanda el mercado es una conexión básica a menor precio, no que se de más por el mismo precio”.*

3. Que la eliminación de las modalidades no favorece el desarrollo del mercado del ADSL.

En opinión de la recurrente *“el desarrollo del mercado se logra con una mayor oferta de servicios y un número mayor de usuarios, que es precisamente lo que se logra si no se permite a TESAU eliminar las modalidades”.* Ante tal circunstancia, no comprende *“cómo puede suponer un desarrollo del mercado el eliminar opciones de servicio, afectar negativamente a los márgenes de los competidores y eliminar la posibilidad de ofrecer alternativas más baratas”.*

4. Que existe una fuerte demanda por parte de los operadores alternativos en el uso de dichas modalidades.

5. Que se puede y se debe bajar el precio de las modalidades de 256 Kbit/s, existiendo evidencias de las rebajas en costes de TESAU que debería de trasladar al precio de dichas modalidades.

Si TESAU no puede vender por debajo de costes y no ha habido una rebaja de éstos, no se explica cómo en servicios que tienen tan poco margen ha podido bajar el precio un 37,5%.

Por otro lado, la recurrente cuestiona el hecho de que TESAU no deba orientar a costes los precios de los servicios de ADSL por el hecho de haber pasado



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

éstos de un régimen de autorización administrativa a un régimen de comunicación.

En atención a todos los argumentos expuestos hasta el momento estima BT que se producen las siguientes vulneraciones normativas:

- Se quebranta el derecho a la libertad de empresa.

BT no puede desarrollar su propia política comercial, encontrándose obligada a seguir a TESAU en todas sus decisiones comerciales, lo cual le impide prestar los servicios de ADSL a nivel minorista.

El permitir a TESAU eliminar de su oferta mayorista las modalidades que no comercialice a nivel minorista incentiva a TESAU a excluir de su oferta minorista aquellas modalidades en las que tenga una fuerte competencia ya que al excluir la minorista, eliminará también la mayorista y con ello la competencia.

- Se quebranta la normativa aplicable al bucle de abonado.

De un lado, se vulnera el artículo 7.1 del RD 3456/2000 *“que impone claramente la obligación de que se permita la oferta de una variedad de servicios lo más amplia posible”*.

De otro lado, se vulnera el artículo 11.5 de la misma norma por cuanto establece que cuando la propuesta de modificación de la OBA, por motivos de planificación o modernización de la red del operador dominante, afecte a bucles accedidos por operadores autorizados, la Comisión *“tendrá especialmente en cuenta el necesario equilibrio entre las modificaciones previstas y la continuidad en la prestación de servicios por los operadores autorizados”*. Sin embargo, la Resolución impugnada *“no ha tenido en cuenta las necesidades de los competidores de TESAU para garantizar la existencia de los servicios demandados por los consumidores y la continuidad en la prestación de los servicios que tienen contratados (...)”*.

- Se quebranta la normativa de defensa de la competencia

*“La eliminación de las modalidades GigADSL A, D y K impide que los operadores alternativos mantengan su oferta de servicios minoristas limitando con ello el volumen total de usuarios que pueden acceder a*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*conexiones de banda ancha y restringiendo el número de servicios a prestar en el mercado”, lo cual “permite que TESAU incurra en un abuso de posición de dominio contrario a lo establecido en el artículo 82.b) del Tratado CE y en el artículo 6.1 en relación con el 6.2 b) de la LDC”*

**II. Que la tarifa mayorista de la modalidad B contenida en el Anexo 2 de la Resolución impugnada es inválida ya que se calculó sin seguir el criterio previamente establecido por esta Comisión para el cálculo de las modalidades sin equivalente en la oferta minorista y por tanto, resulta contraria al derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución y a lo dispuesto en el artículo 82.a) del Tratado de la CE y en el artículo 6.2.a) de la LDC.**

**III. Que algunos elementos de costes incluidos en la Resolución recurrida son erróneos.**

BT manifiesta que los costes de las líneas de conexión entre el pPAI y el Pop así como los costes de las capacidades de acceso, recogidas ambos en el Anexo 3 de la Resolución recurrida son erróneos debiendo ser consecuentemente recalculados.

Respecto al coste de las líneas de conexión entre el pPAI y el Pop señala, en primer lugar, que ya en el trámite de audiencia manifestó que *“La CMT ha tomado para este coste como base los precios del servicio de capacidad portadora de TESAU de ámbito urbano, cuando en la mayoría de los casos, los operadores no van a tener un punto de interconexión en el mismo ámbito urbano en el que se encuentra el PAI de TESAU, que como bien sabe la CMT están situadas en 109 localidades, de las cuales la mayoría no son capitales de provincia”*.

En segundo lugar, frente a lo señalado al respecto por esta Comisión en la Resolución recurrida -que existían otros tipos de conexiones más económicas como el uso de infraestructuras Pdls o de las diferentes modalidades de entrega de señal recogidas en OBA-, indica, de un lado, que la mayoría de las demarcaciones no se encuentran en capitales de provincia y los operadores que prestan esos servicios tienen sus Pdls mayoritariamente en las capitales por lo que no va a ser posible utilizar esas infraestructuras, y de otro lado, que lo que figura en la OBA es el acceso radio el cual no está accesible o precisamente la capacidad portadora de TESAU.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo anterior concluye que “(...) *se hace necesario que la CMT corrija los correspondientes presupuestos y recalculé el precio de las modalidades*”.

En segundo lugar, respecto a la capacidad de acceso a los PAIs, BT manifiesta que el índice de ocupación del 70% utilizado por esta Comisión como base para la determinación de los costes de un operador eficiente no es correcto. Esto es así ya que de acuerdo con la base utilizada, para que un operador cuya mayoría de conexiones van a ser de tipo O y con el grado de ocupación incluido le resulte rentable la prestación del servicio PAI de 34 Mbps y una ocupación de un 70%, tiene que tener en cada una de las demarcaciones 928 usuarios, cifra que solo cumple el operador dominante, ya que con la dispersión de demarcaciones que existe (109) la premisa de contar con una ocupación del 70% se cumple solo en las demarcaciones mas importantes. Por lo que dada la dispersión de demarcaciones y el grado de concentración de usuarios, BT considera que debería cambiarse el grado medio de ocupación de un 70% por un porcentaje menor.

**TERCERO.** Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 25 de agosto de 2004, la entidad Colt Telecom España, S.A. Sociedad Unipersonal (en adelante, Colt) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente primero.

En el recurso interpuesto se manifiesta, básicamente lo siguiente:

- I. Que la Resolución recurrida ha provocado un aumento injustificado en el precio de determinadas modalidades que perjudica tanto a la recurrente como a los usuarios finales de tales modalidades, debiendo, por tanto, modificarse dichos precios.**

Señala Colt que para permitir la duplicación de la velocidad de las modalidades B y C, sin que ello suponga un coste adicional para el usuario final, el coste va a tener que ser asumido por los operadores alternativos, causándole con ello un perjuicio económico injustificado.

- II. Que la eliminación de velocidades de 256 kbit/s es contraria al espíritu de la Resolución recurrida, el cual no es otro que el fomento y el impulso de la banda ancha en España.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Manifiesta que existen multitud de pares de cobre que por motivos técnicos no permiten una provisión de servicios ADSL de mayor velocidad y que *“El hecho de que Telefónica no desee prestar estas velocidades no debe ser óbice para que dichas velocidades sean provistas por otros operadores que, para ello, deben contar con la oportuna oferta mayorista”*. Por ello solicita la inclusión de las velocidades 256 Kbit/s dentro de la oferta mayorista de TESAU.

**CUARTO.** Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 30 de agosto de 2004 –fecha de entrada en el Registro de la Oficina de Correos el 27 de agosto de 2004-, la entidad Euskatel, S.A. (en adelante, Euskatel) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución citada de 22 de julio de 2004. En dicho escrito se manifiesta, básicamente lo siguiente:

En primer lugar, propone la recurrente que los operadores puedan migrar en el modo automático establecido de las modalidades A a modalidades O, así para cada conexión actual en modalidad A el operador podría seleccionar la modalidad a la que migrar entre la B y la O. Ello, reduciría el potencial impacto en el usuario al verse afectado únicamente por un corte y no por dos, como consecuencia de un posterior cambio de modalidad, y condicionaría en menor medida la política comercial del operador.

En segundo lugar, solicita que de acuerdo con el espíritu del resuelve sexto de la Resolución recurrida se considere que TESAU no recibirá contraprestación económica alguna por las migraciones de conexiones entre puertos PAI que puedan producirse, ni por el alta de nuevos puertos PAI y las altas de entrega de señal que el operador ha de realizar para mantener el mismo número de migraciones que antes de la migración.

**QUINTO.** Con fecha 30 de agosto de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión –fecha de entrada en el Registro de la Oficina de Correos el 26 de agosto de 2004-, escrito de la entidad Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, Uni2) y Wanadoo España, S.L. (en adelante, Wanadoo) por el cual interpusieron recurso potestativo de reposición.

En dicho escrito realizaron básicamente las siguientes alegaciones:

- I. Manifiestan su disconformidad con algunos elementos de costes incluidos en la Resolución recurrida.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ponen de manifiesto que, tal y como señalaron en el trámite de audiencia, no han podido analizar con profundidad el modelo de costes que esta Comisión adjuntó en su Informe y es por ello que en dicho trámite, solicitaron que se clarificaran los parámetros y fórmulas utilizados en el estudio realizado.

Si bien en la Resolución recurrida se estimaron parcialmente ciertas alegaciones realizadas como la relativa a la concurrencia en la salida internacional aceptando reducirla en un 30%, consideran las recurrentes que la modificación producida sigue resultando insuficiente. La Resolución resulta inadecuada en función de los datos reales de red suministrados, y solicitan que se modifique la misma con el objeto de adecuar los parámetros de concurrencia en la salida internacional de Internet y de velocidad garantizada por conexión en hora pico a los aportados por las mismas en el trámite de audiencia, lo cual viene a indicar que el coste a soportar por el operador es mucho mayor.

**II. Solicitan que se amplíe de dos a cinco meses el plazo establecido para la aplicación de las nuevas condiciones de precios y características técnicas en las modalidades ADSL comercializadas por TESAU en el nivel minorista.**

Esta Comisión lejos de atender a las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia respecto a la ampliación a cinco en lugar de los tres meses propuestos por esta Comisión para la aplicación de las nuevas condiciones citadas, ha establecido incluso un plazo inferior para ello, separándose de lo propuesto en el trámite de audiencia, sin motivar suficientemente tal decisión, originando con ello indefensión a los interesados al haber estado planificando las ampliaciones de sus redes en un marco temporal mínimo de tres meses.

**III. Solicitan que se modifique la Resolución recurrida introduciendo en la parte resolutoria un apartado que establezca que en el caso que fuera inevitable acometer la migración sin realizar un corte del servicio, este corte deberá tener una duración mínima, sin perjuicio de la alusión a la posibilidad de acometer la migración sin ocasionar el corte del mismo.**

**IV. Que la Resolución debería incluir alguna previsión que aclare que en aquellos casos en los que existan problemas de calidad del servicio por la imposibilidad del par de abonado de soportar la nueva velocidad, TESAU no podrá dar de baja automáticamente el**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**servicio soportado por el par, sino que en todo caso, comunicará al operador las deficiencias en calidad para que sea éste el que en contacto con su cliente decida qué alternativa es más adecuada.**

**SEXTO.** Con fecha 16 de septiembre de 2004 el Secretario de esta Comisión emitió un certificado por el cual procedió a la rectificación del error material cometido en la Resolución de 22 de julio de 2004, en relación con la modalidad de referencia elegida para establecer el precio de la modalidad B (512 Kbit/s con reserva a efecto de cálculo de costes de 51'2 Kbit/s).

Con la rectificación realizada se pasó a tomar como referencia para la citada modalidad, la O (512 Kbit/s con reserva de 25'6 Kbit/s) en lugar de la J (1024 Kbit/s con reserva de 100 Kbit/s), resultando el precio de la modalidad B de 25'90 euros. Asimismo, en la tabla contenida en el Anexo 2 a dicha Resolución que recoge las cuotas de abono para el caso de centros que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y bibliotecas públicas, se modificó la cifra de 20'94 euros por 15'54 euros.

**SEPTIMO.** En fecha de 23 de septiembre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la que se denegó la suspensión de la Resolución impugnada solicitada por BT, en relación con el acuerdo del Consejo de fecha 22 de julio de 2004.

**OCTAVO.** Mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2004 con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, se recibieron alegaciones de TESAU al recurso de reposición interpuesto por BT, mediante el que solicitó la inadmisión del citado recurso por no concurrir los requisitos necesarios para su admisión.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente respecto a cada una de las alegaciones realizadas por BT, TESAU manifiesta lo siguiente:

### **I. Sobre la presunta vulneración de la normativa aludida por BT.**

En relación con la vulneración del derecho a la libertad de empresa manifiesta que el citado derecho queda supeditado a la economía de mercado y a las necesidades de productividad de la economía general, debiendo ajustarse a otros derechos como el de la propiedad privada. Es el derecho citado el que le obliga a contratar con la recurrente. Asimismo, el derecho a la libertad de empresa de BT está igualmente sometido a las necesidades de los mercados



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de comunicaciones electrónicas en general, así como a las particularidades del mercado de acceso a Internet en banda ancha.

Respecto a la vulneración de la normativa de defensa de la competencia señala que al ser la Resolución recurrida la que le impone las nuevas condiciones de la OBA, es evidente que carece de margen de libertad empresarial para ser sujeto del derecho de la competencia, es decir, únicamente se le podrían imputar conductas hipotéticamente anticompetitivas en conductas realizadas en el ejercicio de su libertad empresarial y no por imposición de una regulación sectorial *ex ante*.

Por último, en relación con la vulneración de los artículos 7.1 y 11.5 del RD 3456/2000, considera que la actuación de TESAU se ha basado en la duplicación de la velocidad de pico de las modalidades ADSL en beneficio de los usuarios y del mercado, manteniendo el mismo número de modalidades existentes del servicio de acceso indirecto ADSL. Respecto a la continuidad en la prestación de los servicios señala que, la red de acceso sobre la que se prestan los servicios de acceso indirecto es la misma tanto técnica como a nivel de despliegue de red, modificándose únicamente al alza las velocidades de pico de las modalidades ADSL.

### **II. Sobre la desaparición de las modalidades A, D y K.**

*Argumenta que "...la supuesta existencia de un recurso esencial consistente que pudiera justificar la imposición de una obligación de acceso GigADSL a 256 K en el marco de la OBA y amparada en el artículo 11 de la LGTel, carece de base legal. No hay duda que dicho acceso podría ser considerado útil o conveniente para los operadores e ISPs al resultar económicamente más rentable que decidir un upgrade de su portafolio de conectividades a nivel minorista, pero no es indispensable dado que se trata de un recurso perfectamente sustituible. Por este motivo, no procede imponer este remedy desproporcionado a TELEFONICA DE ESPAÑA y sí desestimar el motivo de recurso de BT ESPAÑA."*

### **III. Que el precio de la modalidad B fijado por la CMT no constituye un supuesto de estrechamiento de márgenes en los términos previstos en la normativa de competencia.**

Esto es así ya que, tal y como manifestaron anteriormente, la conducta presuntamente anticompetitiva no es imputable a TESAU por carecer



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

absolutamente de margen de libertad empresarial como para haber fijado ese precio el cual le ha venido impuesto por parte del regulador y, en segundo lugar manifiesta que el recurrente no ha acreditado que el efecto a largo plazo del nuevo precio de la modalidad referenciada sea el de expulsar a los operadores presentes en el mercado, consecuencia natural o previsible de la estrategia del “*price squeeze*”.

- IV. Falta de justificación de la suspensión cautelar solicitada por BT y de los graves perjuicios que le ocasiona.**
- V. Que a lo largo del proceso de cálculo de los costes del GigADSL se están tratando los costes y precios de TESAU ya que es sobre su red sobre la que se prestan los dos servicios que se están comparando para establecer los costes diferenciales y calcular los porcentajes correspondientes al *retail minus*, no utilizándose en ningún caso costes o condicionantes de terceros operadores, por lo que no procede admitir las alegaciones de BT relativas a su disconformidad con algunos elementos de costes incluidos en el Anexo 3 de la Resolución recurrida.**

**NOVENO.** Con fecha 1 de octubre de 2004 y como consecuencia de la certificación emitida por esta Comisión a la que se refiere el antecedente de hecho sexto de esta Resolución tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la entidad Colt. En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:

- I. Que el error material cometido por esta Comisión en relación con la determinación de la cuantía de la cuota de abono para la modalidad B le ha causado un perjuicio económico por lo que solicitan a esta Comisión que adopte las medidas oportunas para que el mismo le sea devuelto por TESAU.**
- II. Que la eliminación de las modalidades de 256 kbit/s ha supuesto un perjuicio para los operadores alternativos ya que han tenido que resolver determinados contratos por no poder mantener la prestación del servicio si el bucle concreto no soporta velocidades superiores y obligando a realizar migraciones que suponen incrementos en los costes de los operadores alternativos comprimiendo sus márgenes.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### III. Que esta Comisión no ha tomado en cuenta los costes que supone para los operadores alternativos la migración a nuevas velocidades.

Por ello no ha podido constatar si existe o no compresión de márgenes entre el precio minorista y el precio mayorista para los nuevos servicios o velocidades. De manera que el efecto de la Resolución no es otro que *“la **exigencia** a los operadores alternativos de un **incremento adicional de su eficiencia** y por tanto, de una **desventaja competitiva** respecto al operador incumbente. Lo anterior llevaría a afirmar que los operadores alternativos son objeto de **discriminación** respecto al incumbente”*.

### IV. Que la Resolución recurrida implica la exclusión de los operadores alternativos incumpléndose la normativa de defensa de la competencia.

La medida aprobada por esta Comisión supone la convalidación de una estrategia de TESAU encaminada a excluir la competencia en un segmento de mercado en el que los servicios ADSL gozan de una mayor competencia en el nivel minorista, por lo que, esta Comisión no está cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 48.3.e) de la LGTel, en relación con la salvaguarda de la pluralidad de oferta de los servicios.

**DECIMO.** Mediante escrito de fecha 29 de abril de 2005 con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, se recibieron alegaciones de TESAU al recurso de reposición interpuesto por Colt por medio de las cuales, manifiesta básicamente que el recurso interpuesto debe ser inadmitido ya que la solicitud de anulación parcial realizada por Colt en base a los perjuicios que ha supuesto el aumento de precio de las modalidades B y C, tanto a ella como a los usuarios finales, no entra dentro de los supuestos de anulabilidad establecidos en el artículo 63 de la LRJPAC.

**UNDECIMO.** Mediante escrito de fecha 29 de abril de 2005 con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, se recibieron alegaciones de TESAU al recurso de reposición interpuesto por Uni2. En dicho escrito manifiesta básicamente que la recurrente no ha alegado en su recurso motivo alguno de nulidad o anulabilidad contenido en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC por lo que el mismo debe ser inadmitido.



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

**DUODECIMO.** En fecha 23 de junio de 2005, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la que se estimaron las solicitudes de confidencialidad presentadas por las entidades Uni2, Wanadoo y Colt.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

##### **Primero.- Acumulación de procedimientos.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ha dispuesto la acumulación de los recursos interpuestos por Colt, Euskatel y el interpuesto conjuntamente por Uni2 y Wanadoo, tramitados bajo los números de referencia AJ 2004/1410, 2004/1411 y 2004/1412 respectivamente, al interpuesto por la entidad BT, tramitado bajo el número de referencia AJ 2004/1382. El citado acuerdo se dicta habida cuenta de la íntima conexión existente entre los procedimientos citados.

##### **Primero.- Calificación.**

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos 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 LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 22 de julio de 2004.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **Segundo.- Competencia para resolver.**

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

### **Tercero.- Admisión a trámite.**

El artículo 110.1 de la LRJPAC establece los requisitos formales que deberán contener los recursos de reposición. Asimismo, el artículo 117.1 de la misma Ley establece que el plazo para la interposición del recurso de reposición es de un mes, si el acto fuera expreso. Por su parte, el artículo 48.2 de la LRJPAC determina que, si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación del acto que se trate.

De acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, procede admitir a trámite los recursos interpuestos por las entidades BT, Colt y Uni2 por haber presentado sus recursos de reposición dentro del plazo de un mes concedido al efecto y por haber cumplido con los requisitos de forma señalados en el párrafo anterior.

Por el contrario, procede inadmitir los recursos presentados por las entidades Wanadoo y Euskatel, al haber sido notificados respectivamente con fechas de 23 y 26 de julio de 2004, tal y como consta acreditado fehacientemente en los expedientes, comenzando consecuentemente el plazo para la interposición de los mismos los días 24 y 27 de julio de 2004, por tratarse de los días siguientes a aquellos en los que tuvo lugar la notificación, finalizando los plazos de interposición de los recursos los días 23 y 26 de agosto de 2004, en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 48 de la LRJPAC. Por lo que al haber sido interpuestos respectivamente con fechas 26 y 27 de agosto de 2004, ambos han sido presentados fuera del plazo establecido al efecto de acuerdo con el artículo 117.1 de la LRJPAC procediendo su inadmisión a trámite.

**Cuarto. Aplicación del Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya señalamos en la primera nota al pie de esta Resolución, el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes ha sido derogado en virtud del apartado d) de la Disposición derogatoria única del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y a la numeración (en adelante, Real Decreto 2296/2004).

No obstante, dado que en el momento de la aprobación de la Resolución recurrida y de la interposición de los recursos potestativos de reposición objeto de esta Resolución seguía vigente el Real Decreto 3456/2000 y, el Real Decreto 2296/2004 no hace mención alguna a una eventual retroactividad en su aplicación<sup>2</sup> esta Comisión ha aplicado en la resolución del presente recurso el Real Decreto 3456/2000.

### B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

**Primera. Sobre las alegaciones relativas a que la eliminación de las modalidades D, A y K, produce una vulneración del derecho a la libertad de empresa y de la normativa de defensa de la competencia y acceso al bucle de abonado.**

El principal motivo alegado por BT en su escrito de interposición de recurso es que, la eliminación de la oferta mayorista de TESAÚ -en la modalidad en que había eliminado su oferta minorista-, vulnera el derecho a la libertad de empresa, la normativa aplicable al bucle de abonado y la normativa de defensa de la competencia, ya que: no existen alternativas económicamente viables para la prestación de los servicios eliminados; la eliminación perjudica a los consumidores; no favorece el desarrollo del ADSL; existe una fuerte demanda por parte de los operadores alternativos en el uso de dichas modalidades.

Al respecto, expone la citada entidad que la eliminación de las modalidades de referencia ha supuesto que BT no pueda desarrollar su propia política comercial, encontrándose obligada a seguir a TESAÚ en todas sus decisiones comerciales, lo cual le impide, como al resto de operadores alternativos, prestar los servicios de ADSL a nivel minorista, limitando con ello el volumen total de usuarios que pueden acceder a conexiones de banda ancha y

<sup>2</sup> Artículo 2.3 del Código Civil el cual establece que: “Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

restringiendo el número de servicios a prestar en el mercado. Y ello, se traduce en permitir que TESAU incurra en un abuso de posición de dominio contrario a lo establecido en el artículo 82.b) del Tratado CE y en el artículo 6.1 en relación con el 6.2 b) de la LDC.

Asimismo, añade que se vulneran los artículos 7.1 y 11.5 del RD 3456/2000 ya que no se ha tenido en cuenta, en la Resolución impugnada, las necesidades de los competidores de TESAU para garantizar la existencia de los servicios demandados por los consumidores y la continuidad en la prestación de los servicios que tienen contratados.

Por su parte, Colt, en el mismo sentido de lo alegado por BT, afirma que la Resolución recurrida, al eliminar las modalidades A, D y K de la OBA, está excluyendo a los operadores alternativos de la competencia, ya que tendrán que dejar de ofrecer las ofertas minoristas correspondientes a las mayoristas eliminadas, incumpléndose con ello la normativa de defensa de la competencia y la salvaguarda de la pluralidad de oferta de los servicios.

Frente a las alegaciones expuestas se indica a las recurrentes lo siguiente:

La eliminación de las modalidades A, D y K de la OBA no excluye a los operadores alternativos de la competencia, ni determina que éstos deban seguir a TESAU en todas sus decisiones comerciales.

La modificación de la OBA llevada a cabo por esta Comisión en la Resolución impugnada no interfiere en el derecho a la libertad de empresa de los operadores alternativos, los cuales pueden desarrollar políticas comerciales propias, al margen de la de TESAU.

En efecto, al contrario de lo alegado por BT, existen alternativas distintas a la de seguimiento a TESAU en la duplicación de las velocidades ADSL en el nivel minorista manteniendo el precio. Así, aquéllos operadores que deseen desmarcarse del catálogo de modalidades técnicas comercializadas por TESAU para el acceso a Internet de banda ancha, podrían proceder al despliegue de su propia red, optar por un acceso desagregado al bucle, contratar otras modalidades incluidas en la OBA o incluso, para los ámbitos geográficos en donde están disponibles, contratar servicios ADSL mayoristas ofrecidos comercialmente por otras entidades diferentes a TESAU.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, obviamente, en el caso en que BT pretenda hacerlo desde los servicios GigADSL tendrá que emplear una modalidad, entre las existentes, de características superiores a las que él mismo quiere configurar, asumiendo el precio mayorista de dicho producto con características similares.

Por lo que respecta a la alegación de BT de que las alternativas existentes no son económicamente viables, cabe señalar que la alternativa para la que la Resolución aseguraba viabilidad económica es la de seguimiento a TESAÚ en la duplicación de las velocidades ADSL en el nivel minorista, manteniendo el precio. No obstante, la viabilidad económica del resto de alternativas señaladas anteriormente (despliegue de red propia, acceso desagregado...), también queda demostrada, por el hecho de que dichas alternativas ya se han venido utilizando por parte de los operadores.

Es más, las alternativas expuestas no sólo son económicamente viables, sino que han de ser las perseguidas por la regulación de los servicios GigADSL, la cual debe tener como finalidad que los operadores continúen ascendiendo por la escalera de la inversión en red de acceso a medida que alcanzan una cierta masa crítica, hasta los niveles superiores en donde se encuentran el acceso desagregado y posteriormente, el despliegue de redes propias.

La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de mayo de 1994 (RTC 1994/127) establece, en relación con el principio de libertad de empresa, lo siguiente:

***“Es, por lo demás, cierto que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (SSTC 37/1981 (RTC 1981/37), fundamentos jurídicos 4.º y 7.º; 88/1985 (RTC 1985/88), fundamento jurídico 2.º; 37/1987 (RTC 1987/37), fundamento jurídico 8.º; etc); y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y los derechos de otros (STC 227/1993 (RTC 1993/227) fundamento jurídico 4.º).”***<sup>3</sup>

En el presente caso, la regulación llevada a cabo por esta Comisión a través de la resolución impugnada, encuentra su fundamento en la necesidad de

---

<sup>3</sup> El subrayado es nuestro.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

proteger la capacidad de innovación de los operadores más comprometidos con la inversión en red de acceso, ya que tal y como ya se puso de manifiesto en la Resolución recurrida *“no puede negarse al titular de la red el derecho a tomar la iniciativa en la innovación tecnológica, asumiendo el riesgo que ello conlleva, siempre que haya otras opciones alternativas, mayoristas y minoristas, no se ocasione perjuicio a los usuarios y, además, se trate de un mercado en crecimiento.”*

Abundando en esta idea, las recurrentes no pueden confundir el fomento de conductas que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, como es el supuesto que nos ocupa, con la permisión de posibles conductas abusivas de un operador dominante. En efecto, BT y Colt no pueden pretender que, sobre la base de la defensa del derecho a la competencia y a la libertad de empresa se llegue a una regulación de tal intensidad en los servicios GigADSL ofrecidos por TESAU, que pudiera desincentivar las inversiones en red de acceso.

De hecho, esta Comisión, tras valorar el impacto que tendría la modificación de la OBA sobre el mercado, ponderando, de un lado las ventajas que supondría para los operadores alternativos el mantenimiento en la OBA de las modalidades D, A y K, y por otro lado, los perjuicios que ello irrogaría a los operadores titulares de red, se concluyó que las ventajas para los primeros no justificaban los perjuicios causados a los segundos, razón por la cual se acordó en la Resolución impugnada la eliminación de las modalidades citadas.

A la vista de todo lo anterior, resulta evidente que el fin de la Resolución impugnada, es dar las máximas facilidades a aquéllos operadores alternativos comprometidos con la inversión en la red de acceso y que, bien mediante el despliegue de red propia, o bien configurando sus servicios a partir del acceso desagregado, iban a estar en una mejor situación para diferenciarse de la oferta minorista de TESAU que aquéllos que se apoyaran en los servicios GigADSL. Esto es, la Resolución de 22 de julio de 2004 no sólo no restringe la competencia ni el derecho a la libertad de empresa, como alegan las recurrentes, sino que conlleva una mayor pluralidad de los servicios ofrecidos en el ámbito del ADSL.

Así las cosas, tampoco cabe apreciar los argumentos alegados por las recurrentes en virtud de los cuales esta Comisión vulnera lo dispuesto en el artículo 48.3.e) de la LGTel, por no adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, y en relación con la vulneración de lo dispuesto en el Real Decreto 3456/2000, hay que precisar que la diversidad en la oferta de servicios que pretende garantizar el artículo 7.1 del RD 3456/2000, se refiere al acceso desagregado al bucle, siendo en dicho acceso desagregado en el que el operador alternativo puede emplear tecnologías xDSL diferentes a las de TESAU, para lo que precisa conocer las características técnicas de los bucles y los planes de frecuencias. En los servicios GigADSL es TESAU quién se encarga de la introducción de las señales ADSL en la planta, ofreciendo al operador alternativo un servicio basado en una tasa binaria a nivel ATM, y por tanto es la propia TESAU quien tiene la necesidad de conocer aspectos como el plan de frecuencias que afecten a los pares.

Por otro lado, respecto a la continuidad en la prestación de los servicios que establece el artículo 11.5 de la misma norma procede hacer referencia a la alegación de TESAU en relación con que la red de acceso sobre la que se prestan los servicios de acceso indirecto es la misma tanto técnica como a nivel de despliegue de red, modificándose únicamente al alza las velocidades de pico de las modalidades ADSL, por lo que en ningún momento se ha dejado de producir la continuidad de los servicios citados.

En virtud de todo lo anterior, esta Comisión estima plenamente adecuada a derecho la eliminación de las modalidades A, D y K de la OBA de TESAU, al no encontrar indicio alguno de que tal modificación de la OBA limite el derecho a la libertad de empresa de los operadores alternativos, ni distorsione el mercado de ADSL. En este sentido deben desestimarse en su integridad los argumentos esgrimidos en este apartado para impugnar la Resolución recurrida.

### **Segundo.- Sobre el precio resultante de las modalidades técnicas.**

BT manifiesta que se puede y debe bajar el precio de las modalidades de 256 kbit/s. Asimismo Colt estima que la oferta de GigADSL debería estar sujeta al modelo de análisis de costes y no, al de *retail minus*.

Pues bien, respecto a la citada alegación procede señalar que la regulación vigente, esto es, tanto la Directiva de Acceso<sup>4</sup> como la Ley General de

---

<sup>4</sup> En el considerando 20 se dice: “El método de la recuperación de costes debe ser adecuado a las circunstancias teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la eficacia y la competencia sostenible y de lograr el máximo beneficio para los consumidores”. Asimismo, el artículo 13.2 dice: “Las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que el mecanismo de recuperación de costes o el método de fijación de precios que se imponga sirva para fomentar la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones<sup>5</sup> conceden al órgano regulador, esto es, a esta Comisión la potestad de control de precios. De dicha potestad debe entenderse que caben distintas posibilidades, como son una estricta orientación en función de los costes, el uso de mark-up sobre costes para no desincentivar el despliegue de infraestructuras alternativas a las del dominante, o el establecimiento de precios en base a mecanismos *retail minus*.

En la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU esta Comisión optó por orientar en función de los costes los precios de los servicios contemplados en la OBA, con excepción de la cuota mensual de conexión del servicio GigADSL, que se fija mediante una cantidad absoluta orientada en la metodología del *retail minus*.

De manera que en relación con esta alegación hay que estar ante lo que estableció esta Comisión en el apartado III.13.4 de la Resolución de 31 de marzo de 2004:

*“De la revisión del estudio de costes de Arcome se deduce que los precios minoristas de los servicios ADSL son elevados, lo que coincide con comparativas internacionales de la OCDE<sup>6</sup> y resulta coherente con informaciones ofrecidas por TESAU a sus inversores<sup>7</sup>.*

*Cabe entender que TESAU tiene dos opciones para desarrollar el mercado minorista:*

- *Mantener elevados los precios a costa de un incremento más lento en la penetración, pero trasladando a los usuarios la cultura de recibir altas prestaciones.*
- *Aprovecharse de la aparentemente elevada elasticidad de la demanda para aumentar significativamente la penetración con*

---

*eficacia y la competencia sostenible y potencie al máximo los beneficios para los consumidores. En ese sentido, las autoridades nacionales de reglamentación podrán tener en cuenta los precios practicados en mercados competidores comparables.”*

<sup>5</sup> En su artículo 13.1.e se señala que la CMT podrá imponer a los operadores con PSM obligaciones en materia de control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la comprensión de los precios en detrimento de los usuarios finales.

<sup>6</sup> El estudio “BENCHMARKING BROADBAND PRICES IN THE OECD” de 1 de diciembre de 2003, indica lo siguiente: “139. Overall, broadband access prices available in Spain are relatively expensive in terms of the price and performance ratio”.

<sup>7</sup> En octubre de 2003 Telefónica comunicó a los analistas que el ADSL comercializado por TESAU se había convertido en el negocio más rentable del grupo, con un margen bruto sobre ventas del 54’6%. Según Telefónica, entre enero y septiembre de 2003 se ingresaron por ADSL 510 millones de euros, siendo los costes directos de 230,8 millones de euros y el resto, 277’1 millones de euros, es margen.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*precios inferiores. Esta opción podría ser buena a corto plazo, pero también puede condicionar la evolución del negocio a largo plazo.*

*Tanto TESAU como los operadores de cable han optado, aparentemente, por la primera opción. Si bien algunos PSIs parecen dar algunas muestras de preferir la segunda de las opciones, al solicitar la inclusión en la OBA de modalidad 128 Kbit/s, no tienen el suficiente peso en el mercado para marcar un cambio significativo. La cuota mensual en OBA por conexión ADSL fue fijada por la CMT en julio de 2001 siguiendo la metodología del retail-minus, que dejaba libertad a TESAU para decidir sobre el nivel de los precios minoristas; debe entenderse que con esta decisión de la CMT de no orientar a costes el servicio mayorista se permitió a TESAU continuar con esta política de precios minoristas elevados (posible beneficio a largo plazo para los usuarios en términos de precio, capacidad de elección y calidad), frente al beneficio a corto plazo que supondrían unos precios más reducidos.”*

Por lo que, con el empleo de la metodología *retail minus* en el establecimiento de la cuota mensual por conexión de GigADSL, se está cediendo la iniciativa en cuanto al establecimiento del nivel en que se sitúan los precios minoristas de servicios de banda ancha a aquellos operadores que invierten en red de acceso (TESAU, operadores de cable, y operadores que hacen uso de acceso desagregado al bucle de TESAU, fundamentalmente) en detrimento de aquéllas entidades que contratan el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado.

Una vez realizadas las precisiones necesarias sobre la metodología utilizada por esta Comisión para el establecimiento de las cuotas del GigADSL procede contestar las alegaciones realizadas sobre las modalidades B y C.

- Modalidad B.

BT manifiesta que es inválida ya que se calculó sin seguir el criterio previamente establecido por esta Comisión para el cálculo de las modalidades sin equivalente en la oferta minorista y por tanto, resulta contraria al derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución y a lo dispuesto en el artículo 82.a) del Tratado de la CE y en el artículo 6.2.a) de la LDC. Asimismo Colt manifiesta que a resultas de la modificación de los precios mensuales por conexión GigADSL se había producido un aumento injustificado en los mismos.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a las citadas alegaciones hay que constatar que con fecha 16 de septiembre de 2004, el Secretario de esta Comisión emitió un certificado por el cual se procedió a la rectificación del error material cometido en la Resolución de 22 de julio de 2004, en relación con la modalidad de referencia elegida para establecer el precio de la modalidad B (512 kbit/s con reserva a efecto de cálculo de costes de 51'2 Kbit/s), esto es la J (1024 Kbit/s con reserva de 100 Kbit/s), tomándose mediante la citada certificación como modalidad de referencia la O (512 Kbit/s con reserva de 25'6 Kbit/s), resultando el precio de la modalidad B de 25'90 euros como consecuencia de la rectificación de error realizada. Asimismo, en la tabla contenida en el Anexo 2 a dicha Resolución que recoge las cuotas de abono para el caso de centros que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y bibliotecas públicas, se modificó la cifra de 20'94 euros por 15'54 euros.

Por lo que, una vez corregido el error cometido, ni se producía la vulneración jurídica alegada por BT ni el aumento de costes a que hace referencia Colt en la migración de la modalidad A a la modalidad B, ya que la cuota mensual por conexión de abonado en la modalidad A era de 26'51 euros y el precio fijado para la modalidad B tras la duplicación de velocidades pasó a ser de 25'90 euros. En consecuencia, la cuota mensual por abonado que este operador satisface a TESAU se vio reducida a 0'61 euros.

Sin embargo, como consecuencia de la rectificación emitida por esta Comisión, Colt manifiesta que el error cometido le causó un perjuicio económico ya que ya había procedido a renegociar las condiciones con los clientes, por lo que considera que, esta Comisión debería tomar las medidas oportunas para que el coste que se le ocasionó le sea devuelto por TESAU.

Pues bien, sin perjuicio de la no procedencia de la alegación realizada por no constituir ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 62 y 63 de la LRJPAC, procede señalar en relación con los presuntos perjuicios causados, que éstos deben ser acreditados de forma cierta. Para que pudiera apreciarse la existencia de los perjuicios alegados, los mismos deberían de ser manifiestos, concretos y susceptibles de valoración por el órgano concreto, no bastando con la simple alegación genérica de que un determinado acto administrativo irroga daños y perjuicios.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, procede poner de manifiesto a la recurrente que el recurso potestativo de reposición no es el cauce procedimental pertinente para la solicitud de la indemnización a TESAU de los perjuicios causados.

- Modalidad C.

Colt manifiesta que a las nuevas modalidades se les ha dotado de un aumento injustificado de precio lo cual no sólo le perjudica así mismo sino también a los usuarios finales. Esta alegación al igual que señalamos anteriormente debe ser rechazada al no concurrir en la misma ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 62 y 63 de la LRJPAC.

Sin perjuicio de lo anterior procede señalar que el objetivo perseguido con la fijación de las cuotas mensuales del servicio GigADSL ha sido el de permitir espacio para la competencia teniendo en cuenta los nuevos precios minoristas de TESAU tras la duplicación de las velocidades, para lo que se ha empleado el mecanismo *retail minus*. En este sentido, el estudio de costes contenido en el Anexo 3 de la Resolución recurrida garantizó que la cantidad de 74'85 euros que se fijó para la cuota mensual correspondiente a la modalidad C cumplía con este objetivo, al permitir la competencia con el precio minorista establecido por TESAU en 120 euros.

Hay que señalar que el objetivo principal de la Resolución impugnada no era el de permitir la duplicación de velocidad sin que esto supusiera un coste adicional para el usuario final sino garantizar que los operadores competidores de TESAU estuvieran en condiciones de poder llevar a cabo una medida equivalente a la propuesta por TESAU, y consistente en duplicar las velocidades de ADSL sin variación del precio final. Si bien, en último término, dichas medidas adoptadas por esta Comisión iban a permitir a los operadores alternativos duplicar la velocidad de sus clientes sin incremento de los precios minoristas, el hecho de que el objetivo de esta Comisión no se limitara a evitar incrementos en los precios minoristas hizo que en la Resolución recurrida se tuviera que modificar la OBA de TESAU, fijando además unos determinados plazos y procedimientos para llevar a cabo la duplicación de las velocidades en las conexiones de abonado.

Por otro lado, los costes en que incurre el operador que ofrece servicios minoristas de acceso a Internet sobre ADSL contratando el servicio de acceso indirecto a TESAU, no se limitan a los correspondientes a dicho servicio mayorista ofrecido por TESAU. El propio análisis que permite fijar precios



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mediante la metodología del *retail minus* contabiliza todos estos costes en que incurre el operador. Y asimismo hay que señalar que dichos costes ajenos al servicio GigADSL proporcionado por TESAU no son en absoluto estáticos, pudiendo sufrir variaciones a lo largo del tiempo, ejemplo que tenemos en el coste correspondiente a la salida a Internet internacional, que pasó de una valoración de 600 euros mensuales por Mbit/s en 2001, a tan solo 200 euros en el estudio de *retail minus* llevado a cabo en la Resolución de 22 de julio de 2004.

Por lo que, el precio del servicio GigADSL no debe considerarse como el único componente de costes en la prestación de servicios ADSL minoristas, sino como uno más entre las diferentes partidas de costes que se tienen en cuenta en los estudios de *retail minus*. La aplicación de esta metodología *retail minus* no va encaminada a preservar la estabilidad de los precios mayoristas en los servicios de acceso indirecto al bucle, sino que persigue fijar dichos precios atendiendo a las circunstancias del resto de las partidas de costes, de manera que en todo momento se garantice la existencia de espacio para competir a otros operadores.

### **Tercero.- Sobre los elementos de costes utilizados por esta Comisión.**

BT considera que es incorrecto estimar el coste de las líneas de conexión entre pPAI y PoP en base a precios de capacidad portadora de ámbito urbano, dado que la mayoría de las demarcaciones no se encuentran en capitales de provincia y por tanto no van a poder ser empleados esos servicios en todos los casos y que, el índice de ocupación del 70% que se ha estimado para los puertos PAI no es correcto, ya que debe tenerse en cuenta que para llegar a dichas cifras se necesitarían, con puertos de 34 Mbit/s, al menos 928 conexiones de abonado en cada demarcación, existiendo en la actualidad demarcaciones en las que BT tiene 2 y 7 conexiones.

Uni2 manifiesta que: no le es posible analizar en profundidad el modelo de costes contenido en la Resolución recurrida, por desconocer la metodología empleada por esta Comisión para estimar los mismos, que la Resolución sigue resultando inadecuada en función de los datos de red suministrados y solicita que se modifique la misma con el objeto de adecuar los parámetros de concurrencia en la salida internacional de Internet y de velocidad garantizada por conexión en hora pico a los aportados por las mismas.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Colt manifiesta que esta Comisión no ha tenido en cuenta determinados costes que aumentan a nivel mayorista con el incremento de velocidad y al no haber tenido en cuenta los costes citados no ha podido constatar si existe o no comprensión de márgenes entre el precio minorista y el precio mayorista para los nuevos servicios o velocidades.

Sin perjuicio de que a continuación se rebatan las distintas alegaciones enumeradas, *a priori* procede señalar que deben ser rechazadas al consistir en simples consideraciones de las entidades recurrentes no fundamentadas en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 62 o 63 de la LRJPAC por lo que no pueden constituir el fundamento de un recurso potestativo de reposición.

Frente a la primera alegación de BT procede señalar que ya en la Resolución recurrida se manifestó que, alternativamente a la capacidad portadora, se podían emplear por parte de los operadores otras opciones más económicas como son la reutilización de infraestructura de Pdl's o la utilización de entrega de señal en modalidades como la de cámara multioperador, en centrales en donde dichos operadores estén interconectados o coubicados. Es por ello que se considera acertada la estimación de asumir como coste medio de un operador eficiente el que corresponde al servicio de capacidad portadora de ámbito urbano.

Y respecto a su segunda alegación procede poner de manifiesto que la propia BT ha señalado en su escrito que existe una importante concentración de conexiones ADSL en unas pocas demarcaciones. Pues bien, en dichas demarcaciones habrá una gran cantidad de puertos que superen ampliamente la ocupación del 70% lo que compensa el que en las demarcaciones con menos líneas haya puertos que no alcancen esta ocupación. Por otro lado, la cantidad de 928 usuarios de media por demarcación parecía acertada para un operador eficiente, si se tiene en cuenta que las demarcaciones se constituyeron con un mínimo de 300.000 líneas. Por lo que, esta Comisión consideró apropiado mantener el grado de ocupación media del 70% por puerto.

Respecto a las alegaciones de Uni2 procede señalar que de las propias alegaciones que se han recibido de los interesados se refleja que dicho estudio sí ha podido ser analizado por ellos. Además, Uni2 se limita a señalar que el estudio de costes contenido en la Resolución recurrida no se ajusta al modelo de costes propio de Uni2, pero sin aportar información alguna sobre el modelo



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de dicho operador, más allá del comentario de la concurrencia internacional, con lo que no resulta posible analizar las divergencias que pudieran existir entre ambos modelos.

En segundo lugar, respecto a lo que manifiesta Uni2 sobre los valores de ancho de banda reservados por cliente, cabe señalar que en el estudio de costes contenido en dicha Resolución se tuvo en cuenta, tanto para el dimensionamiento de los puertos PAI y la capacidad de transmisión desde el PAI hasta el backbone, como para el propio backbone IP, que la concurrencia era 1, con lo que si, por ejemplo, para la modalidad O, en la hora cargada estuvieran conectados la mitad de los abonados, dispondrían en términos estadísticos de 51'2 kbit/s por abonado lo que resulta perfectamente aceptable. En lo que se refiere a la estimación de tráfico internacional, Uni2 no aporta ningún dato que permita determinar que valores fijados para la concurrencia deban modificarse.

Respecto a la alegación de Colt procede señalar que esta Comisión sí ha estimado todos aquellos costes en que incurren los operadores competidores de TESAU, sin que por otra parte, en su escrito se aprecie mención a elemento de coste alguno que haya sido omitido en dicho cálculo, por lo que ante la falta de detalle de su alegación no es posible responder razonadamente sobre el estudio de costes contenido en la Resolución recurrida. Sobre la supuesta comprensión de márgenes producida procede poner de manifiesto que con el empleo de la tecnología del *retail minus* lo que precisamente se pretende es impedir que se produzca una situación de estrechamiento de márgenes, asumiendo que los precios mayoristas así aprobados no van a estar orientados en función de los costes, y teniendo en cuenta que los costes que se tienen en cuenta en la aplicación de la metodología citada son aquellos en los que incurre un operador alternativo eficiente, dicho estrechamiento de márgenes al que alude Colt no va a tener lugar.

Por otro lado respecto a la alegación de TESAU relativa a que en el proceso de cálculo de los precios *retail minus* los únicos costes y precios que se estudian son los de de TESAU, es preciso poner de manifiesto que la citada apreciación es del todo incorrecta por cuanto que el estudio de costes *retail minus* trata de modelizar precisamente el comportamiento de un operador alternativo eficiente en comparación con TESAU y no el propio de TESAU.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **Cuarto.- Sobre el plazo establecido para la aplicación de las nuevas condiciones de precios y características técnicas en las modalidades ADSL comercializadas por TESAU en el nivel minorista.**

Uni2 manifiesta en su escrito de interposición de recurso que esta Comisión, lejos de atender a las alegaciones por ella presentadas en el trámite de audiencia en las que solicitaba la ampliación de tres a cinco meses del plazo establecido para la aplicación de las nuevas condiciones citadas, ha determinado incluso un plazo inferior para ello, separándose de lo propuesto en el trámite de audiencia sin motivar suficientemente tal decisión, lo cual origina indefensión a los interesados al haber estado planificando las ampliaciones de sus redes en un marco temporal mínimo de tres meses. Por lo anterior, solicita que se amplíe de dos a cinco meses el plazo establecido para la aplicación de las nuevas condiciones de precios y características técnicas en las modalidades ADSL comercializadas por TESAU en el nivel minorista.

Frente a la alegación expuesta, se señala a Uni2, en primer lugar, que el cambio de criterio de la audiencia respecto de la Resolución final no está comprendido en ninguno de los actos que el artículo 54 de la LRJPAC somete a motivación.

El apartado c) del citado precepto establece que los actos serán motivados cuando se separen del criterio establecido en actuaciones precedentes, sin embargo lo sometido a audiencia no puede considerarse un criterio administrativo que actúe como precedente, y que deba ser motivado a los efectos de este artículo.

Se recuerda a la recurrente que el informe de los servicios sometido a audiencia en modo alguno vincula al órgano competente para resolver. De hecho el trámite de audiencia antecede, incluso a la elaboración de la propuesta de resolución conforme lo establecido en el artículo 84.1 de la LRJPAC, por lo que será, posteriormente, en la Resolución donde se establecerá el criterio administrativo correspondiente, teniendo en cuenta todas las alegaciones recibidas a lo largo del procedimiento, y entre ellas las del trámite de audiencia.

Sin perjuicio de que, tal y como se ha expuesto no es necesario la motivación del cambio de criterio de la audiencia a la Resolución en los términos exigidos por Uni2 –esto es, por separación de criterio administrativo que actúe como precedente- resulta evidente en la Resolución impugnada la motivación del



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo establecido para la aplicación de las nuevas condiciones de precios y características técnicas en las modalidades ADSL comercializadas por TESAU en el nivel minorista. Así, se puso de manifiesto que si bien se era consciente de la complejidad del cambio que deberían acometer los operadores en sus redes al deber aumentar el ancho de banda de las mismas, no se podía dejar de tener en cuenta la necesidad de trasladar a los abonados con la mayor premura las ventajas derivadas del incremento de velocidad en ADSL, siendo imperativo que la migración de la modalidad ADSL de los abonados se produjera antes de que los operadores se viesan inmersos en la campaña de captación de nuevos clientes que solía producirse en Navidades. Asimismo, se tuvo en cuenta, a la hora de la determinación en la Resolución final del plazo de dos meses a contar desde la aprobación de la misma, el carácter gradual de la migración y la información facilitada por TESAU mediante la presentación de un calendario global de dicha migración.

A la vista de lo anterior, parece que la recurrente confunde la falta de motivación con el hecho de no compartir el criterio establecido por esta Comisión.

Tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 1996, *“En la alegada falta de motivación de las resoluciones administrativas subyace una confusión entre el acogimiento de las propias alegaciones y el requisito de los actos administrativos de hacer explícitas las razones que fundamentan la decisión adoptada, como establecía el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708) (actual art. 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246]). Exigencia que se cumple cuando se dan a conocer dichas razones, permitiendo tanto el ejercicio del derecho de defensa como el eventual control en vía administrativa y jurisdiccional”<sup>8</sup>.*

Asimismo una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 17 de abril de 1997 señaló que el vicio formal de la falta o insuficiencia de la motivación ha de ser objeto de una interpretación restrictiva en su virtualidad invalidante, pues conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene dicho, sólo invalidan el acto los defectos o ausencia de motivación que además hayan causado la indefensión del interesado.

---

<sup>8</sup> El subrayado es nuestro.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el presente caso, al haberle hecho saber al recurrente las razones por las que se estableció el plazo de dos meses para realizar la migración permitiendo así el ejercicio del derecho de defensa y la impugnación de la Resolución en vía administrativa y jurisdiccional, no puede admitirse la alegación realizada en relación con la indefensión derivada de la falta de motivación.

### RESUELVE

**PRIMERO.** Inadmitir a trámite los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades Wanadoo España, S.L. y Euskatel, S.A. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de julio de 2004 sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista, por haberse presentado fuera del plazo legalmente establecido.

**SEGUNDO.** Desestimar los recursos de reposición interpuestos por las entidades BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Sociedad Unipersonal, Colt Telecom España, S.A. Sociedad Unipersonal y Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de julio de 2004 sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista, por estar plenamente ajustada a Derecho.

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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General



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

de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera