



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 05/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 9 de febrero de 2006, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE EUSKALTEL, S.A. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. COMO CONSECUENCIA DE LA NO REDUCCIÓN DEL PRECIO DEL SERVICIO MAYORISTA DE ACCESO INDIRECTO CONTRATADO POR EUSKALTEL A TELEFÓNICA DE ESPAÑA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ADSL A CENTROS QUE IMPARTEN CICLOS DE ENSEÑANZA OBLIGATORIA Y BIBLIOTECAS PÚBLICAS.**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra la citada Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de mayo de 2005, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm.05/06, la siguiente:

Resolución de 9 de febrero de 2006, recaída en el expediente **AJ 2005/911**

### I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de mayo de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución que resolvía el conflicto de acceso entre EUSKALTEL, S.A. (en adelante EUSKALTEL) y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) como consecuencia de la no reducción del



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precio del servicio mayorista de acceso indirecto contratado por EUSKALTEL a TESAU para la prestación de servicios ADSL a centros que imparten ciclos de enseñanza obligatoria y bibliotecas públicas. Dicha Resolución resolvía lo siguiente;

*“**ÚNICO.** Declarar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. está obligada a aplicar la reducción del 40% en los precios que facture a EUSKALTEL por servicio mayorista de acceso indirecto cuando los servicios minoristas de ADSL prestados por EUSKALTEL tengan como usuarios finales a centros de enseñanza y bibliotecas públicas, declarando la efectividad de dicha obligación desde la entrada en vigor de la “Orden de 3 de agosto de 2001 por la que se publican los Acuerdos de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos de 2 de agosto de 2001, sobre tarifas y servicios prestados por << Telefónica de España S.A.U.>>”, es decir desde las cero horas del 9 de agosto de 2001, o en su caso, y si fuera posterior, desde la fecha de activación de las conexiones para la prestación de servicios ADSL minoristas por EUSKALTEL a los citados centros que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y bibliotecas públicas.”*

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de fecha de 13 de junio de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 16 de junio de 2005, TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida.

En el citado escrito de interposición se expone básicamente lo siguiente:

- 1. Que la Resolución de 6 de mayo de 2005 es incongruente y contradictoria con algunos datos y metodología reciente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

TESAU alega que la Comisión le obliga a vender conexiones mayoristas ADSL a EUSKALTEL a precios inferiores a los costes de establecimiento del servicio. Esta es su alegación principal y en la que basa todos los fundamentos posteriores del recurso.

TESAU llega a esta conclusión a través de dos razonamientos:

1º) Desde la Resolución de 22 de julio de 2004 sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) de TESAU para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista (DT 2004/1008) se está obligando a



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU a subvencionar a los operadores de la competencia, en este caso, a EUSKALTEL.

TESAU afirma esto en base a los siguientes datos:

- TESAU vende conexiones ADSL minoristas de modalidad reducida a 39,07 €/mes.
- Esta oferta es replicable por los competidores, utilizando un “mix” de conexiones mayoristas de alquiler de bucle y de acceso indirecto, que para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tienen unos costes de 17,61 y 21,09 €/mes, respectivamente.
- TESAU vende conexiones a Colegios y Bibliotecas con un 40% de descuento sobre dicho precio, esto es, a 23,44 €/mes.
- TESAU se ve obligada a vender GigADSL a 12,65 €/mes, o un 28,17% de margen por debajo de costes.

2º) De la contabilidad de costes que TESAU remite a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se puede comprobar que el coste asociado al servicio GigADSL está muy por encima del precio que se fija como ADSL mayorista para Colegios y Bibliotecas.

**2. Que la Resolución de 6 de mayo de 2005 es anulable de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) por infracción de distintas normas.**

TESAU se apoya en la alegación anterior, es decir, en que esta Comisión le está obligando a vender por debajo de costes a sus competidores para afirmar a lo largo de todo el recurso que la Resolución de 6 de mayo es anulable de conformidad con el artículo 63 de la LRJPAC. Este artículo establece que serán *“anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.”*

En definitiva, TESAU alega que con la Resolución de 6 de mayo se han infringido las siguientes normas por las consiguientes razones:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

***a) Infracción del artículo 54 de la LRJJPAC por falta de motivación de la resolución recurrida produciéndole, asimismo, indefensión en contra del artículo 24.1 de la Constitución española.***

TESAU considera que la resolución de mayo no se ha pronunciado en ningún momento en el verdadero fondo del asunto, el hecho de que está obligada a subvencionar a la competencia por la venta del servicio GigADSL por debajo de costes, en este caso, a EUSKALTEL.

***b) Infracción de la Orden de 3 de Agosto de 2001 por la que se dispone la publicación de los acuerdos de la Comisión delegada del Gobiernos para Asuntos Económicos (en adelante, Orden de 3 de Agosto) de 2 de agosto de 2001 sobre tarifas y servicios prestados por TESAU.***

La Orden de 3 de Agosto es la que estableció por primera vez los descuentos aplicables a Colegios y Bibliotecas. TESAU afirma que esta Orden se aprobó con el objetivo de “contribuir al desarrollo de la sociedad de la información (...)”, a iniciativa de la propia TESAU. Sin embargo, ante la decisión de la Comisión de obligarle a vender por debajo de costes a sus competidores no se consigue este objetivo contradiciendo el espíritu de dicha Orden. Además, TESAU añade que como consecuencia de esto, se va a conseguir que no vuelva a proponer ninguna otra iniciativa en pro de la sociedad de la información.

***c) Infracción de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).***

- Se contraviene el *artículo 3* de la LGTEL que establece los objetivos y principios de esa norma. En resumen, TESAU alega que con medidas como estas ni se fomenta la competencia efectiva ni se promueve el desarrollo del sector ya que se le está obligando a subvencionar a la competencia.
- Se vulnera el *artículo 5.1* de la citada norma que establece la libre competencia para explotar redes y/o prestar servicios de comunicaciones electrónicas. No existe competencia porque los márgenes que tienen unos y otros son muy diferentes.
- Según TESAU la resolución recurrida no es proporcionada y es discriminatoria para ella, vulnerando así lo dispuesto en el *artículo 11.5* de la LGTel. Que establece lo contrario.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Su *artículo 13* establece las obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en los mercados de referencia. TESAU alega que se infringe el *apartado b)* porque considera discriminatorio la diferencia de márgenes a igualdad de precio a cliente final entre EUSKALTEL y ella.

Por otro lado, TESAU considera que se infringe, también, el *apartado e)* porque aunque el acceso indirecto al bucle de abonado no tiene que estar necesariamente orientado a costes no puede ser más bajo que estos.

- Se vulnera el artículo 48 de la LGTel en los siguientes apartados:

En el *punto 3.e)* se determina que la Comisión adoptará las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta. TESAU considera que medidas como estas desincentivan la evolución hacia el alquiler del bucle por los competidores. TESAU considera que esta medida es contraria a los principios generales del Derecho de la Competencia, vulnerando el *apartado 2º)* de este mismo punto 3.

El *punto 3.h)* establece que es competencia de esta Comisión asesorar al Gobierno o al Ministerio sobretodo en las materias que “*puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado*”. TESAU considera que se ha roto el principio de coordinación entre organismos porque sino la Comisión no hubiese adoptado esta medida tan desincentivadora.

### ***d) Infracción del Reglamento sobre Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a las Redes y Numeración (en adelante, Reglamento de Mercados).***

- Se contraviene el *artículo 8* del Reglamento en relación a la obligación de no discriminación, TESAU afirma que se obliga a vender las conexiones a Colegios y Bibliotecas a condiciones diferentes que a los operadores alquilando el bucle de abonado.
- Se infringe el *artículo 10* del Reglamento de Mercados. TESAU alega que no es razonable que sea ella quien subvencione iniciativas de fomento de sociedad de la información a terceros operadores que obtienen beneficios.
- Se establecen en el *artículo 11* del Reglamento de Mercados las obligaciones sobre control de precios y contabilidad de costes. TESAU afirma que con esta



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medida se están fijando precios por debajo de costes lo que es contrario a este precepto que orienta a costes.

**TERCERO.-** Mediante escritos de fecha 23 de junio de 2005, esta Comisión comunicó el inicio del procedimiento correspondiente a los interesados, conforme a lo previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, en dichos escritos se dio traslado a EUSKALTEL para que alegase lo que estimase conveniente. Transcurrido el plazo legalmente establecido, no tuvo entrada ningún escrito de EUSKALTEL en el Registro de esta Comisión por lo que se da el trámite por cumplimentado.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

#### **Primero.- Calificación.**

El artículo 107 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.

El recurrente califica expresamente su escrito, con fecha de entrada en esta Comisión 16 de junio de 2005, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior, y que las resoluciones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, de acuerdo con 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, procede calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 6 de mayo de 2005.

#### **Segundo.- Admisión a trámite.**

El recurso de reposición de TESAU ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **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.

El presente recurso deberá ser resuelto y su Resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

### **B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

#### **Primero.- Sobre la rebaja aplicable a centros que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y a bibliotecas públicas.**

Con fecha 21 de junio de 2001, el Ministerio de Economía y, a través de la Secretaría de Estado de Economía, de Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa, remitió a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de TESAU para que emitiera un informe preceptivo sobre la aprobación de la *"rebaja del 40% en las cuotas de abono a aplicar a los servicios de ADSL minorista de TESAU en centros públicos que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y en bibliotecas públicas municipales"*.

Así que, con fecha 5 de julio de 2001 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó dicho informe. En el mismo se concluía que esta oferta era anticompetitiva y no replicable por los competidores de TESAU.

En la misma fecha, 5 de julio de 2001, se aprobó por esta Comisión la resolución relativa a la adopción 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 TESAU con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia.

Posteriormente, con fecha 26 de julio de 2001, se modificaba parcialmente esta resolución a consecuencia del recurso de reposición interpuesto por TESAU en contra de estas medidas cautelares (Exp. AJ 2001/5050).





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a través de estas resoluciones, decidió aplicar el mecanismo de “*retail minus*” para el cálculo y la fijación del precio de los servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle. Esto es, 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 podía superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por un determinado coeficiente.

Es decir;

$$\text{Coeficiente} \times \text{Precio minorista} = \text{Precio Mayorista}$$

Teniendo en cuenta esto, con fecha 8 de agosto se publica la Orden de 3 de agosto de 2001 por la que se dispone la publicación de los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 2 de agosto de 2001, sobre tarifas y servicios prestados por TESAU.

En el Anexo III de esta Orden se aprueban “*las tarifas de los nuevos servicios ADSL Minoristas prestados por [TESAU], en centros que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y en bibliotecas públicas consistentes en la aplicación de una reducción del 40 por 100 en las cuotas de abono vigentes para los servicios ADSL Minoristas con carácter general.*”

En resumen, a partir de agosto de 2001, existen dos mecanismos distintos con dos objetivos diferentes pero interrelacionados entre sí.

Por un lado, TESAU para fijar sus precios mayoristas está obligada a hacerlo en base a sus precios minoristas, aplicando, para ello, un coeficiente de reducción. Se fija este mecanismo “*retail minus*” en pro de la competencia efectiva, para evitar que existan 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).

Por otro lado, se aprueba una rebaja en la cuota minorista del 40% cuando el usuario final sea, exclusivamente, o un colegio o una biblioteca pública, con el objetivo “*de contribuir al desarrollo de la sociedad de la información (...), dada la importancia que tiene para el desarrollo de la sociedad de la información que el conocimiento y la familiarización con las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones se produzca desde los primeros años de escolarización*”, literal del Anexo III de la Orden de 3 de agosto.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La existencia o no de relación entre estos dos mecanismos es el tema central de este recurso, es decir, si la rebaja de la cuota minorista para colegios y bibliotecas se traslada, también, a la cuota mayorista.

Por último, hay que tener en cuenta la ORDEN PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por TESAU (en adelante, Acuerdo de 25 de septiembre).

A partir de la entrada en vigor de este Acuerdo, el día 1 de noviembre de 2003, el régimen de precios de los servicios ADSL quedó sometidos al régimen de comunicación previa; de esta manera, TESAU debe comunicar las modificaciones de los precios minoristas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre otros, con al menos 10 días de antelación.

En resumen, desde el día 1 de noviembre de 2003, los precios minoristas del servicio ADSL prestado por TESAU los fija libremente ella misma, debiendo, únicamente comunicar a esta Comisión las modificaciones sobre los mismos.

### **Segundo.- Sobre el conflicto entre EUSKALTEL y TESAU objeto de la Resolución de 6 de mayo de 2005.**

Teniendo en cuenta todo lo anterior, con fecha 29 de de diciembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de EUSKALTEL mediante el cual planteaba ante esta Comisión conflicto de interconexión contra TESAU por no haber atendido ésta la solicitud de EUSKALTEL de aplicar la reducción del 40% al precio del servicio mayorista de acceso indirecto para centros que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y bibliotecas públicas.

Este es el punto de partida de este recurso, un conflicto de acceso entre TESAU y EUSKALTEL por la no aplicación de la reducción del 40% en el precio del servicio mayorista de acceso indirecto.

En la propia resolución recurrida se expone de forma detallada en su Fundamento de Derecho Segundo cuales son las dos cuestiones principales sobre las que versa la resolución recurrida (pág. 5 y ss.):



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“A) En primer lugar, sobre si el descuento del 40% acordado en la Orden de 3 de Agosto de 2001 (Anejo III) para los servicios ADSL minoristas a prestar por TESAU dirigidos a los centros que impartan ciclos de enseñanza obligatoria así como a las bibliotecas públicas, debe o no ser trasladado a su oferta mayorista de acceso indirecto al bucle de abonado Gig ADSL.*

*B) En segundo lugar, y en caso afirmativo, sobre la fecha a partir de la cual dicha reducción a los servicios mayoristas ofertados por TESAU debería de haberse aplicado.*

*Pues bien, ambas cuestiones han sido ya expresa y reiteradamente resueltas por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en diversas Resoluciones y Consultas formuladas al respecto.”<sup>1</sup>*

Esta Comisión resuelve el conflicto entre EUSKALTEL y TESAU mediante la Resolución de 6 de mayo de 2005, declarando, como ya lo ha hecho en otras ocasiones, que TESAU “*está obligada a aplicar la reducción del 40% en los precios que facture a EUSKALTEL por servicio mayorista de acceso indirecto cuando los servicios minoristas de ADSL prestados por EUSKALTEL tengan como usuarios finales a centros de enseñanza y bibliotecas públicas, declarando la efectividad de dicha obligación desde la entrada en vigor de la “Orden de 3 de agosto de 2001” (...), es decir desde las cero horas del 9 de agosto de 2001, o en su caso, y si fuera posterior, desde la fecha de activación de las conexiones para la prestación de servicios ADSL minoristas por EUSKALTEL a los citados centros que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y bibliotecas públicas*”.

Por lo que, esta Comisión, a través de la Resolución de 6 de mayo da respuesta a un conflicto concreto entre dos operadores, EUSKALTEL y TESAU, sobre la existencia o no de una obligación de aplicar la citada rebaja y sobre la fecha en que debería de hacerse efectiva esta rebaja de existir dicha obligación.

Adicionalmente, TESAU alega que la Resolución de 6 de mayo está poco motivada. Afirmando, además, que esta falta de motivación se constituye en una clara situación de indefensión por el hecho de no pronunciarse sobre lo que TESAU considera el fondo del asunto, otra vez, la obligación de venta por debajo de costes. Para fundamentar la falta de motivación y su relación con la indefensión producida, trae a colación distinta y variada Jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, para concluir que efectivamente coexisten ambos.

---

<sup>1</sup> Subrayado de la propia Resolución de 6 de mayo de 2005.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, es necesario precisar estos dos conceptos, *motivación* e *indefensión* para determinar si la Resolución de 6 de mayo está poco motivada causando indefensión a TESAU o no.

Sobre la relación entre ambos conceptos se han pronunciado en numerosas ocasiones tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, así en la siguiente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2004, se resume la doctrina establecida por ambos al respecto:

*“Efectivamente, en el artículo 24.1 de la Constitución ocupa un lugar central, y extraordinariamente significativo, la idea de indefensión, alegada por la entidad recurrente. Como ha expuesto el Tribunal Constitucional (STC 48/1984, de 4 de abril «la interdicción de la indefensión, que el precepto establece, constituye "prima facie" una especie de fórmula o cláusula de cierre» («sin que en ningún caso pueda producirse indefensión»). Como la propia jurisprudencia constitucional señala «la idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica de la que se ha dicho **supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción)**».*

*El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la «esencia de la indefensión, esto es, una **limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción**» (Auto TC 1110/1986, de 22 de diciembre). «En versión más sencilla, el derecho de defensa implica la oportunidad para las partes litigantes de alegar y probar cuanto estimasen conveniente para la defensa de sus tesis en pie de igualdad» (Auto TC 275/1985, de 24.abril).*

*Del mismo modo se ha puesto de manifiesto que las denominadas «irregularidades procesales» no suponen «necesariamente indefensión, si le quedan al afectado posibilidades razonables de defenderse, que deja voluntariamente –por error o falta de diligencia– inaprovechados» (Auto TC 484/1983, de 19 octubre).*

*Por tanto, lo que en el artículo 24.1 «garantiza la Constitución no es la corrección jurídica de todas las actuaciones de los órganos judiciales, sino, estrictamente, la posibilidad misma de acceder al proceso, de hacer valer ante el órgano judicial los*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

propios derechos e intereses, mediante la necesaria defensa contradictoria, y de obtener, en fin, una respuesta judicial fundada en derecho y de contenido no irrazonable sobre la propia pretensión» (STC 41/1986, de 2 abril y Auto TC 914/1987, de 15 junio ).

De igual manera, la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional han delimitado la motivación estableciendo que *“la motivación no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sino que basta que las resoluciones permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, es decir, «la ratio decidendi» que la ha determinado(...).”* (STC 1993/154, 1995/153, STS de 28 de mayo de 2003).

Primeramente cabe concluir, a la vista de la Resolución de 6 de mayo, que ésta se encuentra sobrada y suficientemente motivada, ya que se contiene todo el proceso lógico y jurídico que han llevado a esta Comisión ha pronunciarse en ese sentido. Además, es importante destacar que el criterio que se adopta en esta resolución es el mismo desde el año 2001<sup>2</sup>, siendo explicado y descrito con minucioso detalle por parte de esta Comisión en numerosas ocasiones y, también, en la resolución recurrida.

Por último, tal y como se desprende de la doctrina jurisprudencial, no cabe hablar de indefensión porque, como se ha establecido más arriba, la Resolución resuelve sobre el fondo del asunto. Además, la posible indefensión se rompe con la interposición del propio recurso de reposición ya que esta es su “arma” para desarrollar todos los argumentos que considere oportunos en contra de la Resolución de 6 de mayo.

Para terminar, es importante recordar que de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2003:

---

<sup>2</sup> Contestación a la consulta planteada por BT TELECOMUNICACIONES S.A. sobre la aplicación de los coeficientes para la determinación de los precios mayoristas ADSL a los servicios minoristas prestados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en centros públicos que impartan ciclos de enseñanza obligatoria y en bibliotecas públicas municipales.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“(…) el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo –aun con cierta flexibilidad– de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ámbito sancionador, la falta (...) [de] la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional (...)”*

En base a todo lo expuesto, no cabe hablar de falta de motivación e indefensión producida por la Resolución de 6 de mayo por lo que no se acepta este motivo de impugnación.

**Tercero.- Sobre que esta Comisión obliga a TESAU a vender conexiones mayoristas ADSL a EUSKALTEL a precios inferiores a los costes de establecimiento del servicio.**

TESAU alega a lo largo de todo el recurso que esta Comisión le está obligando a vender por debajo de costes a EUSKALTEL. Asimismo, la recurrente considera que esta Comisión debería tener en cuenta la rentabilidad negativa que obtendría y la subvención cruzada que se produciría si se aplicara el *retail minus* en dichas líneas.

TESAU alega, tanto en el recurso como en el expediente que dio origen a la resolución recurrida, que en la Resolución de 15 de julio de 2004 se establecía el del umbral de rentabilidad en el 19,6%. Así, según TESAU, cualquier ADSL de 24 horas que se comercializara a un precio inferior de 31,41 euros/mes no sería rentable (39,07 euros/mes – 0,196 x 39,07 euros/mes).

Tal y como se determinó en la Resolución de 6 de mayo, el mecanismo para la fijación del precio de los servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle puede realizarse mediante coeficientes o mediante un precio fijo, pero siempre el sistema de cálculo de estos servicios se ha basado en un *retail minus*. Esto es, el precio mayorista del servicio GigADSL no se ha orientado a costes sino en base al precio minorista y a los costes evitables del operador dominante, lo que lo sitúa en un nivel mayor que los costes.

Por tanto, el actual sistema permite un margen positivo a TESAU en la prestación del servicio GigADSL.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al umbral de rentabilidad, alegado por TESAU, cabe recordar lo que ya se estableció en la resolución recurrida. Así, esta Resolución de 15 de julio de 2004, determinaba un porcentaje máximo para promociones con el fin de eliminar prácticas de estrechamiento de márgenes. Así que, la estimación realizada por esta Comisión en aquella ocasión no se basaba en los costes de TESAU sino en los costes de un operador alternativo que adquiriera los servicios mayoristas de este operador.

Es preciso aquí recordar, en este punto, las obligaciones que pesan sobre TESAU, dada la posición de dominio que tiene en el mercado y que, por lo que aquí interesa, se concretan en la prohibición de prácticas de estrechamiento de márgenes y de ventas a pérdida, constituyendo ambas, conductas anticompetitivas que la CMT debe de impedir imponiendo las obligaciones de hacer o no hacer establecidas en las normas sectoriales de aplicación, de acuerdo con el principio de mínima intervención.

El estrechamiento de márgenes se produce cuando, dados los precios mayoristas del operador dominante, una determinada reducción de los precios minoristas que el mismo aplica en un mercado minorista descendente, impiden un beneficio normal a un operador entrante eficiente.

Por lo que se refiere a la venta a pérdidas, la medida apropiada no es otra que la prohibición de la comercialización de las ofertas en cuestión.

Teniendo en cuenta que las ofertas fueron propuestas por la propia TESAU, y no constanding a esta Comisión que las mismas se situaran por debajo de los costes, si se detectó un estrechamiento de márgenes de efectos anticompetitivos, al provocar la imposibilidad de replicarla por operadores que adquirieran los servicios mayoristas de TESAU y, en consecuencia, hizo necesaria la adopción de la medida apropiada y proporcionada, cual era el reajuste, en la misma cuantía de dichos precios mayoristas.

Para terminar, es necesario añadir que de lo alegado por TESAU se deduce que no discrepa de la rebaja del 40% aplicable a colegios y bibliotecas en sí misma; sino que, solamente, cuando este servicio lo presta otro operador al que, además, le ha de proveer el servicio ADSL mediante acceso indirecto. Esto es, TESAU se muestra conforme a incurrir en un margen negativo siempre que sea TESAU el único agente a nivel minorista.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, la obligación de no discriminación en la prestación de servicios de acceso al bucle que pesa sobre TESAU le exige ofrecer a sus competidores servicios a precios equivalentes a los que se presta a sí misma. Por ello el análisis *retail minus* realizado por la Comisión fija como precio mayorista el precio que permite a los competidores eficientes competir en condiciones equitativas, tomando como referencia la cuota minorista de TESAU. Es dicha cuota minorista aplicada por TESAU específicamente a los colectivos mencionados, la que justifica la correspondiente cuota mayorista en aplicación directa de la obligación vigente de no discriminación.

A mayor abundamiento, cabe decir que tal y como se ha establecido en el punto anterior, desde el Acuerdo de 25 de septiembre de 2003, los precios minoristas del servicio ADSL prestado por TESAU, los fija libremente ella misma.

Así las cosas, esta Comisión no está obligando a TESAU a vender por debajo de costes sino que está aplicando distintos coeficientes de reducción sobre sus precios minoristas.

Simplemente, esta Comisión vigila que en el mercado donde actúa exista una competencia real y efectiva, que se pretende conseguir en el mercado de acceso indirecto a través de la vinculación entre los servicios minoristas y los precios mayoristas (resultado de aplicar un coeficiente a la cuota minorista). Según se establece en la resolución recurrida, *"el precio mayorista del servicio GigADSL no se ha orientado a costes sino en base al precio minorista y a los costes evitables del operador dominante"*, es decir, se ha basado en un mecanismo de *retail minus*.

Por todo esto, no se puede afirmar tal y como hace TESAU, que esta Comisión le esté obligando a vender por debajo de costes.

### **Cuarto.- Sobre la anulabilidad de la Resolución de 6 de mayo de 2005 por infringir distintas normas.**

TESAU basa todo su recurso en el hecho de que según ella se le esta obligando a vender por debajo de coste infringiendo así tanto la LGTel, el Reglamento de Mercados y la Orden de 3 de agosto.

En este punto cabe decir que tal y como ya se ha establecido más arriba esta Comisión no está obligando a TESAU a vender por debajo de costes ni a subvencionar a la competencia, sino que en base al principio de no discriminación y





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

en aras de una competencia perfecta se le obliga a aplicar el mismo descuento (40%) que realiza sobre la cuota minorista cuando va a prestar el servicio a colegios y bibliotecas, que a las cuotas mayoristas cuando los otros operadores prestan el servicio, también, a colegios y bibliotecas.

En definitiva, distinta cuota minorista, distinta cuota mayorista, aunque todas ellas se encuentren relacionadas por medio de la aplicación de distintos coeficientes reductores.

Teniendo presente este hecho, la Resolución de 6 de mayo de 2005 no infringe ninguna norma por el hecho de estar fomentando la venta por debajo de costes. No existe tal obligación, por lo cual tampoco existe ninguna infracción. No cabe hablar de anulabilidad de la Resolución de 6 de mayo.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### **RESUELVE**

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA de ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de esta Comisión de fecha 6 de mayo de 2005, por la que se resuelve el conflicto de acceso entre EUSKALTEL, S.A. y TELEFÓNICA de ESPAÑA, S.A.U. como consecuencia de la no reducción del precio del servicio mayorista de acceso indirecto contratado por EUSKALTEL a TELEFÓNICA de ESPAÑA para la prestación de servicios ADSL a centros que imparten ciclos de enseñanza obligatoria y bibliotecas públicas.

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



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

artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de 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