



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, en sustitución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), 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 14/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de abril de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICION INTERPUESTO POR R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. Y R CABLE Y TELECOMUNICACIONES CORUÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN EN EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO CON RESPECTO A LA OFERTA PRESENTADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. AL SERVICIO GALLEGO DE SALUD POR LA QUE SE ACUERDA DAR POR FINALIZADO EL MISMO

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por las entidades R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. y R CABLE Y TELECOMUNICACIONES CORUÑA, S.A. (en adelante, RCABLE) contra la citada Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de mayo de 2004, el Consejo de esta Comisión ha adoptado, en su sesión núm. 14/06, del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución del día 20 de abril de 2006, recaída en el expediente AJ 2004/1124.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha 13 de mayo de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución que ponía fin al trámite de información previa iniciado con respecto a la oferta presentada por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) al Servicio Gallego de Salud (en adelante, SERGAS). Dicha Resolución resolvía lo siguiente;

“Único.- Dar por concluido el presente trámite de información previa (DAEM 2004/655) sin iniciar procedimiento administrativo al respecto por no apreciarse indicios de que la oferta presentada por Telefónica de España, S.A.U. al concurso convocado por el Servicio Gallego de Salud por el procedimiento abierto para la contratación de un servicio de telefonía fija para los centros dependientes de dicho organismo (expediente S-351-2003) incurra en un incumplimiento de la normativa de telecomunicaciones y de defensa de la competencia aplicable.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- En fecha 21 de junio de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Don Juan Manuel Sánchez Padrós, que en nombre y representación de la entidad RCABLE, interpuso recurso potestativo de reposición contra la anterior Resolución.

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

- 1. Que la Resolución de 13 de mayo de 2004 es nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 62.1.e. 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 del artículo 84 de la LRJPAC.**

La parte recurrente considera que esta resolución es nula de pleno derecho en virtud de lo establecido en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, al entender que ha sido dictada *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*. RCABLE afirma que en el trámite de información previa que ha dado lugar a la Resolución recurrida, esta Comisión no procedió a la apertura del correspondiente trámite de audiencia, recogido en el artículo 84 de la LRJPAC, como trámite previo a la emisión de dicha resolución.

Por otra parte, la recurrente alega que dicho trámite es una garantía constitucional recogida en el artículo 105, apartado c) de la Constitución Española, que implica la necesidad de dar participación al interesado en el procedimiento antes de que el órgano correspondiente dicte la respectiva resolución, con la finalidad de que este tenga la oportunidad de examinar el expediente, formular alegaciones y presentar los documentos que estime oportunos.

RCABLE plantea que la resolución que ahora recurre se ha dictado *“atendiendo únicamente a los pliegos del Concurso convocado por el SERGAS, a la oferta de TESAU a dicho concurso y a un análisis de emulabilidad conceptualmente erróneo en su proceder y en su contenido, y alejado de la totalidad del criterio adoptado de forma reiterada por esa Comisión en resoluciones precedentes”*. Al no haberse dado audiencia, alega que no ha podido demostrar los errores conceptuales que existen en el análisis realizado. Todo ello le ha causado graves perjuicios que hace que la omisión del trámite de audiencia no se pueda subsanar con la interposición del recurso.

- 2. Que, subsidiariamente, la Resolución de 13 de mayo de 2004 es anulable de conformidad con el artículo 63 de la LRJPAC por infracción del artículo 84 de la LRJPAC.**

RCABLE solicita que, en defecto de su declaración de nulidad (alegación 1ª), se declare la anulabilidad de la Resolución de 13 de mayo de 2004 en virtud del artículo 63.2 de la LRJPAC que establece que serán anulables los actos que carezcan de los *“requisitos*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”.

RCABLE alega que con la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento que ha dado lugar a la Resolución recurrida, que debe ser considerado como un trámite excepcionalmente esencial, se le ha causado una grave indefensión que no puede subsanarse por la interposición del presente recurso.

En el presente recurso, RCABLE se propone demostrar el carácter irreplicable de la oferta de TESAU presentada al concurso, análisis que hubiese presentado si esta Comisión hubiera procedido a la apertura del trámite de audiencia correspondiente.

3. Que, subsidiariamente, la Resolución de 13 de mayo de 2004 es anulable de conformidad con el artículo 63 de la LRJPAC por infracción del artículo 54.1 de la LRJPAC.

El artículo 54.1.c) establece que *“serán motivados los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes”*. RCABLE alega que la Resolución de 13 de mayo de 2004 es anulable de acuerdo con el artículo 63 que establece que serán anulables *“los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico incluso la desviación de poder”*.

Según RCABLE, el artículo 54 de la LRJPAC obliga a la Administración a expresar las razones por las que se dicta el acto administrativo. Esta explicación debe tener la amplitud necesaria para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto y poder, en su caso, basar posteriormente la defensa de sus derechos e intereses (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1982, de 16 de junio). La motivación, además, debe ser racional y suficiente.

RCABLE alega que la Resolución de 13 de mayo se aparta de actuaciones precedentes de la Comisión en la elaboración del análisis de emulabilidad. RCABLE pone de manifiesto, tal y como se reproduce a continuación, su disconformidad con el punto de partida de dicho análisis, con su desarrollo y con su fin. Así, RCABLE alega que la Resolución recurrida se aparta de actuaciones anteriores y por tanto incurre en anulabilidad, porque:

l) La Resolución considera sin motivación alguna como punto de partida para efectuar el análisis de emulabilidad de la oferta de TESAU al concurso convocado por el SERGAS, el presupuesto de licitación ofrecido por este organismo y no el precio de la oferta de TESAU, tal y como esa Comisión ha venido realizando en resoluciones precedentes.

RCABLE alega que el punto *“III.4 Con respecto a la emulabilidad de la oferta presentada por TESAU al SERGAS”* de la Resolución recurrida, determina que el punto de partida del análisis de emulabilidad realizado es el presupuesto de licitación establecido por el SERGAS y no la concreta oferta económica presentada por TESAU a dicho concurso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, RCABLE alega que en actuaciones anteriores¹, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realizó los correspondientes análisis de emulabilidad de las distintas ofertas presentadas por TESAU partiendo del precio que ésta efectivamente ofreció a la correspondiente Administración Pública como cliente final. Todo ello para comprobar si existe o no un margen suficiente y razonable entre los precios que TESAU aplica en el mercado mayorista y las tarifas que la propia TESAU estaría en tal caso aplicando a un determinado cliente final (precios minoristas). Es decir, comprobar si los operadores alternativos podrían o no concurrir con TESAU presentando idénticas ofertas de servicios a los usuarios sin que ello les condujese a incurrir en pérdidas económicas.

La recurrente afirma que la Resolución de 13 de mayo de 2004 se aparta injustificadamente de este criterio, al hacer uso, en el análisis de emulabilidad realizado, del presupuesto de licitación establecido por el SERGAS y no de la concreta oferta económica presentada por TESAU a dicho concurso.

II) La Resolución infringe el artículo 54 de la LRJPAC al seguir un procedimiento para el análisis de emulabilidad que se aparta, sin motivación alguna, del seguido reiteradamente en Resoluciones precedentes de esa Comisión.

En la Resolución recurrida en su punto “III.4 Con respecto a la emulabilidad de la oferta presentada por TESAU al SERGAS” se analiza en qué medida la oferta de TESAU podría no resultar emulable por parte de sus competidores, estableciendo que, “*en caso de que la oferta presentara problemas de emulabilidad en su conjunto o en alguno de los elementos que la integran, sería necesario proceder a definir los mercados relevantes afectados y la posición de TESAU en ellos, con el objeto de dilucidar si existiendo posición de dominio de TESAU podría considerarse que la oferta presentada constituye un abuso de la misma.*”

RCABLE señala que la manera habitual de proceder de esta Comisión² ha sido determinar en primer lugar, los mercados de referencia afectados por esa conducta, a continuación, precisar la posición de dicho operador en los citados mercados y, en el caso de que éste ostente posición de dominio, calificar la conducta a la luz del derecho de la competencia para, finalmente, ordenar al operador implicado, en su caso, el cese de la conducta o imponerle las obligaciones oportunas.

RCABLE señala que con la Resolución de 13 de mayo, esta Comisión se separa del procedimiento habitual utilizado por esa Comisión para el análisis de prácticas eventualmente anticompetitivas ya que no define los posibles mercados afectados por una posible conducta anticompetitiva ni tampoco determina la posición de TESAU en los mismos.

¹ Resolución de 17 de octubre de 2002, Resolución de 7 de noviembre de 2002, Resolución de 27 de febrero de 2003 y Resolución de 12 de junio de 2003.

²A modo de ejemplo, las Resoluciones adoptadas por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en los siguientes expedientes: Expediente 2001/5678, Expediente 2002/6634, Expediente 2002/7330 o en el Expediente 2001/5076.

RCABLE hace mención especial a la Resolución de 17 de octubre de 2002 de esta Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III) La Resolución infringe el artículo 54 de la LRJPAC al ser una resolución que finaliza un trámite de información previa y no un expediente administrativo, tal y como esa Comisión ha venido realizando reiteradamente, apartándose así, de nuevo, de actuaciones precedentes de esta Comisión.

La Resolución de 13 de mayo de 2004 pone fin a un periodo de información previa. RCABLE alega que en casos³ similares a este que nos ocupa, relativos todos ellos a ofertas de TESAU en concursos convocados por distintas Administraciones públicas, esta Comisión abrió los correspondientes procedimientos administrativos y no, como en este caso, un periodo de información previa.

RCABLE señala que si se hubiesen tomado en consideración los datos aportados por ella a esta Comisión, así como un análisis de emulabilidad que siguiese el criterio tradicional adoptado por esta Comisión, es decir, tomando como referencia el precio de la oferta de TESAU al SERGAS, habrían existido indicios suficientes y precisos para motivar la incoación del correspondiente procedimiento administrativo y, en su caso, la adopción de las medidas oportunas.

4. Que, subsidiariamente, la Resolución de 13 de mayo de 2004 es anulable de conformidad con el artículo 63 de la LRJPAC por infracción del artículo 3 de la LRJPAC.

4.1.) Quebrantamiento del principio de confianza legítima como expresión del principio de seguridad jurídica.

RCABLE alega que el principio de confianza legítima constituye una expresión del principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, ya que, alega RCABLE, *“la finalidad de dicho principio es proteger la relación de confianza de los ciudadanos en la normal actuación de las instituciones públicas tal y como está previsto en el ordenamiento jurídico, y en el conocimiento anticipado de las consecuencias jurídicas de sus actos”*.

RCABLE afirma que el principio de confianza legítima hace referencia a la seguridad que tienen los ciudadanos en que la actuación de la Administración no puede ser alterada arbitrariamente (STS de 15 de noviembre de 1999).

Principios, confianza legítima y seguridad jurídica, que se rompen con la Resolución dictada por la Comisión que, según RCABLE, ha alterado, sin motivo aparente o justificado, sus criterios y su forma de actuación en el procedimiento seguido para la adopción de dicha resolución.

³ Ayuntamiento de Pontevedra (Expediente 2002/6967), Ayuntamiento de Santiago de Compostela (Expediente 2003/268) y la Generalitat de Cataluña (MTZ 2002/5774).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.2.) Omisión del deber de eficacia en la actuación de la Administración.

La Constitución Española, en su artículo 103.1, garantiza el sometimiento de la actuación de las Administraciones Públicas al principio de eficacia, estableciendo que *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”*.

La LRJPAC recoge este mandato constitucional y así, el artículo 3 establece como principio general que rige la actuación de las Administraciones Públicas este deber de eficacia, en los mismos términos que lo hace la Constitución.

RCABLE afirma que mediante la Resolución de 13 de mayo de 2004, esta Comisión infringe el deber de eficacia al que está sometida su actuación ya que, primero, se aparta del criterio adoptado en actuaciones precedentes sin motivación racional, suficiente y adecuada a la complejidad de la cuestión planteada y, segundo, en cuanto al análisis en sí mismo porque es conceptualmente erróneo su punto de partida y su posterior desarrollo.

En definitiva, RCABLE afirma que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha incurrido en una infracción del deber de eficacia previsto en el artículo 3 de la LRJPAC, en base a las siguientes razones:

1) La Comisión incumple su deber de eficacia al aceptar en el análisis de emulabilidad contenido en la Resolución la existencia de compensación entre partidas presupuestarias que están específicamente separadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de telefonía fija para los centros dependientes del SERGAS (costes fijos y de tráfico).

Alega RCABLE que el Pliego del concurso convocado por el SERGAS, en su cláusula 3.2.1., establece específicamente una clara separación entre dos partidas presupuestarias, al señalar que *“...el precio de los servicios contratados se estructurará en dos partes: a) Coste Fijo Anual; b) Tarifas de tráfico telefónico”*.

Alega RCABLE que en la Resolución recurrida se acepta una posible existencia de subvenciones cruzadas entre una y otra partida lo que constituye una falta de transparencia en el citado análisis, apartándose del régimen de regulación de precios que le es aplicable a TESAU. Asimismo, esto resultaría contrario a las prácticas que, en materia de contratación administrativa, la Comisión ha recomendado⁴ a las Administraciones Públicas.

⁴ “Informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la contratación administrativa de servicios de telecomunicaciones. Relación de buenas prácticas” aprobado mediante Resolución del Consejo de la Comisión, de 13 de febrero de 2003, en el marco del expediente AJ 2003/0066.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RCABLE alega que la compensación de estas partidas presupuestarias no es un criterio sólido sobre el que sustentar el análisis de emulabilidad de la oferta de TESAU ya que existe una gran incertidumbre respecto del margen que podría atribuirse a la partida de “tráfico telefónico”, mientras que en la partida de “costes fijos” no existe esta incertidumbre.

II) La Comisión incumple su deber de eficacia al tomar como punto de partida en el análisis de emulabilidad el importe total máximo del pliego y no el precio de la oferta de TESAU.

Para la recurrente resulta improcedente que el análisis incluido en la Resolución de 13 de mayo de 2004 se base en la comparación de los costes con el precio máximo de licitación y no con la oferta económica efectivamente realizada por TESAU al SERGAS.

La oferta de TESAU debería ser objetivamente emulable, esto es, permitir que un operador alternativo que contratara los servicios mayoristas de TESAU de acuerdo con la información ofrecida en el Pliego estuviera en condiciones de presentar una oferta idéntica a la realizada por TESAU, sin que tal oferta incurriese en pérdidas.

III) La Comisión incumple el deber de eficacia al que esta sometida al realizar un análisis de emulabilidad erróneo con respecto a la partida correspondiente al “coste fijo anual”. Inclusión del análisis de emulabilidad de esta partida.

RCABLE afirma que el análisis de emulabilidad de la partida correspondiente a lo que el Pliego del concurso denomina “cuotas fijas” y que la Resolución recurrida identifica con los epígrafes B y C, contiene multiplicidad de errores, previendo cual ha sido su impacto en el conjunto del análisis de emulabilidad realizado. Asimismo, plantea un análisis de emulabilidad alternativo.

1.- Análisis de los costes asociados a la red de acceso a la red telefónica conmutada desde las dependencias del SERGAS.

La oferta de TESAU presentada para el acceso a la red telefónica conmutada desde cada una de las dependencias del SERGAS se basa íntegramente en líneas RDSI, utilizando tanto Accesos Básicos (BRAs) como Accesos Primarios (PRAs). De acuerdo con el informe técnico elaborado por el SERGAS, la oferta de TESAU contemplaría la instalación de un total de 596 BRAs y 51 PRAs en el conjunto de las dependencias del SERGAS.

En cuanto al análisis de emulabilidad seguido por esta Comisión para que un operador alternativo implementara ese mismo número de accesos BRAs y PRAs en las dependencias del SERGAS, en el marco del peor escenario posible, la conexión de la red corporativa del SERGAS a la red telefónica conmutada se realizaría utilizando circuitos de 2 Mbps para constituir físicamente cada uno de esos accesos. Así, la Comisión toma como referencia un coste de 1.888,36 euros de alta y 120,28 euros/mes para cada circuito de 2 Mbps, siguiendo los precios en la vigente OIR, que son sin IVA. El importe total



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

trianual que obtiene esta Comisión para los costes asociados a la red de acceso es de 564.219,79 euros, contemplando las cuotas recurrentes y no recurrentes.

En opinión de RCABLE, este análisis contiene un grave error de concepto e incorpora una simplificación en la estimación del coste de los accesos BRA. Señala la recurrente que el análisis realizado por la Comisión es inconsistente ya que emplea el precio OIR de los circuitos de 2 Mbps, que es un precio sin IVA, para calcular el margen existente con respecto al importe total del concurso, que es un precio con IVA, por lo que se obtiene una cifra distorsionada del margen entre precios y costes.

La recurrente procede a explicar cuales son los errores cometidos por esta Comisión en su análisis de costes de la red de acceso a la red telefónica desde la red corporativa del SERGAS, establecer el impacto que tiene estos errores en la estimación de costes totales de esta parte de la red y, finalmente, plantear un análisis alternativo.

a) Estimación de los costes de la dotación de Accesos Primarios RDSI (PRAs) a implantar en las dependencias del SERGAS.

RCABLE alega que el primer error cometido por esta Comisión ha sido la estimación de los costes de los 51 accesos PRA a instalar en las dependencias del SERGAS. La Comisión ha tomado como base el precio establecido en la vigente OIR para los circuitos de 2 Mbps correspondientes al “Servicio de Conexión”.

RCABLE indica que es la propia OIR la que define el “Servicio de Conexión” como la provisión de capacidad portadora entre la central de interconexión de circuitos de TESAÚ y el punto de interconexión de circuitos situado en la central frontera del operador interconectado. RCABLE explica que de acuerdo con este concepto se trataría de circuitos de 2 Mbps destinados a constituir Puntos de Interconexión entre la red de TESAÚ y la red de un tercero, lo que no constituye la finalidad de los circuitos a instalar en las dependencias del SERGAS, que pretenden destinarse a proporcionar acceso a la red telefónica desde las dependencias de un concreto cliente final, el SERGAS.

Así que para cubrir esa finalidad, esta Comisión tendría que haber tenido en cuenta el precio establecido en la OIR para los circuitos de 2 Mbps correspondientes al servicio de “Enlace a Cliente” ya que se trata de la provisión de circuitos en el domicilio del cliente y no de circuitos destinados a la constitución de un Punto de Interconexión entre las redes de distintos operadores, no siendo en absoluto relevante el precio de los circuitos correspondientes al “Servicio de Conexión”.

Alega RCABLE que esto supone un grave error por parte de la Comisión ya que los precios OIR para los dos conceptos son sustancialmente diferentes, lo que ha influido en el análisis de emulabilidad realizado.

Así que RCABLE procede a realizar la estimación de los costes en los que incurriría un operador alternativo que quisiera proveer al SERGAS de 51 PRAs en sus dependencias, para ello tiene en cuenta todas las opciones posibles, escogiendo para el análisis de replicabilidad la de menor coste.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OPCIÓN 1.- Contratar con TESAU circuitos dedicados de 2 Mbps conforme a precios mayoristas para constituir sobre ellos los accesos PRA.

Esta es la opción elegida por la Comisión en su análisis pero, según RCABLE, sus resultados son erróneos ya que ha utilizado un precio equivocado para los circuitos de 2 Mbps necesarios para implementar los accesos PRA.

Desde un punto de vista técnico, esta opción consiste en conectar las dependencias de un determinado cliente final, el SERGAS, a la central de conmutación del operador alternativo, el cual tendría que habilitar sobre dicho circuito el protocolo RDSI para establecer físicamente el PRA.

El operador alternativo proporcionaría la numeración y los servicios suplementarios asociados a la línea PRA del cliente final, mientras que TESAU proporcionaría únicamente la capacidad portadora entre las ubicaciones geográficas origen (dependencias del SERGAS) y destino (central de conmutación del operador alternativo) de cada uno de los circuitos suministrados.

El coste para el operador alternativo sería el precio que le cobraría TESAU por la provisión de este circuito, establecido en el apartado "3.7.2. del Anexo 2" de la OIR donde se establece una tabla de precios por el servicio de "Enlace a Cliente" que consta de una cuota de alta y de una cuota mensual establecidas en función de la longitud del enlace.

RCABLE, teniendo en cuenta las longitudes de los enlaces necesarios para conectar a la red telefónica conmutada las distintas dependencias del SERGAS, los precios OIR para los enlaces y el número de PRAs a constituir, establece los costes en los que incurriría un operador alternativo:

- Número de accesos: 51
- Cuota de alta: 35.261 euros
- Cuota mes: 36.502 euros
- Coste trianual: 1.349.333 euros

RCABLE destaca que esta cifra es el 425% de la obtenida por esta Comisión en su análisis, poniendo de relieve el error cometido por ésta.

OPCIÓN 2.- Contratar directamente con TESAU la provisión de los necesarios accesos PRA, con arreglo a la oferta minorista, y emplear la modalidad de acceso indirecto para proporcionar el servicio a cliente final.

En esta opción, la central pública de conmutación utilizada sería la de TESAU que es quien, además, proporcionaría la numeración y los servicios suplementarios asociados a la línea física, el operador alternativo suministraría el servicio telefónico al cliente final mediante la modalidad de acceso indirecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RCABLE para la estimación de los costes, toma como referencia las tarifas minoristas de TESAU para los accesos PRA de RDSI, así el precio minorista de un PRA contempla:

- Número de accesos: 51
- Cuota de alta: 3.606,07 euros
- Cuota mes: 342,58 euros
- Coste trianual: 812.886,45 euros

RCABLE destaca que esta cifra es el 256% de la obtenida por esta Comisión en su análisis, poniendo de relieve el error cometido por ésta.

b) Estimación de los costes asociados a la dotación de Accesos Básicos RDSI (BRAs) a implantar en las dependencias del SERGAS.

RCABLE alega que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el análisis que realiza en la Resolución recurrida, parte de que la provisión de los accesos BRA podría realizarse por un operador alternativo, usando circuitos de 2Mbps, y en el análisis de costes asigna a cada BRA la quinceava parte del coste de un circuito de 2 Mbps.

En opinión de la recurrente, el coste estimado por la Comisión para cada BRA no se corresponde con ninguna de las opciones que, en la práctica, se encuentran al alcance de los operadores alternativos por lo que, afirma, el análisis realizado por esta Comisión resulta completamente inapropiado para determinar la replicabilidad de la oferta de TESAU.

RCABLE procede a determinar los costes en los que incurriría un operador alternativo que quisiese emular la oferta de TESAU para ello tiene en cuenta todas las opciones posibles, escogiendo para el análisis de replicabilidad la de menor coste.

OPCIÓN 1.- Contratar con TESAU circuitos dedicados nx64 Kbps, conforme a precios mayoristas, para constituir sobre ellos accesos BRA completamente funcionales haciendo uso de los recursos de red propios del operador alternativo.

Esta es la opción elegida por la Comisión en su análisis pero, según RCABLE, sus resultados son erróneos ya que ha utilizado un precio equivocado para los circuitos.

RCABLE señala que la oferta de TESAU contempla 596 accesos BRA que se suponen repartidos de la manera más uniforme por las 297 ubicaciones geográficas existentes. Por lo que se cubrirían 78 ubicaciones con un único BRA y 219 ubicaciones con dos BRAs. Dado que cada BRA se compone de 2 canales de 64 Kbps, se necesitarían 78 circuitos dedicados de 128 Kbps y 219 circuitos de 256 Kbps. Teniendo en cuenta los precios OIR, se obtiene⁵:

- Precio de un circuito de 128 Kbps:

⁵ En la estimación de costes realizada por RCABLE, ésta parte de la hipótesis más conservadora posible y supone una longitud de 0 Km. siendo el escenario de menor coste para el operador alternativo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Cuota de alta: 501,07 euros
- Cuota mensual: 94,38 euros
- Precio de un circuito de 256 Kbps:
 - Cuota de alta: 928,35 euros
 - Cuota mensual: 94,38 euros

RCABLE obtiene un coste trianual de 1.424.544,27 euros considerando las cuotas recurrentes y no recurrentes de los circuitos a contratar por un operador alternativo que quisiese emular la oferta presentada por TESAU.

OPCIÓN 2.- Contratar directamente con TESAU los accesos BRA, conforme a su oferta minorista, y emplear la modalidad de acceso indirecto para proporcionar el servicio telefónico al cliente final.

En esta opción, TESAU proporcionaría la numeración y los servicios suplementarios asociados a la línea física y el operador alternativo cursaría el tráfico telefónico mediante acceso indirecto.

RCABLE para la estimación de los costes, toma como referencia las tarifas minoristas de TESAU para los accesos BRA:

- Cuota de alta: 86,77 euros
- Cuota mes: 30,77 euros
- Coste trianual: 711.916,04 euros

RCABLE destaca que el SERGAS exige determinados parámetros de calidad que representarían un coste adicional para un operador alternativo, que aumentarían ese coste total final.

c) Estimación de los costes asociados a la provisión de la facilidad de marcación directa (DDI) a las extensiones telefónicas internas del SERGAS.

El Pliego de Prescripciones Técnicas del concurso establece que el SERGAS puede exigir al adjudicatario, sin coste adicional, la facilidad de marcación directa (DDI) para todas las extensiones telefónicas ubicadas en los centros dependientes de él.

RCABLE alega que TESAU no cuenta con una oferta mayorista para la facilidad DDI para los accesos RDSI por lo que se aplicarían, en todo caso, tarifas minoristas. Suponiendo, en el marco de la hipótesis más conservadora posible, que el 80% de las extensiones se encuentran en centralitas conectadas a la red telefónica conmutada haciendo uso de PRAs:

- Número de extensiones: 17.762
- Cuota de alta: 1,64 euros
- Cuota mensual: 1,64 euros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Coste Trianual: 107.779,82 euros

RCABLE, añade que si la opción técnica fuese la de contratar todos los accesos BRAs de acuerdo con la oferta minorista de TESAU y que el SERGAS demandase para el 50% de sus extensiones esta facilidad, supondría un coste adicional trianual de 538.899,08 euros.

d) Resumen de los componentes de coste correspondiente a la red de acceso a la red telefónica conmutada.

RCABLE concluye que los costes correspondientes a la constitución de la red de acceso telefónica desde las dependencias del SERGAS ascienden a 2.063.701,57 euros, obteniendo la Comisión el 27,3% de dicha cifra en su análisis.

2.- Análisis de los costes de la red de acceso a la red troncal del SERGAS.

Según el análisis realizado por la Comisión:

- Cuota de alta: 31.892 euros
- Cuota mensual: 4.641,14 euros
- Coste trianual: 198.973,18 euros

RCABLE procede a realizar una estimación de costes señalando los errores que a su juicio ha cometido esta Comisión en su análisis pero, señala, que en la Resolución recurrida los cálculos para establecer los costes antes mencionados han sido declarados confidenciales por lo que para establecer su análisis se han basado en el Informe Técnico elaborado por el SERGAS (Anexo 1).

Así, ha podido saber que TESAU en su oferta establece 191 ubicaciones, con 180 ubicaciones remotas que se encontrarían conectados entre sí y con los grandes complejos hospitalarios mediante circuitos dedicados con capacidades de 2 Mbps y nx64 Kbps. Respecto a este punto, la recurrente señala que en el análisis realizado por la Comisión no se han tenido en cuenta la totalidad de los circuitos que serían precisos para constituir esta parte de la red y dotarla de las prestaciones ofrecidas por TESAU. RCABLE se plantea la necesidad de añadir 8 circuitos de 2Mbps en donde se agregarían todos los circuitos de acceso.

RCABLE para realizar el análisis de los costes relevantes de la red de acceso a la red troncal del SERGAS, parte de una hipótesis conservadora en sus elementos:

- Ubicaciones: 191
- Distancia media entre los centros: 7, 20 Km.
- Precios OIR para los circuitos correspondientes al Servicio "Enlace a Cliente"
coste trianual: 886.376,26 euros
- Coste trianual de 8 circuitos de 2Mbps: 122.846,20 euros

RCABLE estima que el importe total de los costes trianuales en los que incurriría un operador alternativo asciende a 1.009.222,66 euros y destaca que el importe obtenido por la Comisión supone un 20% de éste.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.- Análisis de los costes asociados a la red troncal del SERGAS.

TESAU ofrece la conexión entre sí de los 11 centros principales del SERGAS a los cuales se conectarían el resto de las dependencias remotas para conformar la red corporativa. Por tanto, en los centros principales coexistirían circuitos pertenecientes a la red de acceso a la red troncal y circuitos pertenecientes a la red troncal propiamente dicha.

La Resolución recurrida establece que la transmisión de datos entre los 11 centros se realizaría a través de la red IP de TESAU constituyendo dentro de ésta una red privada virtual para el SERGAS.

RCABLE alega que lo que realmente ofrece TESAU es la instalación de una auténtica red privada de alta velocidad tipo GigaBit Ethernet con capacidad dedicada entre los 11 centros principales de la red corporativa, y no, como establece la Comisión, la creación de una red privada virtual soportada sobre la red IP de TESAU.

RCABLE plantea un análisis de los costes relevantes de la red troncal del SERGAS basándose en un contrato entre éste y [CONFIDENCIAL], lo que le hace afirmar que el coste total para el periodo trianual excede en 4.226.266,6 euros de la estimación de costes realizada por la Comisión para la solución de red privada virtual sobre la red IP de TESAU.

4.- Análisis de otros costes asociados al proyecto del SERGAS.

La recurrente alega que la Comisión en la Resolución de 14 de mayo de 2004 no ha tenido en cuenta ningún otro coste asociado al proyecto planteado por el SERGAS, así que, a continuación, RCABLE plantea determinados conceptos que considera relevantes a la hora de calcular el coste total.

a) Costes de circuitos de 2 Mbps para la conexión entre centralitas (PABXs).

RCABLE de acuerdo con el Informe Técnico del SERGAS (Anexo 1) alega que la oferta de TESAU incluye una serie de circuitos E1 que se extenderían entre diferentes edificios del SERGAS, que tendrían por finalidad unir en red las respectivas PABXs existentes en sus dependencias. RCABLE estima que el coste total trianual de este concepto asciende a 233.617,32 euros.

b) Inversión en equipamiento de transmisión de datos.

RCABLE de acuerdo con el Informe Técnico del SERGAS (Anexo 1) alega que TESAU incluye en su oferta una dotación de equipos de datos (*routers*). La recurrente estima el coste asociado a estos equipos, suponiendo que un operador alternativo obtuviese un descuento del 30%, en 143.142,69 euros. Importe que, además, tiene que imputarse completo ya que el SERGAS en el Pliego del concurso establece que los equipos que se instalen por el adjudicatario pasarán a ser titularidad del SERGAS una vez finalizado el periodo de vigencia del contrato.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

c) Inversión en equipamiento de telefonía IP y pasarelas con planta instalada.

La oferta de TESAU en este punto incluye la dotación de centralitas en 142 centros, marcados como obligatorios por el SERGAS en el Pliego del concurso, y 49 centros más (total, 191 centros). RCABLE estima el coste de la inversión en centralitas en [euros CONFIDENCIAL].

d) Coste de mantenimiento del equipamiento de telefonía IP.

RCABLE alega que el SERGAS en el Pliego del concurso determina unos requerimientos de mantenimiento bastante estrictos ya que exige un tiempo de resolución de incidencias máximo de 1,5 horas.

La recurrente estima en base a una hipótesis conservadora que el precio de adquisición del equipamiento de telefonía a instalar en los centros de inclusión obligatoria en la red corporativa del SERGAS sería de 2.604.783,43 euros, concluyendo que el coste estimado de mantenimiento de todo este equipamiento durante todo el periodo trianual ascendería a la cantidad de 1.094.009,04 euros.⁶

e) Coste del equipo humano asignado a la implantación del proyecto.

RCABLE estima que los costes en los que incurriría TESAU ascenderían a 253.750 euros.

5.- Resumen de los costes que corresponderían a la partida de “cuotas fijas” contemplada en el pliego del concurso.

En el análisis de emulabilidad alternativo que realiza RCABLE, el coste acumulado de la partida de “cuotas fijas” establecida por el Pliego del concurso, suma en total [euros. CONFIDENCIAL].

6.- Cálculo del margen existente entre los costes y el precio ofertado por TESAU para la partida de “Cuotas Fijas” contemplada en el Pliego del concurso.

RCABLE, tomando cifras sin IVA y para el periodo trianual, establece que:

- Precio ofertado por TESAU: 2.102.027,59 euros
- Costes estimados: [euros CONFIDENCIAL]
- MARGEN: [euros CONFIDENCIAL]

RCABLE concluye que el margen es fuertemente negativo, ningún operador alternativo que quisiese emular la oferta presentada por TESAU podría hacerlo sin incurrir en pérdidas de acuerdo con sus resultados.

⁶ Para el cálculo del coste de mantenimiento, RCABLE aplica un porcentaje del 14% anual sobre el precio de adquisición de los equipos objeto de mantenimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

7.- Cálculo del margen entre los costes y el precio ofertado por TESAU para la partida de “Tráfico Telefónico” contemplada en el Pliego del concurso.

RCABLE calcula el margen positivo que podría obtener un operador alternativo que quisiera replicar la oferta de precios finales presentada por TESAU al SERGAS, teniendo en cuenta los precios de interconexión correspondientes para poder cursar el tráfico telefónico. Para ello tiene en cuenta el volumen y la distribución de tráfico que se especifica en el Pliego del concurso.

- *Ingresos y Costes de interconexión asociados al tráfico telefónico con destino a números geográficos y a redes móviles.*

RCABLE estima que el ingreso trianual de TESAU por este concepto asciende a 3.054.436,71 euros con el IVA incluido, añadiendo que sin IVA asciende a 2.633.135,09 euros.

La recurrente para calcular los costes de interconexión en los que incurriría un operador alternativo plantea dos escenarios alternativos:

* Suponiendo que todo el tráfico se cursa en acceso indirecto. Para evaluar este escenario, se ha supuesto interconexión local en toda Galicia, mientras que las llamadas interprovinciales las divide al 50% entre las que tienen destino Galicia (terminación local) y fuera de Galicia (terminación de tránsito doble). Obteniendo un coste total de [euros CONFIDENCIAL]

* Suponiendo que todo el tráfico se cursa en acceso directo, es decir, que considera sólo los costes de interconexión por terminación de llamadas (sin contemplar costes por acceso). Obteniendo un coste total de [euros CONFIDENCIAL]

RCABLE obtiene un margen máximo para un operador alternativo de [euros CONFIDENCIAL], un [CONFIDENCIAL] sobre los ingresos.

- *Ingresos y costes de interconexión asociados al tráfico con destino “Otros números telefónicos”⁷.*

RCABLE estima estos conceptos en base a una cesta de clientes propios aplicando las tarifas vigentes. De esta manera calcula que el ingreso total de TESAU para el periodo trianual sería de [euros CONFIDENCIAL] que se corresponde con un coste de interconexión de [euros CONFIDENCIAL].

Con todos los cálculos planteados por RCABLE, el margen que atribuye a TESAU es de 1.135.473,06 euros.

⁷ Por tráfico a “Otros” se entienden las llamadas dirigidas a numeración que no se corresponden ni con la geográfica ni con números móviles (p.e. 118AB, 90X...)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo lo cual, concluye RCABLE, que la oferta presentada por TESAU no resulta emulable por parte de un operador alternativo ni siquiera aceptando la posibilidad de que TESAU compensa márgenes entre cuotas fijas y tráfico telefónico.

TERCERO.- Con fecha de 14 de marzo de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU en el que solicita se desestime el recurso de reposición interpuesto de contrario, confirmando, por tanto, la Resolución recurrida por ser plenamente conforme a Derecho.

En dicho escrito de alegaciones expone básicamente lo siguiente:

1. Sobre el plazo transcurrido desde la presentación del recurso objeto de las presentes alegaciones.

TESAU alega que, de acuerdo con el artículo 117.2 de la LRJPAC, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución es de 1 mes, teniendo en cuenta que se le dio traslado del recurso el 21 de febrero de 2005, el mismo se debe considerar desestimado por silencio negativo, de acuerdo con el artículo 43 de la misma ley.

El día 1 de marzo de 2005 esta Comisión le ha dado traslado del oficio de la Audiencia Nacional por que se anuncia la interposición por parte de RCABLE del recurso contenciosos administrativo contra la Resolución de 13 de mayo de 2004, por tanto, alega TESAU, en estos momentos se encuentran abiertos dos recursos en sedes administrativas distintas.

2. Sobre la no concurrencia de la causa de nulidad o, subsidiariamente de anulabilidad, alegada por RCABLE por incumplimiento del artículo 84 de la LRJPAC por omisión del trámite de audiencia.

TESAU alega que no existe vulneración del artículo 84 que estable que *“instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados...”* y RCABLE actuó como denunciante, no ostentando la condición de interesado que se recoge en el artículo 31 de la LRJPAC, que relaciona este concepto con la posesión de un título legitimador.

Afirma TESAU que la recurrente carece de este título al no tener interés directo ni un interés legítimo en el procedimiento seguido, en este sentido trae a colación la definición dada por la doctrina y la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990, de 23 de mayo) que requiere de la existencia de una repercusión de la actuación administrativa en el ámbito vital o de interés de la persona física o jurídica que sea real, efectivo y actual, sin comprender los intereses futuros, eventuales o hipotéticos.

La omisión del trámite de audiencia se configura como un defecto de forma que, de acuerdo con el artículo 63.2 de la LRJPAC, únicamente determina la anulabilidad del acto cuando carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Alega TESAU que para que se produzca indefensión es necesario que se haya causado un real y efectivo menoscabo en los intereses de defensa y contradicción al interesado (Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1994 de 13 de julio), y señala que no se pudo producir indefensión para RCABLE, primero porque sus actuaciones no eran revisadas por la Comisión y no requería de medio alguno de defensa que ejercitar; segundo, porque RCABLE remitió el día 30 de abril de 2004 un fax por medio del cual realizó una valoración económica de determinadas partidas de la oferta de TESAU.

3. Sobre la no concurrencia de los motivos de anulabilidad por incumplimiento del artículo 54 de la LRJPAC por falta de motivación.

TESAU manifiesta que la recurrente confunde falta de motivación con el hecho de que no comparta el resultado obtenido de aplicar el método o los criterios utilizados por esta Comisión para su determinación.

Alega que la motivación consiste en que el órgano administrativo señale las razones que tiene para dictar el acto así como la habilitación competencial, antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que le sean de aplicación (STC 36/1982 de 16 de junio). TESAU entiende que la Resolución recurrida está suficientemente motivada en base al análisis realizado y a los Fundamentos de Derecho de la misma.

4. Sobre la emulabilidad de la oferta presentada por TESAU.

Respecto al régimen de regulación de precios, TESAU señala que la Comisión, en la Resolución recurrida, analiza el Pliego del concurso y la totalidad de la oferta presentada, conforme se presentó al SERGAS. TESAU afirma que del análisis realizado por la Comisión se deduce el cumplimiento del marco regulatorio de precios, tanto en su tramo mayorista como en su tramo minorista de precios ofertados al SERGAS.

Señala TESAU, que existen precios que si bien se separan del catálogo de precios no implican un incumplimiento del marco regulatorio de precios. TESAU alega que la oferta que presentó al concurso es transparente en el sentido que se establece en la citada Resolución de 17 de octubre de 2002, *“TESAU debe especificar claramente a los clientes que las tarifas que les presente, sean las vigentes en el momento de su presentación, sean las que considera que resultan aplicables, en base a determinadas estimaciones y previsiones, en el momento de prestación del servicio, serán en todo caso susceptibles de modificación de acuerdo con las modificaciones que sucesivamente se vayan realizando con arreglo al régimen de regulación de precios”*.

TESAU afirma que si bien la Comisión considera que existen márgenes suficientes, agrega que en el caso de un operador alternativo estos márgenes serían más elevados ya que los costes de interconexión que se tendrían que abonar en su caso serían siempre inferiores a los costes de red con lo que se enfrenta la propia TESAU para prestar el mismo servicio. Es decir, tendría todo el margen extra que va desde el precio de interconexión al precio ofrecido por TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ultimo, concluye TESAU, que tras la adjudicación del concurso convocado por el SERGAS, RCABLE recurrió el acto ante el Tribunal de Justicia de Galicia, desistiendo posteriormente de su actuación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURIDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC, establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito con fecha de entrada en esta Comisión de 21 de junio de 2004, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que resuelven sobre el trámite de información previa, siempre y cuando puedan producir indefensión (considerándose como actos de trámite cualificados), ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha de 13 de mayo de 2004.

Segundo.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de la entidad RCABLE 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.

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.

Sin embargo, el artículo 43 de la LRJPAC establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado que hubiera deducido la solicitud a entenderla, en este



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

caso, desestimada, ya que el apartado 2 de ese mismo artículo establece que en los procedimientos de impugnación de actos, el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Todo ello sin perjuicio, de acuerdo con los artículos 42 y 43 de la LRJPAC, de la obligación de dictar resolución expresa que tiene la Comisión sin vinculación alguna al sentido del silencio.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la omisión del trámite de audiencia. Infracción del artículo 84 de la LRJPAC.

RCABLE alega en su recurso que la Resolución de 13 de mayo de 2004 es nula de pleno derecho porque, de acuerdo con el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, ha sido dictada *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”* ya que en el trámite de información previa que ha dado lugar a la resolución, esta Comisión no procedió a la apertura del correspondiente trámite de audiencia que recoge el artículo 84 de la LRJPAC.

Subsidiariamente, RCABLE solicita que se declare la anulabilidad de la Resolución de 13 de mayo de 2004 en virtud del artículo 63.2 de la LRJPAC que establece que serán anulables los actos que carezcan de los *“requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”*. RCABLE alega que con la omisión del trámite de audiencia se le ha causado una grave indefensión que no puede subsanarse por la interposición del presente recurso.

En primer lugar cabe decir al respecto que la recurrente parte de un error conceptual acerca del trámite de información previa que ha dado lugar a la Resolución de 13 de mayo. El periodo de información previa, que se encuentra regulado en la LRJPAC en su artículo 69.2., tiene por finalidad conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, con anterioridad al acuerdo de inicio.

A tenor de lo anterior, es obvio que el período de información previa no es un procedimiento administrativo, sino que, como su propio nombre indica, se trata de un período que se abre con anterioridad al acuerdo de iniciación de oficio de un procedimiento y que tiene, como finalidad, determinar la conveniencia o no de proceder a la apertura de un expediente administrativo.

Pues bien, al no tratarse de un procedimiento administrativo, el período de información previa no se encuentra sujeto a las disposiciones de la LRJPAC a las que deben ajustarse todos los procedimientos administrativos, incluido el trámite de audiencia. Por lo que en ningún caso es obligatorio el trámite de audiencia dentro del procedimiento de información previa, no se está vulnerando ninguna norma ni se incurre en ningún vicio del procedimiento. Los trámites de información previa no conllevan el trámite de audiencia de los interesados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el presente caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al igual que ha ocurrido en numerosas ocasiones, ha optado por abrir un trámite de información previa para conocer en profundidad las circunstancias del caso y poder dictar una resolución al respecto. Una vez conocidas y analizadas todas esas circunstancias se ha dictado la resolución pertinente que daba por finalizado el periodo de información previa, no siendo necesaria la apertura de un procedimiento ordinario al no observarse ningún indicio o irregularidad que hiciera necesaria su tramitación como un procedimiento ordinario.

Para concluir este punto, es necesario apuntar que de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸ la omisión del trámite de audiencia en un procedimiento no sancionador, *“no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia la interesado, por lo que tampoco afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la **letra e) del artículo 62** de la LRJPAC.*

*Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del **apartado 2 del artículo 63** de la Ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste de lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello.*

Así pues, (...), no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

Es necesario recordar que RCABLE durante el periodo de información previa aportó de la valoración del coste de determinados circuitos Gigabit Ethernet incluidos por TESAÚ en la oferta, tal y como se establece en el Antecedente de Hecho 8º de la Resolución de 13 de mayo de 2004. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que la recurrente ha podido alegar todo lo que ha estimado conveniente en el presente recurso de reposición y en procedimiento contencioso-administrativo que actualmente se está tramitando ante la Audiencia Nacional. Por lo que no cabe hablar de indefensión ya que la recurrente ha podido aportar todo lo que ha considerado oportuno.

⁸ STS de 16 de marzo de 2005, de 30 de mayo de 2003, de 30 de noviembre de 1995, de 18 de noviembre de 1980, de 26 de enero de 1979, etc.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello debe desestimarse que la omisión del trámite de audiencia en este periodo de informaciones previas sea causa de nulidad o de anulabilidad.

Segundo.- Sobre que la Resolución de 13 de mayo de 2004 es anulable de conformidad con el artículo 63 de la LRJPAC por infracción del artículo 54.1.c de la LRJPAC.

RCABLE alega que la Resolución de 13 de mayo infringe el artículo 54.1.c que establece que, en todo caso, *“serán motivados los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes”*, ya que considera que la Resolución recurrida se aparta de Resoluciones dictadas por la Comisión en actuaciones precedentes y similares al caso que nos ocupa sin estar suficientemente razonada. Así, RCABLE considera que la Resolución de 13 de mayo es anulable ya que de acuerdo con el artículo 63 de la LRJPAC *“serán anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico”*.

En cuanto a la falta de motivación alegada por RCABLE, entiende ésta que la motivación *“debe tener la amplitud necesaria para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto y poder, en su caso, basar posteriormente la defensa de sus derechos e intereses* (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1982, de 16 de junio). *Por tanto, dicha motivación debe ser racional y suficiente”*. Se deduce que RCABLE considera que la Resolución de 13 de mayo de 2004 no está suficientemente motivada pero no da razones del porqué de esta afirmación, no explica qué entiende por motivación, más que ha de ser *“racional y suficiente”*.

El Tribunal Constitucional sí ha delimitado estos conceptos, así en Sentencias como la STC 28/1994, de 27 de enero, establece que:

“La motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de la importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee. La Sentencia impugnada contiene una explicación coherente, expuesta concisamente y comprensible sin esfuerzo, por lo que desde una perspectiva formal cumple el requisito de la motivación (...)”

De lo alegado por RCABLE parece desprenderse que la Resolución le parece poco *“amplia”*. Lo cierto es que la Resolución de 13 de mayo es clara en sus razonamientos, precisa en sus explicaciones, tanto más cuando lo que se expone en ésta, además de los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos es el régimen de regulación de precios y un análisis de emulabilidad, análisis que podrá estar de acuerdo o no la recurrente, pero con arreglo a su naturaleza y finalidad, es conciso y metódico.

La amplitud de la motivación de las resoluciones ha sido matizada por la doctrina constitucional, indicando que⁹:

⁹ STC 14/1991, de 28 de enero; STC 119/1987; STC 1995/153, de 24 de octubre, entre otras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Ese derecho a la motivación de las Sentencias ha sido matizado por la misma doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión; no existiendo, por tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho o revisar la forma y estructura de la resolución judicial, puesto que su función se limita a **comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión**, que, **por regla general**, más que sospechosa de ser lesiva del derecho a la tutela judicial, entraña cualidad no sólo deseable, sino **también legalmente predeterminada** por el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰”.

Por todo ello, esta Comisión considera que la Resolución de 13 de mayo está suficiente y sobradamente motivada.

Sin perjuicio de lo anterior, RCABLE alega que la Comisión se aparta de actuaciones precedentes por los siguientes motivos:

“I) La Resolución considera, sin motivación alguna, como punto de partida para efectuar el análisis de emulabilidad de la oferta de TESAU al concurso convocado por el SERGAS, el presupuesto de licitación ofrecido por este organismo y no el precio de la oferta de TESAU, tal y como esa Comisión ha venido realizando en resoluciones precedentes”.

Esta afirmación la basa la recurrente en el punto III.4¹¹ de la Resolución de 13 de mayo, que establece que:

“Para estudiar la replicabilidad de la oferta económica presentada por TESAU al SERGAS se han analizado los costes correspondientes a los dos conceptos que conforman la licitación del SERGAS:

- b) Cuotas fijas*
- c) Tráfico telefónico*

En este sentido, para evaluar en qué medida puede existir un problema de emulabilidad se ha procedido de la siguiente manera:

- En primer lugar, se ha determinado, del presupuesto total, qué parte habrá de dedicarse a remunerar el servicio de tráfico telefónico, dadas las tarifas ofrecidas por*

¹⁰ Art. 359 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (derogada por la Ley 1/2000, de 7 de enero) que establecía que *“las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.”*

¹¹ Que se titula: *“Con respecto a la emulabilidad de la oferta presentada por TESAU al SERGAS”* (Pág. 13 de la Resolución de 13 de mayo de 2004)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU (que, como se ha visto, se acomodan al régimen de regulación de precios vigente) y el total de consumos que aporta el SERGAS en sus pliegos (apartado A).

- *En segundo lugar, se ha analizado si el montante restante del presupuesto, una vez deducida la parte que remunerará el tráfico telefónico, es suficiente como para remunerar las cuotas fijas. Estas cuotas fijas son las correspondientes a la red de acceso (apartado B) y la red troncal (apartado C) descritas por TESAU en su oferta al SERGAS.*

En caso de que el presupuesto total sea suficiente como para remunerar los costes correspondientes a las partidas mencionadas, habrá de concluirse con que, ante la inexistencia de un margen negativo, la oferta de TESAU es emulable.”

Alega, además, RCABLE que al hacer uso en el análisis de emulabilidad del presupuesto de licitación establecido por el SERGAS y no de la concreta oferta económica presentada por TESAU a dicho concurso, esta Comisión se separa de actuaciones precedentes y cita distintas resoluciones anteriores de esta Comisión.

RCABLE en su recurso se dedica a exponer los fallos en los que, a su juicio, ha incurrido la Comisión, sobretodo en lo que respecta al estudio de la oferta de TESAU presentada al concurso. En este punto RCABLE critica el punto de partida del análisis de emulabilidad que contiene la citada Resolución de 13 de mayo, centrando su alegación en el punto III.4 de la resolución donde, a la vista está, es una explicación de la metodología que va a seguir el posterior análisis. Es decir, es un microresumen de cómo se va a proceder a efectuar ese análisis.

Sin embargo, con anterioridad a este punto III.4, la resolución se dedica en el punto primero de los fundamentos de derecho a centrar el objeto de estudio de la resolución. Así, el punto “*III.1 Objeto de la resolución*” (pág. 6) establece en su párrafo 2º que:

“En concreto, y de acuerdo con los mencionados escritos de RCABLE y el SERGAS, las cuestiones planteadas en la presente resolución son las siguientes:

i. Adecuación de la oferta de TESAU de referencia al régimen de regulación de precios vigente.

En concreto, ha de debatirse en qué medida el hecho de que dicha oferta se presente con tramos horarios y un sistema de tarificación diferente a los expuestos en el catálogo vigente de TESAU es acorde o no con dicho régimen de regulación de precios.

ii. Emulabilidad de la oferta de TESAU de referencia.

En concreto ha de dilucidarse si la inclusión en la oferta de TESAU al SERGAS de determinados circuitos Gigabit Ethernet implica el que dicha oferta presente un margen negativo y no resulte emulable por los competidores de TESAU.”

En el siguiente apartado (III.2), la Resolución de 13 de mayo se dedica con exclusividad a analizar el concurso convocado por el SERGAS: su situación de partida, necesidades a cubrir y las características de la oferta de TESAU teniendo en cuenta todo lo anterior.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los puntos posteriores, es decir el III.3 y el controvertido III.4 estudian lo que el primero de los puntos ya había adelantado, un estudio pormenorizado de la oferta de TESAU, primero respecto a las tarifas que oferta y segundo respecto a los aspectos económico-técnicos de la misma.

En conclusión, la oferta que presenta TESAU al concurso plantea dos grandes interrogantes y la Resolución de 13 de mayo se divide en dos grandes bloques para darles respuesta. Primero, comprobar que las tarifas que está ofertando TESAU se encuentran dentro del régimen de regulación de precios, teniendo presente que se trata de una oferta personalizada. Segundo, comprobar si la solución técnica que ofreció TESAU hace que su oferta sea o no emulable, teniendo en cuenta que se tratan de servicios no regulados.

Teniendo presente todo lo anterior, la pregunta de RCABLE es ¿por qué se ha partido del presupuesto de licitación y no de la oferta de TESAU?

Pues bien, las Administraciones Públicas cuando convocan un concurso para la contratación de algún servicio han de hacerlo de acuerdo con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su normativa de desarrollo. El SERGAS así lo hace.

Existen, con carácter general, dos modalidades a la hora de convocar un concurso: que sean los propios licitadores los que en sus ofertas determinen qué ofrecen y a qué precio; o que sea la propia Administración la que establezca las necesidades que necesita cubrir a un precio determinado. El SERGAS optó por la segunda de las posibilidades.

En el caso que nos ocupa, el SERGAS establecía en los pliegos de condiciones lo que como mínimo deberían ofertar los licitadores y lo que ella, como máximo, estaba dispuesta a pagar. Cantidad que era exactamente igual para todos los licitadores. Lo que hizo esta Comisión, dadas las especialidades técnicas que contenía la oferta de TESAU difícilmente cuantificables en términos OIR ya que no eran servicios regulados, fue comprobar que ese montante total que suponía el presupuesto era suficiente para cubrir lo que realmente estaba ofreciendo TESAU. Así se explica en ese punto III.4:

- *“En primer lugar, se ha determinado, del presupuesto total, qué parte habrá de dedicarse a remunerar el servicio de tráfico telefónico, **dadas las tarifas ofrecidas por TESAU** (que, como se ha visto, se acomodan al régimen de regulación de precios vigente) y el total de consumos que aporta el SERGAS en sus pliegos (apartado A).*
- *En segundo lugar, se ha analizado si el montante restante del presupuesto, una vez deducida la parte que remunerará el tráfico telefónico, **es suficiente como para remunerar las cuotas fijas**. Estas cuotas fijas son las correspondientes a la red de acceso (apartado B) y la red troncal (apartado C) **descritas por TESAU en su oferta al SERGAS.**”*

En resumen; la Resolución de 13 de mayo no obvia la oferta de TESAU, sino que se dedica a estudiarla en profundidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De esta manera, se ha estudiado y analizado la oferta dividiéndola de acuerdo con la estructura de red que propone TESAU en la citada oferta. La oferta se divide en tres tramos de red, tal y como se establece en la resolución en su página 16 y siguientes:

1. Red de acceso.

En el cual se han calculado, en base a los precios OIR 2003, el precio de alta de todos los circuitos necesarios así como las cuotas mensuales de los mismos. Cabe decir que este cálculo se corresponde a lo que habría de asumir un operador alternativo que quisiera emular la oferta presentada por TESAU ya que ésta no tendría que pagar costes de alta ni habría tan siquiera que referenciarlos con la OIR.

2. Acceso a la red troncal.

En este punto también se han calculado los costes mensuales y de alta, previniendo el número máximo de circuitos que tendría que contratar un operador alternativo ya que, otra vez, TESAU no tendría que asumir, por ejemplo, los gastos de alta al igual que no se tiene en cuenta que TESAU se basaría en costes incrementales.

3. Transporte en la red troncal

En la Resolución de 13 de mayo se pone de manifiesto que la tecnología que había ofertado TESAU en este punto era una tecnología diferente a la tecnología tradicional de circuitos por lo que no era posible comparar costes de un acceso Gigabit Ethernet con el de un acceso de circuitos. No existiendo, además, una oferta mayorista de líneas Gigabit Ethernet, por lo que la resolución dice que *“la aproximación ha de realizarse a partir de los precios minoristas de este tipo de líneas”*, señalándose a continuación, que el coste principal no sería el coste de los equipos sino el coste de tendido de fibra.

Sin perjuicio de que más tarde se analice con más profundidad el análisis de emulabilidad contenido en la resolución, es necesario precisar que para el cálculo de este apartado se tuvieron en cuenta dos escenarios posibles, uno correspondiente a los costes aportados por TESAU y el otro correspondiente a las estimaciones de esta Comisión en base a diversas ofertas comerciales de distintos operadores de las que se tiene conocimiento.

A la vista está que esta Comisión no se ha apartado de resoluciones anteriores en la metodología utilizada para el análisis, sino que simplemente en el punto III.4 se resumía lo que más tarde explica la resolución. El análisis que contienen la Resolución de 13 de mayo se basa, en lo posible, en los precios mayoristas de TESAU que ofrece a otros operadores, tomando, simplemente, el presupuesto de licitación del concurso convocado por el SERGAS como una referencia inicial porque éste, necesariamente, había de ser suficiente para cubrir la totalidad de la oferta de TESAU.

No olvidemos que había que comprobar la emulabilidad de una oferta de servicios no regulados, por lo que la manera más sencilla de hacerlo es deducir del total (que es el presupuesto igual para todos los licitadores) la cantidad correspondiente al tráfico



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telefónico (precios regulados) y del resto comprobar si cubre o no la oferta técnica de esos servicios. Estos servicios aunque no regulados sí son, obviamente, ofertables.

Por todo ello cabe decir que no ha lugar a este motivo de anulabilidad.

“II) La Resolución sigue un procedimiento para el análisis de emulabilidad que se aparta, sin motivación alguna, del seguido reiteradamente en Resoluciones precedentes de esa Comisión.”

En la Resolución recurrida en su punto *“III.4 Con respecto a la emulabilidad de la oferta presentada por TESAU al SERGAS”* se analiza en qué medida la oferta de TESAU podría no resultar emulable por parte de sus competidores, estableciendo que, *“en caso de que la oferta presentara problemas de emulabilidad en su conjunto o en alguno de los elementos que la integran, sería necesario proceder a definir los mercados relevantes afectados y la posición de TESAU en ellos, con el objeto de dilucidar si existiendo posición de dominio de TESAU podría considerarse que la oferta presentada constituye un abuso de la misma.”*

RCABLE señala que con la Resolución de 13 de mayo, esta Comisión se separa del procedimiento habitual utilizado por esta Comisión ya que no define los posibles mercados afectados por una posible conducta anticompetitiva ni tampoco determina la posición de TESAU en los mismos. RCABLE alega que con la Resolución recurrida se *“pretende apreciar, sin un análisis previo de los posibles mercados relevantes afectados, la existencia de problemas de replicabilidad”* (pág. 21 del recurso).

La Comisión, a través del estudio de emulabilidad realizado, determina que todos los servicios son emulables, por lo que no existen servicios afectados o con problemas y al no existir mercados afectados, no es necesaria su definición ni el análisis de la posición de dominio. Esto favorece una mayor celeridad a la hora de resolver la denuncia y encuentra su justificación por motivos de economía procesal e interés público puesto que se trata de una adjudicación de la Administración. Celeridad que se subrayó en este caso tanto por el SERGAS como por RCABLE en sus escritos iniciales del expediente de origen, así se constata en la Antecedentes de Hecho de la Resolución recurrida.

De lo alegado por RCABLE se deduce que, en todo caso, habría que definir los mercados afectados para colegir problemas de emulabilidad de una determinada oferta. Es necesario puntualizar que la emulabilidad de una determinada oferta y la posición de dominio en un mercado de un operador determinado, por definición, no están íntimamente relacionadas. Es cierto que ambos conceptos son significativos en el Derecho de la Competencia pero son autónomos e independientes entre ellos.

Por un lado, existe la dominancia que como tal no es censurable, en cambio, sí lo es, el abuso de la misma. Por otro lado existe la emulabilidad que es la posibilidad de que un operador alternativo pueda replicar una oferta obteniendo un margen suficiente de beneficios. No es necesaria la definición de mercados para determinar si una oferta es replicable o no. Ciertamente, que si una oferta dadas sus características no resulta emulable



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y el operador que la ofrece es dominante, podría ser que se estuviera produciendo un abuso de esa dominancia.

Sin embargo, si no existen problemas de replicabilidad, no existe abuso de posición dominante por lo que no es indispensable que se proceda a definir los mercados para comprobar si existe verdaderamente esa posición de dominancia.

Por todo ello se rechaza esta alegación de RCABLE ya que no supone un cambio de criterio de actuación de esta Comisión.

“III) La Resolución, sin motivación alguna, finaliza un trámite de información previa y no un expediente administrativo.”

La Resolución de 13 de mayo de 2004 pone fin a un periodo de información previa. RCABLE alega que en casos similares a este que nos ocupa, relativos todos ellos a ofertas de TESAU en concursos convocados por distintas Administraciones Públicas¹², esta Comisión abrió los correspondientes procedimientos administrativos y no, como en este caso, un periodo de información previa.

La LRJPAC, en el artículo 69.2 recoge la posibilidad de que antes del acuerdo de iniciación, el órgano competente pueda abrir un periodo de información previa a fin de conocer las circunstancias del caso concreto y determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación de un expediente administrativo. Este trámite responde a razones elementales de prudencia y de economía, evitando la apertura de procedimientos innecesarios. Se trata de un procedimiento previo para recabar toda la información necesaria y en vista de todo ello determinar si existen indicios o no suficientes como para continuar por la vía ordinaria e iniciar un procedimiento o, en caso contrario, proceder al archivo de las actuaciones si no se observa ningún incumplimiento de la legalidad.

Esta Comisión determinó, en su momento, que lo adecuado no era iniciar un procedimiento administrativo sino, iniciar un periodo de información previa para a la vista de la documentación aportada por RCABLE, el SERGAS y TESAU, determinar si existían indicios de prácticas anticompetitivas por parte de esta última. La Comisión no sólo determina que no hay indicios para abrir un expediente sino que, mediante resolución, realiza un análisis de replicabilidad cuyo resultado determina que no hay pinzamiento de márgenes, que la oferta es totalmente emulable por RCABLE y por cualquier otro operador alternativo, en definitiva, que era del todo innecesario abrir un procedimiento ordinario porque el resultado, en todo caso, hubiese sido el mismo, la emulabilidad de la oferta.

Respecto a la documentación aportada, RCABLE en sus alegaciones indica que si se hubiese abierto un procedimiento, con todas sus fases y en particular el trámite de audiencia, hubiese sido capaz de presentar un análisis alternativo y demostrar a esta

¹² Ayuntamiento de Pontevedra (Expediente 2002/6967), Ayuntamiento de Santiago de Compostela (Expediente 2003/268) y Generalitat de Cataluña (MTZ 2002/5774).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión lo erróneo del suyo; asimismo, señala que la única información con la que ha contado la Comisión ha sido la oferta de TESAU presentada al SERGAS, *“oferta que ha sido declarada como confidencial y a la que RCABLE sólo ha tenido acceso parcial a través del Informe Técnico de Valoración del SERGAS, por lo que, es la Comisión la única capaz de realizar el pertinente análisis de emulabilidad al carecer RCABLE de esta información necesaria”*.

Es preciso que esta Comisión señale en primer lugar que la apertura de un procedimiento hubiese dado lugar al mismo resultado, es decir, el análisis de emulabilidad de la Resolución recurrida hubiese sido el mismo ya que se ha realizado sobre la base de la única información válida para este tipo de análisis, y que no es, como dice RCABLE, únicamente la oferta presentada por TESAU, sino también, el Pliego del concurso convocado por el SERGAS y lo que ha considerado necesario RCABLE que obre en poder de la Comisión, en definitiva, los datos económicos que han de tenerse en cuenta porque son de los que se deriva o no el posible margen.

Sorprende a esta Comisión que sea la propia RCABLE la que afirme en su recurso que es ésta, es decir, la propia Comisión *“la única capaz de realizar el pertinente análisis de emulabilidad al carecer RCABLE de esta información necesaria”*, afirmación que habrá de tenerse en consideración cuando se estudie el análisis de emulabilidad propuesto por la recurrente.

El que se ponga fin al trámite de información previa a través de una resolución formal del Consejo de esta Comisión se realiza con la finalidad, precisamente, de aumentar la posibilidad de defensa y contradicción, permitiendo que pueda conocerse de manera pormenorizada el razonamiento de la Comisión y que pueda impugnarse la misma en su caso, tal y como, precisamente, ha hecho RCABLE.

Por todos estos razonamientos, ha de rechazarse el motivo alegado por RCABLE en relación a la falta de motivación del acto recurrido.

Tercero.- Sobre que la Resolución de 13 de mayo de 2004 es anulable de conformidad con el artículo 63 de la LRJPAC por infracción del artículo 3 de la LRJPAC.

RCABLE considera que la Comisión en la Resolución de 13 de mayo ha infringido el artículo 3 de la LRJPAC quebrando el principio de confianza legítima y también omitiendo el deber de eficacia en su actuación.

- Sobre el quebrantamiento del principio de confianza jurídica como expresión del principio de seguridad jurídica.

RCABLE afirma que el principio de confianza legítima constituye una expresión del principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, que se rompe con la Resolución dictada por la Comisión que altera, sin motivo aparente o justificado, sus criterios y su forma de actuación en el procedimiento seguido para la adopción de dicha Resolución después de suscitar la legítima confianza en la persistencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de un determinado modo de comportamiento repetido reiteradamente por parte de este organismo.

Lo que aquí alega RCABLE es un cambio de criterio en esta Comisión a la hora de resolver el supuesto planteado, sin ni siquiera motivarlo, siendo además un proceder continuado en el tiempo, que hace que dicha actuación desplace el principio de seguridad jurídica.

A lo largo de esta Resolución se ha querido poner de manifiesto que esta Comisión ni ha cambiado el criterio de actuación en la Resolución de 13 de mayo ni se ha dictado ésta sin motivar.

En cuanto a la motivación de la Resolución ya ha quedado patente que la misma está suficiente y sobradamente motivada por lo que no cabe añadir nada más al respecto. En cuanto al supuesto cambio de criterio, tampoco se ha producido, ya que la Comisión en la Resolución recurrida lo que ha hecho es poner fin a un periodo de información previa porque no se encontraron indicios de incumplimiento de la normativa de telecomunicaciones y de defensa de la competencia.

En la Resolución de 13 de mayo se llevó a cabo un análisis de emulabilidad, que al igual que en otras ocasiones, se basó en calcular el margen disponible para determinar si podrían existir ofertas más bajas que las de TESAU por parte de un operador alternativo. El archivo de las actuaciones se debió a que sí eran posibles esas ofertas más bajas, es decir, la oferta de TESAU presentada al concurso del SERGAS era del todo replicable por parte de RCABLE y de cualquier otro operador por lo que no había incumplimiento ninguno.

Por todo ello, la Resolución de 13 de mayo no rompe este principio de confianza legítima ya que la Comisión ni ha cambiado sus criterios de actuación ni lo ha hecho sin motivar, mas bien todo lo contrario, la Resolución que ahora recurre RCABLE se encuadra perfectamente en este principio que la recurrente alega que se rompe, ya que tal y como ella misma manifiesta este principio no es mas que *“la protección de la confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas”*. Y esto mismo ha perseguido esta Comisión con la Resolución de 13 de mayo, una respuesta no arbitraria y no discriminatoria para ninguno de los afectados, siendo la oferta de TESAU perfectamente emulable, ajustada a derecho y competitiva en todos sus extremos, decir lo contrario habría roto ese principio de confianza legítima como reflejo de la máxima constitucional de seguridad jurídica.

- Sobre la omisión del deber de eficacia en la actuación de la Administración.

Por otro lado, RCABLE afirma que mediante la Resolución de 13 de mayo esta Comisión infringe el deber de eficacia al que está sometida su actuación, de acuerdo con el artículo 3 de la LRJPAC.

Según la recurrente, el deber de eficacia se rompe en cuanto que el análisis de emulabilidad contenido en la Resolución se aparta del criterio adoptado por esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en actuaciones precedentes sin motivación racional, suficiente y adecuada. Sobre esta alegación esta Comisión se remite a lo desarrollado en apartados anteriores de esta Resolución. A lo largo de la misma se ha puesto de manifiesto de una manera notoria y ostensible que la Resolución de 13 de mayo, por un lado, está suficiente y sobradamente motivada, y por otro, que no se aparta de actuaciones precedentes de la Comisión.

Asimismo, RCABLE considera que la Comisión con la Resolución de 13 de mayo quiebra ese deber de eficacia porque el análisis de emulabilidad que plantea es erróneo. En este punto, RCABLE se propone demostrar cuáles han sido los errores que ha cometido la Comisión en el análisis de emulabilidad desarrollado en la Resolución de 13 de mayo así como plantear un análisis alternativo que, en su opinión, resultaría correcto.

Para facilitar la exposición de los argumentos de RCABLE, ha de seguirse el esquema planteado en el recurso de reposición, si bien, con anterioridad se debe aclarar qué es el deber de eficacia.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de julio de 2000, establece que el deber de eficacia consiste *“en la facultad de elegir u optar, dentro de una pluralidad de soluciones justas, por aquélla con la que mejor se logre la exigida eficacia”*. En este mismo sentido, la sentencia del mismo Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000, establece que *“el deber de eficacia a que alude el artículo 103.1 de la Constitución, que compele a la Administración a que su actuación se encamine diligentemente a la obtención de los resultados queridos por el ordenamiento jurídico”*.

La LGTel en su artículo 3 establece como uno de los principios y objetivos de esa Ley, el fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones. Este es el *“resultado querido por el ordenamiento jurídico”*, una total, efectiva y libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

La oferta de TESAU se estudió bajo la óptica de la emulabilidad por otros operadores, es decir, en *pro* de la competencia y de su análisis se concluyó que efectivamente era replicable y, por tanto, competitiva. Si, en cambio, la Resolución de 13 de mayo hubiese optado por establecer obligaciones a TESAU a pesar de ser su oferta totalmente emulable, esta Comisión sí estaría vulnerando el principio de eficacia.

A continuación se exponen cada una de las razones por las que RCABLE considera que el análisis de emulabilidad de la Resolución de 13 de mayo es erróneo, así como su análisis alternativo.

“1) La Comisión incumple su deber de eficacia al aceptar en el análisis de emulabilidad contenido en la Resolución la existencia de compensación entre partidas presupuestarias que están específicamente separadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de telefonía fija para los centros dependientes del SERGAS (costes fijos y de tráfico).”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El SERGAS convoca el concurso para la contratación de un servicio de telefonía fija para los centros dependientes de dicho organismo, incluyendo las llamadas entre sedes del SERGAS y también las llamadas externas.

Alega RCABLE que el Pliego del concurso convocado por el SERGAS, en su cláusula 3.2.1., establece específicamente una clara separación entre dos partidas presupuestarias, al señalar que *“...el precio de los servicios contratados se estructurará en dos partes:*

- a) Coste Fijo Anual;*
- b) Tarifas de tráfico telefónico”.*

La Comisión, en la Resolución de 13 de mayo, al realizar el análisis de emulabilidad procedió, en primer lugar a *“determinar qué parte del presupuesto total habrá de dedicarse a remunerar el servicio de tráfico telefónico dadas las tarifas ofrecidas por TESAU (...) En segundo lugar, se ha analizado si el montante restante del presupuesto es suficiente como para remunerar las cuotas fijas”.*

Es necesario recordar que si bien es cierto que en los Pliegos del concurso, el SERGAS decide separar dos partidas presupuestarias distintas, el coste fijo anual y las tarifas de tráfico telefónico, no se puede obviar el hecho de que, primero, el concurso es uno, por lo que, respecto a las ofertas, debe haber una por participante que incluya todos los elementos del concurso y, segundo, que si concurso es uno, también lo es el presupuesto total de la licitación, habiendo ofertado el SERGAS un único presupuesto total, eso sí, que incluya esas dos partidas básicas que forman parte de los Pliegos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en ningún caso esta Comisión estaría compensando partidas, sino valorando el proyecto descrito en los pliegos de condiciones técnicas y económicas. En todo caso, la obligación de esta Comisión, es garantizar que TESAU cumple en primer lugar con la legislación, y en segundo lugar que su oferta resulta emulable y replicable por cualquier operador alternativo máximo eficiente. En este sentido, tras el análisis realizado por esta Comisión, se puede concluir que TESAU cumple con ambas premisas.

Es importante tener en cuenta que en todo caso, los costes que se consideran en la prestación de dichos servicios habrán de corresponderse con aquellos costes de un operador máximo eficiente que entrara a competir directamente con TESAU.

El que se haya optado por este método no significa que esta Comisión esté aceptando la existencia de subvenciones cruzadas, ya que como se ha repetido, no es que existan dos concursos distintos, uno para costes fijos y otro para costes variables, ni que haya dos ofertas distintas. Existe un único concurso, por tanto, existe una única oferta que incluye el total de las partidas.

Por último, la Comisión al estudiar la oferta presentada por TESAU consideró que era mucho más sencillo el planteamiento de dividirlo igual que lo habían hecho tanto el SERGAS en sus pliegos como TESAU en su oferta. Cubriéndose de esta forma todos los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puntos sobre los que se tenía que pronunciar, por un lado comprobar que las tarifas que ofrecía TESAU se encontraban reguladas (*tráfico*) y por otro que la solución técnica aportada era replicable (*costes fijos*).

“II) La Comisión incumple su deber de eficacia al tomar como punto de partida en el análisis de emulabilidad el importe total máximo del pliego y no el precio de la oferta de TESAU.”

RCABLE alega que es improcedente que el análisis incluido en la Resolución de 13 de mayo de 2004 se base en la comparación de los costes con el precio máximo de licitación y no con la oferta económica efectivamente realizada por TESAU al SERGAS. Este error, según la recurrente, quiebra el principio de eficacia.

Este mismo argumento lo utiliza RCABLE para sustentar la infracción del artículo 54 de la LRJPAC, en cuanto que la Comisión se aparta de actuaciones precedentes sin motivación.

Tal y como ya se ha establecido, no es cierto que la Comisión para realizar el análisis de emulabilidad controvertido utilizara como punto de partida el presupuesto máximo de licitación del concurso y no la oferta de TESAU.

Sin perjuicio de que esta resolución resulte reiterativa, se hace necesario resaltar la metodología que se siguió en la resolución que se recurre.

El SERGAS decidió convocar un concurso en el que ella establecía las necesidades a cubrir, con determinadas especificaciones técnicas y requerimientos mínimos que habrán de cumplir cualquiera que quisiera licitar a dicho concurso. Además, el SERGAS establecía un presupuesto máximo de licitación, es decir, las ofertas que se presentaran a este concurso tenían como límite máximo ese presupuesto.

Cuando a esta Comisión, en el marco de las informaciones previas que dieron origen a la Resolución recurrida, examina toda la documentación necesaria que debía ser objeto de estudio y análisis observa que tanto los Pliegos de la propia SERGAS como la oferta presentada por TESAU, se dividen en dos grandes bloques: costes de tráfico y costes de infraestructura, es decir, costes variables y costes fijos.

Lo primero que hace esta Comisión, es observar que las tarifas que ofrece TESAU al SERGAS cumplen el régimen de regulación de precios, teniendo en cuenta que se trata de un concurso convocado por una Administración Pública. Esto quiere decir, que aunque las tarifas de TESAU se encuentren reguladas, no debe ser este el motivo para que no pueda competir y licitar en las mismas condiciones en las que lo haría otro operador. Una vez analizado este primer punto, esta Comisión dedujo del total del presupuesto esta cantidad que se dedicaría exclusivamente a remunerar el tráfico (ya sea el de TESAU o el de cualquier operador que hubiese resultado elegido por el SERGAS). Lo segundo, y último que tenía que analizar esta Comisión, era si la solución técnica que ofrecía TESAU resultaba emulable por otros operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para ello, esta Comisión considera que el ejercicio de emulabilidad habrá de realizarse en todo caso atendiendo a las particularidades técnicas que exige el SERGAS en los pliegos de condiciones técnicas del concurso, y sobre las mismas aplicar la legislación a que se encuentra sujeta TESAU.

Esto es, esta Comisión realizó en este punto un doble análisis. Primero, verificar que las condiciones técnicas de la propuesta de TESAU eran coherentes con aquellas definidas por el SERGAS, aspecto que obviamente satisfacían por cuanto que las mismas se adaptaban al pliego de condiciones que en su día publicó el SERGAS y que dicho Organismo dio por correctas al optar por la adjudicación del concurso a TESAU. Segundo, verificar que la propuesta técnica de TESAU era emulable por otro operador alternativo.

Así que tal y como ya quedó establecido en el punto 2.1.I), I antes mencionado, no es cierto que el punto de partida del análisis de emulabilidad fuese el presupuesto del SERGAS sino que fue la oferta de TESAU estudiada eso sí, en el contexto del propio concurso, ya que no tiene sentido estudiar una oferta presentada a un concurso sin tener en consideración los requisitos de éste, las condiciones exigidas y en este caso concreto, la presentación de las partidas correspondientes a costes variables y costes fijos de forma separada.

En consecuencia, la Resolución de 13 de mayo no rompe el principio de eficacia alegado por RCABLE.

“III) La Comisión incumple el deber de eficacia al que esta sometida al realizar un análisis de emulabilidad erróneo con respecto a la partida correspondiente al “coste fijo anual”. Inclusión del análisis de emulabilidad de esta partida.

RCABLE afirma que el análisis de emulabilidad de la partida correspondiente a lo que el Pliego del concurso denomina “cuotas fijas” y que la Resolución recurrida identifica con los epígrafes B (*Red de Acceso*) y C (*Red Troncal*), contiene multiplicidad de errores que pone de manifiesto en el Recurso, asimismo, plantea un análisis de emulabilidad alternativo sin esos errores y con suma de partidas que, según la recurrente, no incluyó la Comisión en el análisis realizado por ella.

No hay que olvidar que un análisis de emulabilidad tiene como finalidad la de estudiar si una determinada oferta puede ser replicable o no por otro operador cualquiera, teniendo en cuenta en todo caso, que los costes que se reconocen habrán de cumplir con la premisa de ser eficientes para no dar traslado de determinadas ineficiencias de red a los consumidores finales.

Este concepto de “operador eficiente” es muy importante porque es el parámetro fundamental a tener en cuenta en la valoración de los costes y en la eventual replicabilidad de la oferta, es decir, cuando esta Comisión, mediante la Resolución de 13 de mayo, resolvió que la oferta de TESAU sí era emulable por un operador alternativo, no se estaba refiriendo a que la pudiera replicar RCABLE, se estaba planteando la posibilidad de que cualquier operador eficiente que invirtiera sus recursos de acuerdo con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

criterios de eficiencia económica pudiera ofertar una propuesta igual o similar que la de TESAU. En este sentido, es necesario destacar que la oferta debía ser objetivamente emulable, esto es, un operador alternativo que quisiera emular la oferta de TESAU de acuerdo con la información ofrecida en el pliego –y no con las estimaciones internas que en su caso realizara TESAU- habría de poder presentar una oferta capaz de concurrir con la de TESAU sin suponerle pérdidas.

Asimismo, esta Comisión tanto en la Resolución recurrida como en todas las que el recurrente ha citado a lo largo del Recurso, se basa, siempre, en el peor escenario posible, es decir la emulabilidad debe darse con respecto a la hipótesis más conservadora, y que es la que cualquier operador entrante habría de tener en cuenta a la hora de preparar y cuantificar una oferta sostenible en el peor de los casos.

Partiendo de estas premisas, operador eficiente y peor escenario posible, la Comisión, en la Resolución de 13 de mayo, analiza la posible replicabilidad de la oferta de TESAU, en este sentido, si la oferta resulta replicable bajo estos supuestos, evidentemente resultará replicable bajo supuestos más beneficiosos para ese supuesto operador eficiente.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procederemos a examinar el análisis alternativo que plantea RCABLE en su recurso, sin olvidar que lo realiza a partir de los errores que, a su juicio, ha cometido la Comisión.

“1.- Análisis de los costes asociados a la red de acceso a la red telefónica conmutada desde las dependencias del SERGAS.”

En este punto y con carácter previo al análisis de emulabilidad alternativo que plantea RCABLE, la recurrente alega que no se ha incluido el IVA en la Resolución de 13 de mayo.

RCABLE señala que *“el análisis realizado por la Comisión es inconsistente ya que emplea el precio OIR de los circuitos de 2Mbps, que es un precio sin IVA, para calcular el margen existente con respecto al importe total del concurso que es un precio con IVA, por lo que se obtiene una cifra distorsionada del margen entre precios y costes”*.

Teniendo en cuenta que, tal y como se ha establecido en las respuestas a las alegaciones 2.1.I) y 4.II) anteriores, el análisis de emulabilidad parte de la oferta presentada por TESAU al concurso convocado por el SERGAS no haría falta considerar el IVA.

De todas formas, aún considerándolo habría que tener en cuenta el impacto de la sobreestimación de los costes de todo el análisis (hipótesis de peor escenario posible), así que el efecto neto total, daría lugar a un incremento de los márgenes y, en consecuencia, una mayor facilidad de replicabilidad por parte del supuesto operador máximo eficiente.

RCABLE afirma que la oferta de TESAU se basa íntegramente en líneas RDSI, utilizando tanto BRAs como PRAs. De acuerdo con el informe técnico elaborado por el SERGAS, esta oferta contemplaría la instalación de un total de 596 BRAs y 51 PRAs en el conjunto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de las dependencias del SERGAS. A partir de aquí, RCABLE comienza su análisis de emulabilidad alternativo.

a) Estimación de los costes de la dotación de Accesos Primarios RDSI (PRAs) a implantar en las dependencias del SERGAS.

RCABLE alega que la Comisión ha estimado los costes de los 51 accesos PRA a instalar en las dependencias del SERGAS tomando como base el precio establecido en la vigente OIR para los circuitos de 2 Mbps correspondientes al “Servicio de Conexión” y tendría que haber tenido en cuenta el precio establecido en la OIR para los circuitos de 2 Mbps correspondientes al servicio de “Enlace a Cliente”, que según RCABLE sería el más adecuado.

A partir de esta afirmación, RCABLE plantea un análisis de costes en los que incurriría un operador alternativo, teniendo en cuenta lo anterior. Así:

OPCIÓN 1.- Contratar con TESAU circuitos dedicados de 2 Mbps conforme a precios mayoristas para constituir sobre ellos los accesos PRA.

OPCIÓN 2.- Contratar directamente con TESAU la provisión de los necesarios accesos PRA, con arreglo a la oferta minorista, y emplear la modalidad de acceso indirecto para proporcionar el servicio a cliente final.

El análisis realizado por la Comisión en la Resolución de 13 de mayo de 2004 aplica los precios del servicio de conexión de la OIR que se obtienen del sistema de contabilidad de costes de un operador máximo-eficiente, en este caso, TESAU, que ha pasado por un proceso de auditoría que ha introducido correcciones tanto en su diseño de red como en la imputación de costes a los diferentes servicios.

Este análisis asume que se realiza una interconexión de tráfico conmutado entre TESAU y el operador que replica la oferta. Tal interconexión se produce por lógica en PdIs del operador que deben ser conectados a los puntos de presencia de la red del SERGAS mediante el servicio de conexión antes señalado. Lógicamente, al existir en la red del SERGAS un gran número de centros secundarios de pequeña capacidad, una solución de red óptima, que se correspondería con un operador que pretendiera maximizar sus recursos técnicos y económicos, pasa necesariamente por concentrar el tráfico externo (aquel que va hacia la red conmutada) en un número más reducido de centros sobre los que se contrata el servicio de conexión de la OIR.

Por otro lado, la propuesta particular de TESAU no requiere tal concentración de tráfico externo al disponer los centros secundarios de líneas telefónicas de TESAU, de igual modo al que podría llegar cualquier operador que dispusiera de un despliegue de red de acceso.

El análisis de replicabilidad realizado por RCABLE utiliza una línea alquilada para llevar el tráfico conmutado desde cada uno de los centros secundarios hasta la red troncal. Tal solución, aunque posible técnicamente, no resulta una solución óptima desde un punto de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vista económico, pues una línea alquilada tiene un mayor coste que una línea de tráfico conmutado, sea esta una línea analógica o RDSI. En consecuencia, ningún operador, bajo un comportamiento racional optaría por este diseño de red frente a diseños de red más eficientes desde un punto de vista técnico y económico.

La excepción se daría únicamente cuando se tratase de líneas con mucho tráfico saliente, situación que no aparece aplicable en este caso por cuanto que no resultaría eficiente teniendo en cuenta el volumen de tráfico. En este caso particular, se trata de un tráfico saliente de la red por lo que no resulta comparable al caso de la interconexión de dos centralitas mediante una línea privada. Por tanto debería utilizarse una solución de red más optimizada como la planteada por la Comisión en su análisis que es acorde con el diseño de red máximo eficiente.

Debe señalarse adicionalmente que los precios del servicio de enlace a cliente garantizan que no resultan superiores a los del servicio minorista de TESAU, los cuales están regulados como precios máximos. Es decir, cabe suponer que en cualquier caso existe un margen entre el precio del servicio (ya sea mayorista o minorista) y el coste del servicio.

RCABLE plantea una solución adicional basada en contratar a TESAU los accesos RDSI minoristas. Tal análisis se considera no adecuado, pues un análisis de replicabilidad debe tener en cuenta servicios mayoristas regulados.

En resumen, los costes a tener en cuenta serán los de un operador máximo eficiente. A partir de este concepto, y asumiendo que TESAU ya disponía de una infraestructura de red, resulta más eficiente desde un punto de vista técnico y económico la solución desarrollada por TESAU que la propuesta por RCABLE, teniendo en cuenta el ámbito geográfico del servicio.

Es decir, esta Comisión entiende que el hecho de disponer una infraestructura con la capilaridad de TESAU se convierte en una cierta ventaja competitiva a la hora de presentarse al concurso, en consecuencia, aunque la solución propuesta por RCABLE no es errónea, tampoco lo resultaría la de TESAU bajo un esquema de máxima eficiencia en un entorno de costes incrementales. Esta Comisión entiende que si los operadores alternativos, en este caso RCABLE, realizaran un mayor esfuerzo inversor consistente en construir sus propias redes de telecomunicaciones podrían conseguir las ventajas de las economías de escala y de alcance que actualmente consigue TESAU.

El hecho de que la Comisión optara por estudiar la oferta de TESAU tendiendo en cuenta costes incrementales y no costes iniciales responde primero, a que el análisis ha de ser real, y lo real es que la situación de partida de la oferta presentada por TESAU se basa en infraestructuras ya montadas.

Además, esta Comisión tuvo que tener en cuenta los requerimientos que establecía el SERGAS en sus pliegos. Así, en el punto 2 de los pliegos de condiciones técnicas que marcan las condiciones de dicho concurso convocado por el SERGAS se dedica con exclusividad a describir la red inicial con la que ya contaba el SERGAS. Estableciendo que *“dispone en la actualidad de una red de acceso con protocolo de red IP que integra*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Voz y datos en sus principales dependencias, con nodos y centralitas de su propiedad y que satisface las necesidades de la Xunta". Posteriormente se dedica con más detalle a desarrollar la red corporativa, el equipamiento, etc....

En el apartado 4 de estos pliegos, el SERGAS requiere que *"la solución propuesta contemplará el uso de la infraestructura descrita, propiedad de la Xunta, a fin de que, por una parte se adapte a los flujos de información de la Xunta y, por otra, los costes sean menores"*.

De los pliegos se deriva que es la propia Administración oferente la que está ya no sólo aceptando sino incluso fomentando que se utilicen infraestructuras ya creadas que son, además, de su propiedad. Es decir, todas las ofertas que se hubiesen presentado al concurso se basarían en parte en costes incrementales ya que de contrario no serían eficientes desde un punto de vista económico.

b) Estimación de los costes asociados a la dotación de Accesos Básicos RDSI (BRAs) a implantar en las dependencias del SERGAS.

RCABLE alega que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el análisis que realiza en la Resolución recurrida, parte de que la provisión de los accesos BRA podría realizarse por un operador alternativo, usando circuitos de 2Mbps, y en el análisis de costes asigna a cada BRA la quinceava parte del coste de un circuito de 2 Mbps.

En opinión de la recurrente, el coste estimado por la Comisión para cada BRA no se corresponde con ninguna de las opciones que, en la práctica, se encuentran al alcance de los operadores alternativos por lo que, afirma, el análisis realizado por esta Comisión resulta completamente inapropiado para determinar la replicabilidad de la oferta de TESAU.

RCABLE plantea dos opciones distintas que son:

OPCIÓN 1.- Contratar con TESAU circuitos dedicados nx64 Kbps, conforme a precios mayoristas, para constituir sobre ellos accesos BRA completamente funcionales haciendo uso de los recursos de red propios del operador alternativo.

OPCIÓN 2.- Contratar directamente con TESAU los accesos BRA, conforme a su oferta minorista, y emplear la modalidad de acceso indirecto para proporcionar el servicio telefónico al cliente final

Pues bien, es necesario explicar que, por un lado, están los circuitos o líneas alquiladas, que son los que se usan para el acceso a la red troncal, y para los que Telefónica tiene una oferta minorista y otra mayorista en la OIR para interconexión de circuitos. Estos circuitos o líneas alquiladas pueden ser de distintas velocidades, desde 64 Kbit/s hasta 2 Mbit/s. El precio del circuito aumenta con la velocidad, pero este aumento no es lineal, de forma que a partir de 8x64 Kbit/s sale más barato los 2 Mbit/s.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los circuitos de 2 Mbit/s son circuitos contemplados en la OIR para conexión a la red telefónica (servicio de conexión a la Red Telefónica de España). Es decir, estos circuitos conectan desde un punto de presencia del operador a un Pdl. Lo que se está asumiendo por tanto al hacer la emulabilidad es que no es efectivo hacer una conexión individual desde cada centro secundario a la red telefónica mediante un circuito alquilado (aunque en el dibujo de la pág. 16 de la Resolución recurrida aparezca esa conexión directa para simplificar), sino que el tráfico de voz procedente de los centros secundarios se concentra en puntos de la red del operador próximos a un Pdl, para desde allí conectarse al Pdl mediante el servicio de conexión a la Red Telefónica de España.

Teniendo en cuenta esto y todo lo manifestado en el punto anterior, cabe decir que esta Comisión no ha incurrido en ningún error en la determinación del coste de los accesos BRA a implantar en las dependencias del SERGAS. Siendo su análisis del todo coherente con el objetivo perseguido que es comprobar si la oferta de TESAU es emulable por un operador alternativo en el peor escenario posible.

c) Estimación de los costes asociados a la provisión de la facilidad de marcación directa (DDI) a las extensiones telefónicas internas del SERGAS.

RCABLE alega que en el Pliego de Prescripciones Técnicas del concurso se establece que el SERGAS podrá exigir al adjudicatario la facilidad de marcación directa (DDI) para todas las extensiones telefónicas de los centros dependientes del mismo. Todo ello sin coste adicional.

A juicio de la recurrente, el análisis de la Resolución de 13 mayo es erróneo porque no incluye la estimación del coste del DDI para un operador alternativo. RCABLE calcula este coste para incluirlo en su análisis alternativo.

Es necesario explicar que esta facilidad realmente se encuentra en la centralita que se vaya a utilizar o sea que la ocupación de red es exactamente la misma, por lo que no debiera de tenerse en cuenta en un análisis de emulabilidad ya que la misma no genera coste sino que dicho coste ya está implícito en la propia central.

El análisis planteado por RCABLE no parte de una hipótesis de eficiencia, sino, más bien, parece todo lo contrario, se incluyen costes que no tiene razón de ser en un análisis de este tipo, así RCABLE valora la facilidad DDI en 107.779,82 euros, añadiéndola al resultado final. No tiene sentido incluir este coste ni en el análisis de emulabilidad de la Comisión ni en el análisis alternativo que plantea la recurrente si éste pretende ser de verdad, un análisis de replicabilidad.

“2.- Análisis de los costes de la red de acceso a la red troncal del SERGAS.”

RCABLE alega que en el análisis realizado por la Comisión no se han tenido en cuenta la totalidad de los circuitos que serían precisos para constituir esta parte de la red y dotarla de las prestaciones ofrecidas por TESAU. Afirma que tendría que añadir 8 circuitos de 2Mbps en donde se agregarían todos los circuitos de acceso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este apartado hay que hacer especial mención al hecho de que la parte de red de acceso a la red troncal se corresponde con una infraestructura ya instalada sobre la que se prestan servicios liberalizados y no sujetos a regulación.

En consecuencia, TESAU estaría aprovechando un diseño de red máximo eficiente para prestar estos servicios de igual modo al que habría hecho RCABLE o cualquier otro operador que pretendiera prestar dichos servicios, y aprovechara, en su caso, la red instalada, considerando únicamente el coste incremental de prestar nuevos servicios sobre la misma, tal y como se comentará posteriormente en mayor detalle.

El análisis realizado por esta Comisión en la Resolución de 13 de mayo de 2004 considera que TESAU ya dispone en los centros secundarios del SERGAS de conexión a la red corporativa de datos del SERGAS mediante circuitos dedicados, por lo que el análisis de replicabilidad debería realizarse teniendo en cuenta dicha circunstancia. Es por ello que se calcula el coste de ampliación de dichos circuitos para soportar el nuevo tráfico de Voz sobre IP considerando dicho tráfico como un coste incremental, ya que este sería el que tendría en cuenta un operador máximo eficiente.

En el marco de este concurso tanto el SERGAS como la recurrente acudieron a esta Comisión por ser la competente para que a la vista de la oferta que presentó TESAU, comprobar si ésta era competitiva de acuerdo con el Derecho de la competencia. Esto se realizó mediante la Resolución de 13 de mayo cuyo contenido era, fundamentalmente, un análisis de emulabilidad de esa oferta.

El objetivo de todo análisis de emulabilidad (también del contenido en la Resolución de 13 de mayo) es comprobar que TESAU, por ser éste operador dominante, no está ofreciendo servicios por debajo de coste. Todo análisis se realiza bajo un prisma económico. En definitiva, no es objeto de un análisis comprobar que todos los operadores dispongan de la misma infraestructura, tecnología, etc. La finalidad del análisis es comprobar que los servicios que ofrece TESAU no los ofrece por debajo de coste porque entonces estaríamos ante un comportamiento anticompetitivo.

TESAU participó en un concurso cuyas bases se establecieron en los Pliegos y a la vista de las necesidades que se querían cubrir presentó una oferta con una solución técnica, en este caso basada en tecnología Ethernet. Teniendo en cuenta además, que en los Pliegos de condiciones técnicas se requería expresamente que los licitadores poseyeran dentro del catálogo de sus servicios, entre otros, "Circuitos Gigabit Ethernet".

Lo complicado de este caso fue el cuantificar ese proyecto ya que el mercado Ethernet es un mercado no regulado. Para ello esta Comisión se situó en el peor escenario posible y llevó los cálculos a precios OIR. El resultado fue que TESAU no estaba ofertando por debajo de coste, es decir, que económicamente la oferta de TESAU era competitiva.

RCABLE señala los costes en los que incurriría un operador que quisiera ofrecer la misma solución técnica que TESAU. Es necesario tener presente que cuando un operador participa en un concurso, TESAU igual que el resto de los operadores, ofrece la mejor oferta posible con los medios de los que dispone. Es del todo lícito, legítimo y deseable



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que las ofertas sean económicamente atractivas. Si un operador dispone de infraestructuras ya montadas o de servicios integrados no sería lógico que no los aprovechara o, como en este caso, que se proyectara la reutilización de medios ya instalados.

RCABLE plantea el problema con el que se encuentra un operador alternativo que quiera contratar la ampliación de capacidad de un circuito, según RCABLE, TESAU les obligaría a contratar un nuevo circuito, con su cuota de alta correspondiente, por el total de capacidad que vaya a ser utilizada. Respecto a esta cuestión, es preciso señalar que no existe, hasta la fecha, prueba alguna de que los costes establecidos por TESAU en su oferta comercial para estos circuitos sean distintos a los que TESAU ofrece, a su vez, como precios mayoristas para cualquier otro operador, cobrando, por tanto, al resto de operadores los mismos precios que establece para ella misma.

En caso contrario, si existiera una diferencia entre los precios que TESAU cobra al resto de operadores y los que se cobra a sí misma, supondría una vulneración del principio de transparencia y no discriminación de precios contenidos en el artículo 13.1 a) y b) de la Ley General de Telecomunicaciones, que habría de ser objeto de denuncia por parte del operador que sufriera tal discriminación ante esta Comisión.

“3.- Análisis de los costes asociados a la red troncal del SERGAS.”

RCABLE alega que TESAU ofrecía la conexión entre sí de los 11 centros principales del SERGAS a los cuales se conectarían el resto de las dependencias remotas para conformar la red corporativa. Se establece que la transmisión de datos entre los 11 centros se realizaría a través de la red IP de TESAU constituyendo dentro de ésta una red privada virtual para el SERGAS.

RCABLE alega que lo que realmente ofrece TESAU es la instalación de una auténtica red privada de alta velocidad tipo GigaBit Ethernet con capacidad dedicada entre los 11 centros principales de la red corporativa, y no, como establece la Comisión, la creación de una red privada virtual soportada sobre la red IP de TESAU.

Teniendo en cuenta esto, lo que a continuación realiza la recurrente es un análisis de emulabilidad de los costes asociados a la red troncal del SERGAS pero basándose en un contrato entre la propia RCABLE y [CONFIDENCIAL], lo que le hace llegar a la conclusión de que el análisis de la Comisión de esta partida está infravalorado.

Además de lo que ya se ha señalado en el apartado anterior respecto a la presentación de ofertas técnicas acordes con los medios de cada uno y que éstas tengan que ser ajustadas económicamente si se quieren hacer con el concurso, es necesario puntualizar que esta Comisión no puede pronunciarse de por qué el SERGAS adjudicó el concurso a TESAU. Únicamente esta Comisión afirmó que la oferta presentada por TESAU era competitiva.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, el SERGAS era la única que debía valorar las ofertas presentadas. RCABLE no estuvo de acuerdo con la adjudicación efectuada y reclamó, para más tarde desistir en vía judicial de la impugnación de dicha adjudicación.

No es objeto de esta Resolución estudiar si RCABLE ofreció una solución que no era acorde con las necesidades del SERGAS o si presentó una oferta basada en una tecnología más cara.

Por último hay que decir que si bien RCABLE se basa en un contrato privado para realizar su análisis de emulabilidad, lo cual es lícito y se toma en consideración, es igual de correcto que esta Comisión haga lo propio con ofertas que haya obtenido por otros medios.

“4.- Análisis de otros costes asociados al proyecto del SERGAS.”

RCABLE alega que la Comisión en la Resolución de 13 de mayo no tuvo en cuenta ningún otro coste asociado al proyecto planteado por el SERGAS.

En el análisis de emulabilidad alternativo que plantea la recurrente se incluyen otros conceptos que según RCABLE, se debieron de tomar en consideración en el análisis originario como pueden ser, por ejemplo: costes de circuitos de 2 Mbps para la conexión entre centralitas (PABXs), inversión en equipamiento de transmisión de datos, inversión en equipamiento de telefonía IP y pasarelas con planta instalada, coste de mantenimiento del equipamiento de telefonía IP o coste del equipo humano asignado a la implantación del proyecto.

Es necesario señalar que la Comisión en el análisis de emulabilidad que realizó con ocasión de la Resolución de 13 de mayo sí que incluyó gastos adicionales asociados a la oferta que presentó TESAU al concurso convocado por el SERGAS.

La Comisión tuvo en consideración todos estos gastos accesorios de distintas formas. Así, de manera implícita al basar todo el análisis económico en precios OIR se tienen en cuenta todos los elementos necesarios para constituir la interconexión. Todos los precios que determina son precios que contienen de manera agregada todos los elementos de coste necesarios para que la interconexión se realice.

La OIR, en definitiva, tiene en cuenta costes de personal, de materias primas, de conexión de circuitos, etc. No son costes aislados y/o independientes sino que todos son costes agregados.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando en un caso concreto existen costes que no se corresponden con los precios medios que determina la OIR se contabilizan a mayores. Así en el caso que nos ocupa, el Pliego del concurso convocado por el SERGAS (tal y como alega RCABLE) se establecía un requerimiento de mantenimiento muy exigente. Por ello, la Resolución de 13 de mayo tuvo en cuenta esta exigencia y en el análisis de emulabilidad se contabilizaron unos costes de mantenimiento trianuales de 49.500 euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RCABLE, alega que entre otros, no se ha contabilizado por esta Comisión la inversión en distinto equipamiento, cabe decir que esto también lo tuvo en cuenta la Comisión en su Resolución de 13 de mayo de 2004. Así, en la página 8 de la misma, cuando desarrolla la oferta de TESAU presentada al concurso se establece que lo que ofrece TESAU es tanto la reutilización de distintos equipos como la instalación de otros nuevos más acordes a la solución que ofrece. Es decir, la oferta de TESAU ya incluía la suma de otros costes derivados del equipamiento por lo que sí que se tuvieron en cuenta por esta Comisión a la hora de realizar el citado análisis.

De todas formas, siguiendo las especificaciones que plantea el SERGAS en los pliegos del concurso, en el punto 4 del pliego de condiciones administrativas, en cuanto desarrolla el *alcance y presupuesto* del mismo establece que *“el alcance del presente pliego es la prestación de los servicios que se especifican en el mismo. No se pretende por tanto el suministro de equipos ya que éstos son propiedad de la Xunta de Galicia”*. Afirmación ésta que se tiene que tener en cuenta tanto por los oferentes en la parte que les afecta, como por esta Comisión a la hora de analizar la emulabilidad por operadores alternativos.

Tal y como ya se ha establecido a lo largo de esta resolución, todo el estudio ha de realizarse bajo la óptica de emulabilidad, cierto, pero no se puede descontextualizar una oferta, es decir, ésta es una determinada oferta presentada por TESAU a un determinado concurso con unas determinadas condiciones y en una concreta situación. Así que el que el SERGAS no pretenda el suministro de equipamiento es un dato que se debe de tener en cuenta con objeto de minorar costes cara a la realización de ofertas más competitivas.

Por último habría que tener en cuenta, además, que estos costes se verían reducidos en la realidad, ya que no se tuvieron en cuenta ningún tipo de descuento, ni la situación efectiva de las vidas útiles de los activos inmovilizados.

Por otro lado, ni el análisis de emulabilidad de la Resolución ni el planteado por RCABLE tienen en cuenta las efectivas economías de escala que se obtendrían tanto por unos como por otros, siendo esto perfectamente legítimo e, incluso, deseable.

“6.- Cálculo del margen existente entre los costes y el precio ofertado por TESAU para la partida de “Cuotas Fijas” contemplada en el Pliego del concurso.”

RCABLE calcula en este apartado el margen que existe entre los costes asociados a la partida “cuotas fijas” y el precio que oferta TESAU. El resultado es negativo.

“7.- Cálculo del margen entre los costes y el precio ofertado por TESAU para la partida de “Tráfico Telefónico” contemplada en el Pliego del concurso.”

Para concluir su análisis alternativo, RCABLE calcula *“el margen de beneficio que podría obtener un operador alternativo que quisiera replicar la oferta de precios finales presentada por TESAU al SERGAS y, en contrapartida, debiera soportar los correspondientes costes de interconexión que corresponden a un operador eficiente para poder cursar el tráfico telefónico”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para ello divide su análisis en dos partes, según el destino del tráfico cursado:

- Ingresos y Costes de interconexión asociados al tráfico telefónico con destino a números geográficos y a redes móviles.

- Ingresos y costes de interconexión asociados al tráfico con destino “Otros números telefónicos”¹³.

Además, RCABLE incluye en su análisis de emulabilidad los costes en los que debiera incurrir un operador alternativo por cursar ese mismo volumen de tráfico de forma eficiente (costes de interconexión). Planteando dos escenarios posibles, de acceso indirecto y de acceso directo.

RCABLE como consecuencia de su análisis concluye que la oferta de TESAU no es emulable, ni siquiera aceptando la posibilidad de compensación de márgenes entre cuotas fijas y tráfico telefónico.

Este es el último punto del análisis planteado por la recurrente en el cual, además, incluye el resultado negativo del mismo.

Lo primero que hay que decir es que esta Comisión para calcular la partida de tráfico telefónico lo que hizo fue poner en relación, por un lado el patrón de consumo establecido por el SERGAS en las bases del concurso y los ponderadores correspondientes y por otro lado, los precios ofertados por TESAU. Esta Comisión determinó la facturación típica de TESAU al SERGAS teniendo en cuenta los precios de TESAU y el patrón de tráfico.

Estos precios ofertados por TESAU, aun siendo ajustados ya que no hay que olvidar que el fin de todo esto es hacerse con el concurso convocado por el SERGAS, son precios que casi en todos los casos quedan por encima del *price cap* (tarifas reguladas y publicadas en BOE).

Además, es necesario señalar que, tal y como ya se apuntó en la Resolución de 13 de mayo, el margen que obtendría un operador alternativo sería mayor porque obtendría todo el margen extra que va desde el precio de interconexión hasta el ofrecido por TESAU.

Por todo ello no cabe hablar de que la Comisión erró en el cálculo del margen de la partida “tráfico telefónico” ya que lo realizó en base a la documentación del concurso tal y como debería haber hecho también RCABLE y no basarlo en una cesta de consumo de sus clientes porque eso no es fundamento para un análisis de emulabilidad de la oferta de TESAU al concurso.

Para concluir, es cierto que RCABLE realiza todo un análisis de emulabilidad alternativo pero tal y como ella reconoce en el Recurso de Reposición interpuesto, “es la Comisión la

¹³ Por tráfico a “Otros” se entienden las llamadas dirigidas a numeración que no se corresponden ni con la geográfica ni con números móviles (p.e. 118AB, 90X...)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

única capaz de realizar el pertinente análisis de emulabilidad al carecer RCABLE de esta información necesaria”, información que se refiere, en definitiva, a la oferta presentada por TESAU, así que muchos de sus cálculos o son estimativos en base a datos reales o simplemente conjura una serie de hipótesis más o menos aproximadas para concluir, que efectivamente, la oferta de TESAU no es emulable.

Por el contrario, esta Comisión cuando estudió la oferta de TESAU en base a datos reales estimó que dicha oferta sí era emulable por otros operadores. Esto es, que la oferta de TESAU no era bajo coste. Esto es un análisis de emulabilidad, el estudiar si TESAU sirviéndose de una situación que a priori puede parecer más ventajosa se aprovecha para ofertar servicios a un precio más bajo de lo que pudiera hacerlo cualquier otro operador que invirtiera de forma eficiente sus recursos.

Por todo lo anterior, cabe desestimar la alegación relativa a la falta de eficacia de la Resolución de 13 de mayo de 2004.

De todo lo anterior se concluye que el análisis de emulabilidad que contiene la Resolución de 13 de mayo está perfectamente sustentado. RCABLE podrá no estar de acuerdo con el resultado de dicho análisis, tal y como se desprende del recurso de reposición interpuesto, pero que bajo ningún concepto éste parte de premisas erróneas, realiza un mal desarrollo o llega a conclusiones equivocadas. Por lo que no cabe hablar, tal y como alega RCABLE de falta de eficacia de la Comisión si entendemos ésta como la entiende la recurrente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por R CABLE y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. y R CABLE TELECOMUNICACIONES CORUÑA, S.A. contra la Resolución de 13 de mayo en el trámite de información previa iniciado con respecto a la oferta presentada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. al SERVICIO GALLEGO DE SALUD por la que se acuerda dar por finalizado el mismo

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL DIRECTOR DE
ASESORÍA JURÍDICA

Vº Bº EL PRESIDENTE

Miguel Sánchez Blanco
P.S. art. 7.2 O.M. de 9 de abril de 1997
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Reinaldo Rodríguez Illera