



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de abril de 2006, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 19 DE MAYO DE 2005 SOBRE LA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA) DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. PARA ADECUARLA A LA ELEVACIÓN DE VELOCIDADES ADSL EN EL NIVEL MINORISTA**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) contra la Resolución de fecha 19 de mayo de 2005, sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la elevación de velocidades ADSL en el nivel minorista (Expediente DT 2005/418), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 13/06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 6 de abril de 2006, recaída en el expediente AJ 2005/1026.

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de mayo de 2005 el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la elevación de velocidades ADSL en el nivel minorista.

**SEGUNDO.-** Con fecha 5 de julio de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la entidad Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) por el que interpone



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

En el citado escrito manifiesta que son varios los aspectos contenidos en la referida Resolución que contravienen el ordenamiento jurídico y pueden dar lugar a su nulidad de pleno derecho o subsidiariamente a su anulabilidad por falta de la debida motivación, conforme a los artículos 54, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). En este sentido manifiesta:

1. Que *“En aras de la brevedad expositiva, nos remitimos en su integridad a lo manifestado en las citadas alegaciones ya presentadas ante esa Comisión en el ámbito del expediente DT 2005/418. Conforme a ello, debería anularse aquello en que se contradice lo afirmado por esta parte en sus alegaciones en el expediente”*.

2. Que la Resolución recurrida ha de ser anulada en lo que respecta a los precios de la modalidad B, reduciendo el coeficiente aplicado como mínimo a 1'16.

Señala que en sus alegaciones al trámite de audiencia ya señaló que consideraba incorrecto el cálculo del precio de la modalidad B al tomarse como referencia el precio de la modalidad O aplicando una relación de 1'25 en lugar de la relación de 1'16 empleada actualmente.

En la Resolución recurrida esta Comisión manifestó que:

*“...La variación de las tasas binarias de reserva en las modalidades B y O obligan a calcular de nuevo esta relación, que como se ha dicho es de 1'16 en la OBA vigente, y que pasa a ser de 1'25 tras la elevación de velocidades, tal como se observa en el estudio de costes, teniendo en cuenta la estimación del coste de producción de un servicio equivalente a GigADSL a través de su acceso compartido”*.

Pues bien, respecto a lo manifestado por esta Comisión en la Resolución impugnada señala que respecto a la modalidad B simplemente se volvió a explicar en términos generales el mecanismo aplicado pero no la sustitución de un coeficiente por otro y que la invocación genérica de unos costes que no se especifican tampoco supone una motivación suficiente.

Alega que mientras la aplicación del mecanismo *retail minus* ha dado lugar a un aumento del porcentaje aplicado entre el precio mayorista y el minorista, el único precio que se desvía de la tendencia es el de la modalidad B, lo que induce a estimar que se ha producido un error en la definición de la fórmula aplicada o de su aplicación.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**TERCERO.-** Con fecha 3 de agosto de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de alegaciones de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) al recurso de reposición interpuesto por ASTEL por el que manifiesta su desacuerdo con los motivos alegados por la recurrente en el recurso de reposición por falta de fundamentación del mismo señalando su conformidad con la Resolución impugnada.

En relación con los precios de la modalidad B manifiesta lo siguiente:

Que la única razón para mantener el valor de 1'16 que solicita ASTEL sería considerar que dicho valor es una constante con independencia de la velocidad y, por tanto, de los recursos de red empleados en la prestación de cada modalidad.

Alega que la razón esgrimida por esta Comisión para establecer la relación es la existente entre recursos de red empleados, definida mediante la tasa binaria de reserva, elevándose los recursos de red empleados al aumentar la velocidad de 256 kbit/s a 512 kbit/s, en ambos casos, con 10% de garantía o sin dicha garantía. Manifiesta que la relación establecida parte de que el coste de cualquier modalidad basada en alquiler de bucle es la suma del coste fijo (componentes OBA de carácter fijos) más el componente variable (dependiente del tráfico, o sea, recursos de red empleados o tasa binaria de reserva), multiplicado éste último por la reserva de cada modalidad.

Manifiesta que el cociente de dicha expresión para ambas modalidades no es un valor fijo al depender, manteniendo constantes los valores fijos y variables, de las tasas binarias de reserva. Antes de la elevación de las velocidades de este año éstas eran 25 y 50 kbit/s, de donde se obtenía la relación de 1'16 y después de la elevación, tras la Resolución de esta Comisión de mayo de 2005, al elevarse las tasas binarias a 50 y 100 kbit/s, la relación entre modalidades pasa a ser de 1'25.

**CUARTO.-** Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 13 de octubre de 2005, se solicitó a la entidad ASTEL, en virtud de lo dispuesto en el artículo 71.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), un escrito de mejora voluntaria del recurso de reposición al que se refiere el antecedente de hecho segundo de la presente Resolución, en concreto, del apartado primero del punto 3º de los Fundamentos Jurídicos del recurso interpuesto.

**QUINTO.-** Como consecuencia de la solicitud referida en el antecedente anterior, con fecha 21 de octubre de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión, escrito presentado por la entidad ASTEL por el que procede a la mejora voluntaria del recurso potestativo de reposición



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

citado anteriormente, interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 19 de mayo de 2005. En el citado escrito manifiesta :

1. Que en relación con el porcentaje de 22'9 establecido por esta Comisión como la proporción que representan las líneas desagregadas sobre el total de las líneas ADSL minoristas de operadores alternativos soportadas en infraestructuras ADSL de TESAU, la Resolución recurrida no ha explicado qué tipo de razonamiento lleva a dar por supuesto que dicho porcentaje representa la medida de la posibilidad real de disminución de costes en la provisión del servicio minorista ADSL para un operador concreto, siendo necesario pues, un análisis de disponibilidad efectiva de bucles desagregados a corto plazo y para un operador concreto.

Manifiesta que ante la alta conflictividad relativa al cumplimiento de la OBA y ante los reiterados problemas de escasez de espacio en las centrales, no es posible aceptar sin más un criterio de replicabilidad basado en el número total de los bucles que ya han sido desagregados, debiendo matizarse dicho elemento aplicando un coeficiente que pondere las solicitudes de servicios OBA entregadas en plazo. De acuerdo con ello, en el escrito presentado proponen un criterio de ponderación que consideran más aceptable el cual tendría tres elementos:

*“A: líneas desagregadas/líneas ADSL de operadores alternativos*

*B: servicios básicos OBA en plazo/servicios básicos OBA solicitados  
(por básicos se entienden coubicación, Eds, TCI)*

*C: media aritmética del número de centrales de los 3 o 5 primeros  
Operadores/ número total de centrales con presencia de operadores*

*El coeficiente de ponderación aplicable sería  $A * B * C = P$ .”*

Con la aplicación del criterio propuesto y utilizando el porcentaje utilizado por esta Comisión en el valor A, señalan que el valor de P sería mucho menor, en concreto el 4'58%, con lo que se provoca *“una reducción del porcentaje de ponderación a menos de una cuarta parte del estimado por la Resolución.”*

2. Que en la Resolución recurrida existe una insuficiente acreditación de la veracidad de los datos sobre las líneas de acceso desagregado existentes en los que se basa el porcentaje concreto de 22'9% (porcentaje que representan las líneas desagregadas sobre el total de líneas ADSL minoristas de operadores alternativos soportadas en infraestructuras ADSL de TESAU).

Manifiesta que el porcentaje citado se basa exclusivamente en los datos proporcionados por TESAU y que por ser proporcionados por una de las partes deberían ser objeto de prueba por lo que señalan que no es admisible la ausencia de toda actividad probatoria al respecto y entienden que *“los datos citados no pueden servir de base al cálculo efectuado en la Resolución impugnada causando la falta de motivación del punto relativo al porcentaje de*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*ponderación del acceso desagregado y dando lugar a la indefensión de esta parte, que no puede discutir lo que no se fundamenta”.*

3. Que la Resolución recurrida no ha refutado su alegación relativa a que se ha subestimado el coste por línea de replicar el servicio GigADSL sobre la base de dicha modalidad de acceso desagregado.

En respuesta a la alegación de ASTEL en relación a que no se estaban teniendo en cuenta todos los costes que suponen el acceso compartido, esta Comisión en la Resolución recurrida manifestó que *“...dichos costes correspondientes a la coubicación, tendidos de cable, etc. se tienen en cuenta en el estudio elaborado por Arcome-Elmco. Este es el motivo por el cual este coste obtenido está en línea con las ofertas ADSL minoristas que están ofreciendo prestadores de servicios que se apoyan precisamente en el acceso desagregado para construir su servicio”.*

Frente a lo dispuesto en el párrafo anterior señala que esta Comisión se ha limitado a argumentar la bondad de los informes de las consultoras Arcome-Elmco sin que se detallen los cálculos efectuados cubiertos bajo el manto de la confidencialidad, cuya aplicación en ese caso es incomprensible ya que los datos se refieren a los costes de un operador alternativo teórico.

Por lo que manifiesta que la ausencia injustificada de tales datos imposibilita la posibilidad de discutir las estimaciones en que se basa esta Comisión, provocando una indefensión por la ausencia de motivación ante la que argumentar, lo cual da lugar a la nulidad o anulabilidad del citado apartado de la Resolución.

4. Que esta Comisión al no haber justificado el rechazo a su propuesta sobre la replicabilidad de los servicios GigADSL le ha causado indefensión al no haber podido contraargumentar el citado rechazo.

Manifiesta que esta Comisión en la Resolución recurrida estableció que ASTEL, en relación con el margen para la replicabilidad sobre GigADSL, simplemente había solicitado un nuevo cálculo con criterios más ajustados a la realidad, pero que al no haber realizado ninguna propuesta concreta, no había sido posible atender a la alegación realizada.

Frente a lo señalado en el párrafo anterior manifiesta que en las alegaciones que realizaron al informe elaborado por los Servicios de esta Comisión en el trámite de audiencia se incluían suficientes elementos para calcular de otro modo la emulabilidad como son: la aplicación de un porcentaje diferente en la ponderación del acceso compartido, basado en la disponibilidad para un operador concreto y en datos neutrales y comprobados y, la estimación completa de los costes de prestación del acceso compartido.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5. Que no existe razón alguna que justifique que el precio de la modalidad B sea la única que ha subido de precio.

En el escrito de mejora presentado vuelve a reiterar los argumentos aducidos en el recurso interpuesto en relación con el precio establecido para la modalidad B y añade que el perjuicio por el incremento del precio afecta negativamente a la competencia pues se produce en la única modalidad en la que TESAU no está presente, afectando por tanto únicamente los operadores competidores.

**SEXTO.-** Con fecha 25 de noviembre de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU al escrito de mejora referenciado en el antecedente de hecho anterior.

En el citado escrito manifiesta previamente que esta Comisión debería proceder a la inadmisión del escrito de mejora presentado por la recurrente ya que por el mismo se está ampliando el objeto del recurso originariamente interpuesto, por lo que se está vulnerando no solo lo dispuesto en el artículo 71.3 de la LRJPAC, sino también su derecho de defensa.

Una vez realizada la alegación expuesta manifiesta lo siguiente:

1. Que el factor de ponderación correcto debe tener en cuenta el número total de bucles disponibles para desagregación y prestación de servicios ADSL y, no sólo aquellos que están ocupados y, menos aún si son titularidad de un operador concreto.

Asimismo manifiesta que si bien al cierre de octubre la cifra de bucles desagregados era de 388.094, lo cual demuestra el enorme esfuerzo realizado, el número de líneas GigADSL de operadores alternativos ha ido paulatinamente descendiendo.

*Señala que “los análisis de replicabilidad efectuados y la prómediación con los costes desagregados de cara a evaluar la replicabilidad de las ofertas y los márgenes de promociones son aspectos objeto de resolución de otros expedientes y no del expediente de duplicación de velocidades que ASTEL recurre. Todo ello con independencia de que CMT ha dado cumplida explicación de los criterios aplicados, que se basan en la disponibilidad real y pasada, y no potencial, y que los supuestos incumplimientos de la OBA alegados por ASTEL para una modificación de la fórmula son objeto de otros expedientes...”.*

2. Que respecto a la veracidad de los datos que TESAU entrega a esta Comisión en cumplimiento de los requerimientos de información solicitados es la recurrente quien debe aportar las pruebas que considere oportunas a fin de acreditar que no está aportando datos ciertos.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Que respecto a la alegación de ASTEL relativa a que el perjuicio por el incremento del precio de la modalidad B afecta negativamente a la competencia manifiesta que los operadores son libres de elegir el modelo de negocio y la proporción de cada una de las modalidades sin que ninguno esté obligado a contratar la citada modalidad.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.**

##### **Primero.- Calificación del escrito.**

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera 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 5 de julio de 2005, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha de 19 de mayo de 2005.

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

El recurso de reposición 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

### **Cuarto.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

### **II.- Fundamentos jurídicos materiales.**

#### **Primero.- Sobre la falta de la debida motivación de la Resolución recurrida.**

Manifiesta la recurrente que son varios los aspectos contenidos en la Resolución recurrida que contravienen el ordenamiento jurídico y pueden dar lugar a su nulidad o anulabilidad por falta de la debida motivación.

Respecto a la citada alegación procede traer a colación la reiterada interpretación jurisprudencial en relación con la motivación de los actos administrativos, con arreglo a la cual la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.

En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), señalaba lo siguiente:

*“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.*

Asimismo, en Sentencia de fecha 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957) establecía que:

*“...tampoco se vulnera el artículo 54 de la Ley 30/1992 en la última modificación operada por la Ley 4/1999 respecto de la exigencia de motivación aludida por la parte recurrente como causa de nulidad del acto administrativo*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*impugnado, puesto que como ya indicara reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponente, entre otras, las sentencias de 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418) y la posterior de 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486), en el Acuerdo impugnado se da cumplida respuesta y se da a conocer a la destinataria las razones de la decisión, permitiendo frente a ella la interposición de los recursos procedentes”.*

Por último, en Sentencia de fecha 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918) se establecía lo siguiente:

*“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo, no puede confundirse con su falta de motivación”.*

Dicho todo lo anterior procede desestimar la alegación de la recurrente ya que parece estar confundiendo la falta de motivación con el hecho de no compartir el criterio establecido por esta Comisión. Tal y como se demostrará en los fundamentos siguientes, esta Comisión sí ha fundamentado tanto los motivos que determinaron resolver la comercialización por TESAU de las nuevas modalidades resultantes de las velocidades propuestas así como los cambios que la elevación de las velocidades citadas ocasionaban en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA), exponiendo y desarrollando con la debida separación entre hechos y fundamentos de Derecho, las circunstancias que justificaban tanto la elevación de velocidades y modificación de la OBA citadas como los términos en los que estas debían realizarse y la mejor muestra de la existencia de tal motivación es, precisamente el recurso de reposición interpuesto por ASTEL en el que se rebaten los distintos argumentos esgrimidos por esta Comisión en la Resolución impugnada.

### **Segundo.- Sobre la procedencia del escrito de mejora presentado por ASTEL.**

TESAU manifiesta que el escrito de mejora remitido por ASTEL amplía el objeto del recurso de reposición originariamente interpuesto, con lo que se está vulnerando tanto lo dispuesto en el artículo 71.3 de la LRJPAC como el derecho de defensa de TESAU.

En primer lugar, sobre la improcedencia del escrito de mejora referenciado procede poner de manifiesto lo establecido por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 20 de mayo de 2002:

*“... se argumenta que se presenta, dentro del plazo de quince días, un escueto escrito de interposición del recurso de alzada .. en el que no se aporta ningún tipo de razonamiento ni se acompaña ningún documento. Y, luego, tres meses después (fuera del plazo legal establecido en el artículo 122.4 LPA) se presenta un escrito de ampliación del recurso al que se incorpora importante prueba documental. Dicho escrito, consideran los recurrentes, no debió ser admitido por extemporáneo y por no estar previsto en la Ley, y, en todo caso, al admitirse debió darse traslado de él a los interesados en el expediente. Y como*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*no se hizo ni lo uno ni lo otro se produjo la infracción de los preceptos legales citados.*

*Sobre esta alegación que fue deducida en la instancia, la sentencia recurrida entiende que se trataba de alegaciones realizadas con cobertura legal en los citados artículos 83 y 117 LPA, no siendo extemporáneas ni generadoras de nulidad,...*

*Dicho razonamiento de Sala de instancia sólo parcialmente puede compartirse. Si el escrito de interposición del recurso de alzada se presenta dentro de los quince días siguientes a la notificación del acto que se recurre, ha de entenderse que se cumple con la exigencia de temporaneidad que resultaba del artículo 122.4 LPA; y, asimismo, el procedimiento administrativo y, en particular, los recursos administrativos no están regidos por un principio de preclusión tan exigente que impidiera al recurrente formular, con posterioridad a la interposición, ningún tipo de alegaciones...*

*Ahora bien, si se producían dichas alegaciones complementarias, cuando había terceros interesados era preciso, en todo caso, el traslado de las mismas<sup>1</sup>. El artículo 117.3 LPA se refería expresamente al escrito de recurso, pero, lógicamente cuando sólo existiera dicho escrito. Pues si había otros complementarios la misma finalidad y el propio régimen del artículo 91 LPA, al que se remitía el citado artículo 117.3 LPA, exigía el traslado de aquéllos a los interesados*”.

De acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal Supremo procede admitir el escrito de mejora presentado por la recurrente y consiguientemente desestimar la alegación de TESAU al no vulnerarse el principio de la recepción de la voluntad por el destinatario de la misma por la presentación de un recurso complementario al recurso inicial, ya que, con este último, conservándose las expectativas que el recurso proporciona, puede completarse éste sin que ello suponga violar el principio de declaración de la voluntad ya recibida por esta Comisión.

Y en segundo lugar, igualmente procede desestimar la supuesta vulneración del derecho de defensa que se le ha causado ya que, al habérsele dado traslado del escrito de mejora presentado, ha podido realizar y de hecho ha realizado mediante el escrito al que se refiere el antecedente de hecho sexto de esta Resolución, las alegaciones que ha estimado convenientes, ejerciendo consecuentemente su derecho de defensa frente a lo alegado por ASTEL. A estos efectos procede poner de manifiesto la definición que el Tribunal Constitucional ha dado de la indefensión, definición que ha sido recogida por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 15 de junio de 2004:

*“una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio*

---

<sup>1</sup> El subrayado es nuestro.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción”.*

Pues bien, en el procedimiento que ha dado lugar a la presente Resolución, no se ha privado a TESAU del ejercicio de sus facultades de alegar y de justificar sus derechos, derecho que ha ejercido, tal y como señalamos anteriormente mediante el escrito al que se refiere el antecedente de hecho sexto, debiéndose consecuentemente desestimar la alegación realizada.

**Tercero.- En relación con el porcentaje de 22’9 representativo de la cantidad de líneas desagregadas sobre el total de líneas ADSL minoristas de operadores alternativos soportadas en infraestructuras ADSL de TESAU.**

Manifiesta la recurrente que no se ha justificado qué razonamiento ha llevado a dar por supuesto que el porcentaje de 22’9 representa la medida de la posibilidad real de disminución de costes en la provisión del servicio minorista para un operador concreto, considerando que sería necesario un análisis de disponibilidad efectiva de bucles desagregados a corto plazo y para un operador concreto.

Asimismo señala que ante la alta conflictividad relativa al cumplimiento de la OBA y ante los reiterados problemas de escasez de espacio en las centrales no es posible aceptar sin más un criterio de replicabilidad basado en el número total de los bucles que ya han sido desagregados, debiendo matizarse dicho elemento aplicando un coeficiente que pondere las solicitudes de servicios OBA entregadas en plazo. De acuerdo con ello, proponen un criterio de ponderación que consideran más aceptable.

Y por último señala que existe una insuficiente acreditación de la veracidad de los datos sobre las líneas de acceso desagregado existentes en los que se basa el porcentaje concreto aplicado para la ponderación del acceso compartido.

Pues bien, frente a las citadas alegaciones es preciso manifestar lo siguiente:

1) Sobre el razonamiento que ha llevado a esta Comisión a entender que el porcentaje de 22’9 representa la medida de la posibilidad real de disminución de costes en la provisión del servicio minorista ADSL para un operador concreto.

Es preciso señalar que ya en la Resolución de fecha 19 de mayo de 2005 se estableció que en la Resolución de esta Comisión de fecha 14 de marzo de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2005<sup>2</sup>, sobre el lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL 12/04” de facturación por volumen, se acordó tener en cuenta para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes, el hecho de que los operadores alternativos no configuran sus servicios ADSL minoristas haciendo uso únicamente del servicio GigADSL sino que también emplean el acceso desagregado al bucle. Asimismo en la Resolución de 31 de marzo de 2005<sup>3</sup> se acordó continuar en esta línea de tener en cuenta el acceso desagregado en la estimación de costes en que incurren los operadores alternativos en la prestación de servicios ADSL minoristas.

Esta Comisión ha indicado que teniendo en cuenta la realidad que supone el uso combinado de GigADSL y del acceso desagregado por los operadores alternativos, y a la luz de los incumplimientos de la OBA por parte de TESAU denunciados ante esta Comisión, se estima conveniente promediar los costes GigADSL y de acceso desagregado sobre el uso real que se hace de este último, basado en las líneas cubiertas por centrales en las que existe desagregación.

De esta forma, se consigue que la incorporación de los costes del desagregado en la determinación del margen para promociones se lleve a cabo de forma progresiva, pasando de la situación actual en donde el impacto en los costes es reducido, a otro escenario futuro en donde el éxito del acceso desagregado contribuirá significativamente a mejorar la capacidad competitiva de operadores alternativos que emplean esta vía para competir con el Grupo Telefónica en el mercado minorista ADSL.

A estos efectos, para tomar en consideración los costes de acceso desagregado en combinación con el servicio mayorista GigADSL se asumen los costes de acceso desagregado en la proporción que representan las líneas desagregadas sobre el total de líneas ADSL del mercado minorista, descontadas las correspondientes a TESAU y TERRA. Y es de la realización de este cálculo del que se obtiene la cifra de 22'9%, calculada haciendo uso de los datos remitidos por TESAU.

Además, es conveniente precisar que se trata de un cálculo sobre la base de datos reales, no de estimaciones prospectivas que ASTEL pueda considerar más o menos atinadas. Se parte de datos que han sido suministrados por TESAU y reflejan la realidad de la cartera de clientes de los operadores alternativos, pero no alcanzan a reproducir la que puede ser situación en el futuro inmediato.

---

<sup>2</sup> Resolución sobre el lanzamiento por TESAU del servicio minorista “ADSL 12/04” de facturación por volumen.(MTZ 2005/101).

<sup>3</sup> Resolución respecto a la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia en la comercialización de la promoción de Telefónica de España, S.A.U. sobre los productos 'Adsl tiempo libre' y 'Aadsl a tu medida'



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De manera que, teniendo en cuenta lo dispuesto anteriormente y que la recurrente fue asimismo parte interesada tanto en la Resolución recurrida como en las Resoluciones citadas anteriormente de fechas 14 y 31 de marzo de 2005, procede desestimar su alegación relativa al desconocimiento del tipo de razonamiento que ha llevado a esta Comisión a dar por supuesto que el citado porcentaje representa la medida de la posibilidad real de disminución de costes en la provisión del servicio minorista ADSL para un operador concreto.

### 2) Sobre la realización del análisis de disponibilidad efectiva de bucles desagregados a corto plazo y para un operador concreto.

Es preciso poner de manifiesto que ya en la Resolución recurrida que, a su vez, se remitía a la Resolución de 14 de marzo de 2005, se estableció que *“...considerar el estado actual de la desagregación del bucle del abonado estaría en la línea de no imponer al operador dominante obligaciones excesivas que impidieran su legítimo derecho a defender sus intereses, cuando sus conductas no supongan un abuso de posición de dominio”*.

Tal y como se indicó en la Resolución recurrida, la decisión de descartar la promediación en base a las líneas potencialmente desagregadas se adoptó debido a los problemas existentes para el cumplimiento de la OBA por parte de TESAU, obedeciendo a la búsqueda de un mecanismo alternativo al de tomar las líneas potencialmente desagregables y cuya aplicación se debe entender como transitoria en tanto no se despejaron las dudas sobre las denuncias realizadas contra TESAU por supuestos incumplimientos de la OBA.

Por otro lado es preciso poner de manifiesto que si el análisis realizado se hiciera a corto plazo, tal y como solicita la recurrente, esto es, en base a líneas potencialmente desagregadas, el citado porcentaje sería mayor, teniendo en cuenta que el número de líneas desagregadas siempre va a ir en aumento, hecho que, sin lugar a duda, perjudicaría a la recurrente.

Y respecto a la solicitud de la recurrente de que el análisis se realice para cada operador en concreto, hay que poner de manifiesto que ciertamente el método de cálculo utilizado no está particularizado para cada agente del mercado, aunque sí se ajusta a la situación general teniendo en cuenta todos los operadores alternativos. Es decir, por medio de este mecanismo se ha tratado de reflejar la situación promedio de los operadores alternativos, asumiendo que se está llevando a cabo una transición desde acceso indirecto a acceso desagregado. Parece claro que no sería conveniente optar por la solución de ASTEL de hacer el cálculo por operador, puesto que con ello sólo se conseguiría primar a los operadores que avanzan más lentamente hacia el acceso desagregado, en detrimento de quienes acometen mayores inversiones en red de acceso, consiguiéndose el efecto contrario al perseguido con esta medida.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### 3) Sobre el criterio de ponderación propuesto por ASTEL.

La alegación de ASTEL no se corresponde con la medida efectivamente adoptada por esta Comisión. Esto es, el cálculo finalmente utilizado no se basa en proyecciones de la situación futura a que puede llegar el despliegue y la cartera de clientes de los operadores de acceso al bucle, sino que se basa, única y exclusivamente, en datos de la situación real a 31 de marzo de 2005. Por ello, no tiene sentido la aplicación de los factores de ASTEL, destinados a atenuar el efecto de unas estimaciones de despliegue que a la recurrente pudieran parecer excesivamente optimistas. Adviértase además que la solución adoptada no actúa en favor de TESAU sino de los operadores de ASTEL, ya que se tiene en cuenta la situación a la que han llegado los operadores, y no su potencial de futuro, como debería haberse hecho si no fuera por los problemas que ya manifestó esta Comisión sobre el cumplimiento por TESAU de la OBA en el momento de establecer este criterio de ponderación.

### 4) Insuficiente acreditación de los datos sobre las líneas de acceso desagregado existentes en los que se basa el porcentaje concreto aplicado para la ponderación del acceso compartido.

Manifiesta la recurrente que esta Comisión al no haber realizado actividad probatoria alguna para confirmar la veracidad del porcentaje aportado por TESAU de 22'9 aplicado para la ponderación del acceso compartido, no ha procedido a la necesaria motivación del dato citado causándole con ello indefensión.

De lo anteriormente expuesto da la impresión que, de acuerdo con lo alegado por la recurrente, esta Comisión debería proceder a la corroboración de todos los datos que reciba de los distintos operadores aunque no exista indicio de falsedad alguna en los mismos.

Frente a ello es preciso señalar que la citada corroboración carecería de todo fundamento lógico y jurídico. Esto es, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo (RJ 1986/1616) *“incumbe la prueba al que afirma y no al que niega”* por lo que si la recurrente es la que estima que el dato aportado por TESAU no es cierto, debería haber probado fehacientemente dicha afirmación, ya que el hecho de que los datos hayan sido aportados solamente por una de las partes no sirve por sí solo de fundamento para poner en duda la veracidad de ningún tipo de información.

De manera que esta Comisión, al no haber aportado la recurrente ninguna prueba indicio que implicara que los datos aportados por TESAU no eran ciertos, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la Resolución impugnada, esto es, que (RJ 1993/1924) *“corresponde al instructor del expediente discernir si las pruebas propuestas son de utilidad*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*para el esclarecimiento de los hechos”, así como “la amplia libertad que posee la Administración para decidir sobre los hechos que se pretenden probar y si son pertinentes o no los medios de prueba propuestos por los interesados”, estimó que el argumento aportado por la recurrente carecía absolutamente de fundamento, denegando consecuentemente la prueba propuesta.*

Y dicha denegación, contrariamente a lo alegado por la recurrente se motivó en los siguientes términos:

*“En este caso, el dato del 22,9 % se obtiene a partir de la información que TESAU remite mensualmente a la CMT en cumplimiento del resuelve séptimo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modificó la OBA, y más concretamente sobre las cifras relativas a los servicios de prolongación de par y conexiones de GigADSL. En suma, a los efectos de la promediación de los costes del acceso desagregado en el establecimiento de la cuota mensual de conexión GigADSL, esta Comisión da por buenas las cifras comunicadas por TESAU, sin que ASTEL haya presentado argumento alguno que hagan dudar de su veracidad. En efecto, si ASTEL tuviera dudas fundadas sobre dicha veracidad, bien podría aportar datos sobre el número de líneas minoristas ADSL de sus asociados, así como de conexiones con acceso desagregado provisto por TESAU.”*

Teniendo en cuenta lo dispuesto anteriormente procede desestimar la alegación realizada ya que la prueba de que la motivación cumplió con los requisitos exigibles es que la recurrente ha conocido el motivo de la denegación de su solicitud pudiendo argumentar en consecuencia en el recurso que ha dado lugar a la presente Resolución.

### **Cuarto. - Sobre la estimación de los costes de prestación sobre acceso compartido.**

La recurrente manifiesta que en la Resolución impugnada no se ha dado respuesta a su alegación relativa a que esta Comisión está subestimando el coste por línea de replicar el servicio GigADSL sobre la base de dicha modalidad de acceso desagregado al no tener en cuenta todos los costes que supone este último, ya que, respecto a la falta de fundamentación alegada, esta Comisión se remite simplemente a que dichos costes sí se tienen en cuenta en los informes de las consultoras Arcome y Elmco, informes a los que no ha podido tener acceso aún a pesar de que éstos se refieren a los costes de un operador alternativo teórico. Señala que la ausencia injustificada de tales datos imposibilita la posibilidad de discutir las estimaciones en que se basa esta Comisión provocándole indefensión por la ausencia de motivación ante la que argumentar.

Respecto a lo manifestado por la recurrente procede traer a colación lo establecido en la Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) en relación



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con la competencia de esta Comisión para declarar la confidencialidad de las informaciones que los operadores le aporten:

*“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”.*

De acuerdo con la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación que atribuye el artículo 46.1.d) de la LGTel a esta Comisión, corresponde a la misma la declaración de confidencialidad de los documentos que obren en sus archivos, a fin de dar cumplimiento a las normas que prohíban que esta Comisión revele la información amparada por el secreto comercial e industrial que resulte contenida en los mismos.

Los criterios que utiliza esta Comisión para decidir sobre la confidencialidad deben obtener un justo equilibrio entre la necesidad de desvelar la información imprescindible para que las partes interesadas puedan hacer alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes y la necesidad de salvaguardar los secretos que pertenecen a cada operador. Esto es, para no causar daños ni perjuicios irreparables a los operadores que aportan sus datos a esta Comisión, hay que otorgar el beneficio de la confidencialidad a aquellos datos que puedan ser reputados como secretos comerciales y valorar los que, sin llegar a serlo, puede estimarse que constituyen una información sensible.

Es preciso destacar que la garantía de la confidencialidad de las informaciones, datos y documentos aportados con tal carácter a los expedientes tramitados por esta Comisión constituye el contrapeso indispensable a las normas que exigen a los operadores colaborar con ellos y suministrar las informaciones requeridas, además de una garantía imprescindible para evitar que terceras personas, a través del acceso al expediente, obtengan informaciones de carácter estrictamente reservado y confidencial.

Una vez puesta de manifiesto la importancia de la declaración de confidencialidad de ciertas informaciones, y el derecho de los operadores a obtener la misma, procede argumentar porqué no se le ha producido a la recurrente la invocada indefensión.

El artículo 54 de la LRJPAC establece que los actos administrativos se entenderán motivados con una sucinta referencia de hechos y fundamentos de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Derecho. Esto es, la finalidad de la motivación de los actos administrativos es que permitan al destinatario su adecuada defensa. Pues bien, procede recordar la motivación de la declaración de confidencialidad que esta Comisión hizo del citado estudio Arcome-Elmco en el cual, tal y como se estableció en la Resolución recurrida, se contienen los costes invocados por la recurrente correspondientes a la coubicación, tendidos de cable, etc.. Esta Comisión en Resolución de fecha 28 de julio de 2004<sup>4</sup> estableció lo siguiente:

*“Con respecto a los estudios finales de costes elaborados por los Servicios de esta Comisión que han servido de base a los ahora aprobados, es preciso destacar que su contenido ha de considerarse confidencial. En efecto, dichos estudios contienen información detallada de los costes en los que incurre TESAU en la provisión de los diferentes servicios, que constituyen documentación especialmente sensible para el operador dominante. Atendiendo al criterio de proporcionalidad entre el interés de los operadores en acceder a dicha información y el interés de TESAU en que los datos no sean puestos a su disposición, esta Comisión estima irrelevante el primero frente al hipotético perjuicio irrogado a dicha compañía. Por ello, en atención a lo dispuesto en el artículo 37.5 de la LRJPAC y conforme a la Disposición adicional Undécima de la LGTel, se declara confidencial dicha información en la presente resolución, excepto para TESAU”.*

En virtud de lo expuesto, procede desestimar la alegación de la recurrente al no habérsele causado indefensión alguna por tener suficiente conocimiento de las razones y fundamentos de la confidencialidad acordada y haber podido argumentar en consecuencia justificando sus derechos e intereses tal y como ha hecho en el recurso interpuesto.

A mayor abundamiento, frente a lo señalado por la recurrente en relación a que esta Comisión no ha tenido en cuenta todos los costes que constituyen el acceso compartido, procede poner de manifiesto lo señalado por esta Comisión recientemente en Resolución de fecha 2 de febrero de 2006<sup>5</sup> en respuesta a la misma alegación de la recurrente:

*“No es cierto, como denuncia ASTEL, que en los costes de prestación con base en acceso compartido no se incluyan todos los costes que suponen dicho tipo de acceso: alta, coubicación, tendido de cable, entrega de señal, etc. Efectivamente, si se tuviera en cuenta únicamente el servicio de prolongación de par en acceso compartido el coste por línea no sería de 13,58 euros sino tan solo de 3 euros. Este coste de 13,58 euros representa, en promedio, lo que le*

<sup>4</sup> Resolución de 28 de julio de 2004 de los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U.

<sup>5</sup> Resolución por la que se resuelven los recursos potestativos de reposición interpuestos por Uni2 Telecomunicaciones, S.A. y la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) en relación con el Acuerdo del Consejo de 14 de marzo de 2005, sobre el lanzamiento por parte de Telefónica de España S.A.U. del servicio minorista “ADSL 12/04” de facturación por volumen.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*supone a un operador alternativo eficiente construir un servicio equivalente a GigADSL teniendo en cuenta todos los servicios necesarios.*

*Por otro lado, tampoco se tiene en cuenta, según ASTEL, que en algunos supuestos estos costes pudieran ser superiores como consecuencia de tener que recurrir a ubicación distante. En este sentido, cabe señalar que el enfoque empleado, basado en la construcción de un servicio GigADSL por parte de un operador alternativo eficiente partiendo de las mejores opciones de servicios de los disponibles en OBA, ya está partiendo de una solución tecnológica basada en una red ATM construida a partir de la agregación de líneas en 109 puntos, que está siendo superada en la práctica por soluciones que hacen uso de DSLAM IP, más eficientes en costes. Por tanto, el hecho de no tener en cuenta situaciones particulares en las que los costes de producción del servicio equivalente a GigADSL pudiera elevarse, se ve compensado por el hecho de no considerar, en sentido contrario, los mejores costes que los operadores alternativos pueden obtener con una arquitectura totalmente IP”.*

Se han de rechazar por tanto, las alegaciones vertidas en relación con el presente motivo de impugnación.

### **Quinto.- En relación con el margen para replicabilidad sobre GigADSL.**

Manifiesta la recurrente que esta Comisión, al no haber justificado el rechazo de su propuesta sobre la replicabilidad de los servicios GigADSL, en la que se incluían elementos para calcular de otro modo la emulabilidad como la aplicación de un porcentaje diferente en la ponderación del acceso compartido o la estimación completa de los costes de prestación del acceso compartido, le ha producido indefensión al no haber podido contrargumentar el citado rechazo.

Asimismo procede la desestimación de la presente alegación teniendo en cuenta lo señalado en los fundamentos de Derecho tercero y cuarto al haber fundamentado esta Comisión porque no ha utilizado los datos propuestos por la recurrente para la realización del análisis del margen para replicabilidad sobre GigADSL y al haber tenido en cuenta los costes de prestación del acceso compartido invocados.

### **Sexto.- Sobre los precios de la modalidad tipo B.**

Manifiesta que la Resolución recurrida no ha explicado cómo es posible que en la aplicación del mecanismo *retail minus* la única modalidad que no ha dado lugar a un aumento del porcentaje aplicado entre el precio minorista y el mayorista es el correspondiente al precio de la modalidad B, habiéndose limitado a explicar en términos generales el mecanismo aplicado pero no la sustitución de un coeficiente por otro.

Asimismo señala que el diferente método de calcular una modalidad no puede provocar la imposición de un precio superior y que el incremento de precio



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afecta negativamente a los competidores al producirse en la única modalidad en la que TESAU no está presente.

En primer lugar procede poner de manifiesto que, contrariamente a lo alegado por la recurrente en la Resolución impugnada, si que se recogen las razones que han determinado el precio de la modalidad B, razones que ha recogido la propia recurrente. En concreto se decía lo siguiente:

*“En relación con las alegaciones de BT y ASTEL sobre el cálculo para determinar el precio de la cuota mensual de conexión de la modalidad B, cabe recordar que en el establecimiento de precios para los servicios mayoristas ADSL empleando el mecanismo retail minus, dicho sistema no puede emplearse de manera directa en el caso de precios mayoristas para modalidades de ADSL en las que, por no ser comercializadas por TESAU, no se dispone del correspondiente precio minorista...En la Resolución de 22 de julio de 2004 se volvió a plantear esta misma problemática, pero ahora con la modalidad B, fijándose una cuota mensual de conexión ADSL para la modalidad B de 25'90 euros. Esta cuota está calculada indirectamente a través del precio fijado para la modalidad O vigente (512 kbit/s con reserva de 25'6 kbit/s). El mecanismo para establecer precios referenciados a otra modalidad se basa en el mantenimiento de la relación que existe entre ambos cuando están orientados en función de los costes, sabiendo que en dicha orientación a costes el precio varía para cada modalidad linealmente con el ancho de banda reservado, de acuerdo con el estudio de costes Arcome-Elmco.*

*La variación de las tasas binarias de reserva en las modalidades B y O obligan a calcular de nuevo esta relación, que como se ha dicho es de 1'16 en la OBA vigente, y que pasa a ser de 1'25 tras la elevación de velocidades, tal como se observa en el estudio de costes, teniendo en cuenta la estimación del coste producción de un servicio equivalente a GigADSL a través de acceso compartido.”*

Lo que hace esta Comisión no es establecer un coeficiente (relación entre el precio de la modalidad B y otra modalidad comercializada por TESAU en el nivel minorista) que permanezca invariable con las tasas binarias, sino aplicar en cada momento una relación entre precios de OBA proporcional a los costes de producción estimados para ambas modalidades. Es por ello que una variación en las tasas binarias puede dar lugar a una leve modificación de dicha relación que, como en este caso, pase de 1,16 a 1,25, de acuerdo con el estudio de costes Arcome-Elmco.

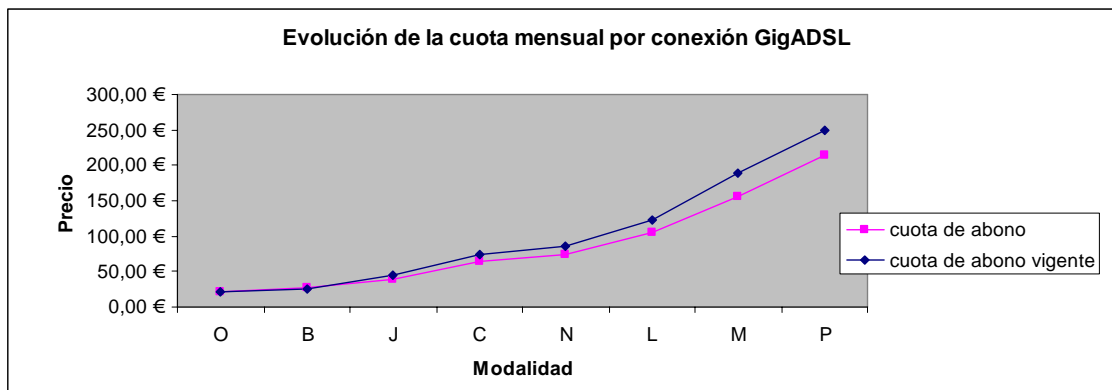
Estas pequeñas modificaciones se producen como consecuencia de que los precios minoristas de TESAU no están alineados con los costes incurridos por ese operador en la prestación de los servicios GigADSL, existiendo ligeras variaciones en cuanto al margen (porcentual) entre dicho precio mayorista y su correspondiente coste entre unas modalidades y otras. Sin embargo, sí se observa, en contra de lo denunciado por ASTEL, una cierta similitud en cuanto





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a la tendencia de variación de los precios, como se puede observar en el siguiente gráfico:



Por lo que, en virtud de lo expuesto, procede desestimar la alegación realizada no procediendo reducir el coeficiente aplicado de 1'25 a 1'16 al haber quedado acreditado las causas de utilización del primero de ellos.

Y en segundo lugar, respecto a que el perjuicio por el incremento del precio afecta única y negativamente a los operadores competidores procede señalar que, tal y como se ha señalado anteriormente esta Comisión<sup>6</sup>, existen alternativas distintas a la de seguimiento a TESAÚ en la duplicación de las velocidades ADSL en el nivel minorista manteniendo el precio. Así, aquellos operadores que deseen desmarcarse del catálogo de modalidades técnicas comercializadas por TESAÚ en el acceso a Internet de banda ancha, podrían proceder al despliegue de su red, optar por un acceso desagregado al bucle, contratar otras modalidades incluidas en la OBA o incluso, para los ámbitos geográficos en donde están disponibles, contratar servicios ADSL mayoristas ofrecidos comercialmente por otras entidades diferentes a TESAÚ.

De manera que, en el caso que pretendan hacerlo desde los servicios GigADSL, tendrán que emplear una modalidad, entre las existentes, de características superiores a las que él mismo quiere configurar, asumiendo el precio mayorista de dicho producto con características similares.

Asimismo es preciso poner de manifiesto que las alternativas expuestas anteriormente no sólo son económicamente viables, sino que han de ser las perseguidas por la regulación de los servicios GigADSL, la cual debe tener

<sup>6</sup> Resolución de 21 de julio de 2005 de los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. Sociedad Unipersonal, Colt Telecom España, S.A., Sociedad Unipersonal, Euskatel, S.A., Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U., y Wanadoo España, S.L., contra el acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de julio de 2004, sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista.





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

como finalidad que los operadores continúen ascendiendo por la escalera de la inversión en la red de acceso a medida que alcanzan una cierta masa crítica, hasta los niveles superiores en donde se encuentran el acceso desagregado y posteriormente, el despliegue de redes propias.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, el Consejo de esta Comisión

### **RESUELVE**

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) contra la Resolución de 19 de mayo de 2005 sobre la solicitud de modificación de la Oferta de Acceso del Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la elevación de velocidades ADSL en el nivel minorista.

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 desestima un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

**EL SECRETARIO**

**Vº Bº EL PRESIDENTE**

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer