



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 04/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de febrero de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

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.

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por UNI2 TELECOMUNICACIONES S.A. Y LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre el lanzamiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. del servicio minorista “ADSL 12/04” de facturación por volumen, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 4/06, la siguiente Resolución:

Resolución de 2 de febrero de 2006, recaída en el expediente AJ 2005/653

HECHOS

PRIMERO. Mediante Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 14 de marzo de 2005 se consideró innecesario



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

paralizar la oferta “ADSL 12/04” presentada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante, TESAU), acordando lo siguiente:

“Primero.- Esta Comisión no ha advertido la necesidad de paralizar en este momento la oferta “ADSL 12/04” presentada por Telefónica de España, S.A.U.

Segundo.- La cantidad máxima absoluta que puede destinarse a promociones de clientes en la comercialización por Telefónica de España, S.A.U. de la oferta “ADSL 12/04”, queda establecida en 98,81 euros. La valoración de las promociones se hará de acuerdo con los criterios fijados en la Resolución de 15 de julio de 2004, relativa a la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios retail minus.

Tercero.- En relación con la oferta mayorista “ADSL MFV”, si Telefónica de España, S.A.U. decidiera sacarla al mercado deberá publicarla en su servidor hipertextual “<http://www.telefonicaonline.es>”, en el cual mantendrá actualizadas las condiciones y precios”.

SEGUNDO. Con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 21 de abril de 2005, UNI2 TELECOMUNICACIONES S.A. (en adelante, UNI2) interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida.

En el citado escrito de interposición se realizan básicamente las siguientes alegaciones:

1. Que la resolución adoptada adolece de adecuada motivación en cuanto a la consideración de los costes de acceso desagregado en los cálculos de “retail minus”.

UNI2 sostiene que la resolución impugnada implica un cambio de criterio que no ha sido justificado rigurosa y adecuadamente. A su juicio, el cálculo del porcentaje que da lugar al 17,5% descuenta, injustificadamente, las líneas minoristas correspondientes a TESAU y Terra, por lo que se basa en una errónea valoración de la realidad del mercado de banda ancha. Entiende que dichas líneas no deberían obviarse pues forman parte del Grupo Telefónica. Además, no comprende cómo puede pasarse de manejar una cifra de 0,74% de bucles desagregados en enero de 2005, “a los efectos de determinar la posición del Grupo Telefónica en el mercado de acceso de banda ancha”, y declarar tres meses más tarde que ese porcentaje asciende a 17,5%, cuando se trata de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

analizar si se ha producido un estrechamiento de márgenes. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el dato del 17,5% ha sido proporcionado por TESAU, sin que los operadores hayan tenido acceso a la información que supuestamente lo sustenta.

Del mismo modo, UNI2 afirma que esta Comisión no ha tenido en cuenta la realidad operativa de la desagregación del bucle de abonado, donde son necesarios seis meses para conectar efectivamente las centrales en las que se ha solicitado la cubrición; ni las dificultades de realizar migraciones masivas de los clientes de acceso indirecto; ni los retrasos operativos que obstaculizan la obtención de una masa crítica esencial para justificar las inversiones en desagregación por parte del operador alternativo; ni los incumplimientos sistemáticos realizados por TESAU, etc.

Finalmente, en opinión de UNI2 esta Comisión se aparta de la doctrina de las autoridades de competencia comunitarias al afirmar que *“incluso los ilícitos del Derecho de la Competencia requieren de una intención excluyente por parte del operador dominante”*, olvidando que *“el abuso de posición de dominio es un concepto objetivo y no subjetivo.”*

2. Que se ha producido una infravaloración de los costes para el cálculo de la replicabilidad y en el ingreso medio estimado.

En cuanto al ingreso medio estimado, la entidad recurrente afirma que esta Comisión ha desestimado sus alegaciones, en las que se aporta un perfil de tráfico de clientes que no coincide con el incluido en la audiencia, sin la suficiente motivación. Considera, además, de dudosa fiabilidad los cálculos basados en el consumo actual de los clientes de ADSL, pues se realizan con carácter previo al lanzamiento del producto y se deducen del comportamiento de clientes de servicios de tarifa plana.

Respecto a los costes, entiende que la oferta de TESAU está dirigida a usuarios que no realizan descargas intensivas, por lo que cabe estimar que el cliente que la contrate no hará un uso que exceda de la franquicia de 1 Gbyte al mes, por lo que *“no se justifica en absoluto la reserva de 4,9 Kbits/s utilizada por esa Comisión, ni siquiera utilizando la hipótesis de consumo de 1,6 Gbytes/mes”*. A su juicio se trata de un cálculo totalmente ficticio, pensado para un operador como el dominante con un perfil de tráfico sustancialmente más plano que el de los operadores alternativos, lo que conduce a infravalorar los costes de red.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Que la resolución adoptada produce un relajamiento en la política de control de los estrechamientos de márgenes produciendo un efecto nocivo para la competencia en el mercado.

UNI2 afirma que una política eficaz de control de los estrechamientos de márgenes por parte del regulador es la mejor herramienta de que dispone el sector para garantizar la competencia real. Por ello, alerta a esta Comisión sobre los efectos nocivos de los márgenes consentidos al operador dominante para realizar ofertas y promociones.

4. Que la oferta mayorista ADSL MFV con interfaz IP no es replicable sin una modificación de la OBA.

La recurrente reitera en este punto las consideraciones realizadas al Informe de los Servicios de esta Comisión, considerando que *“la oferta minorista ADSL 12/04 propuesta no es replicable sin una modificación previa de la OBA”*.

TERCERO. Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 21 de abril de 2005, la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante, ASTEL) interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida, considerando que son varios los aspectos de dicha resolución que pueden dar lugar a su anulabilidad por falta de la debida motivación.

En concreto ASTEL, además de remitirse a los argumentos ya expresados en sus alegaciones de 7 de febrero y de 5 de marzo de 2005, que se apoyan en la existencia de un pinzamiento de márgenes, basa su recurso en los siguientes motivos:

1. Falta de replicabilidad de la oferta “ADSL 12/04”, al estar los cálculos basados en hipótesis que subestiman costes y sobreestiman los ingresos de este tipo de servicio. Según ASTEL dichas hipótesis carecen “de la debida base empírica” y sólo permiten una mera valoración de escenarios que lleva a “conclusiones irreales sobre el margen existente”.
2. No se ha motivado el cambio del criterio sostenido por la Comisión en cuanto a los costes de red, ya que ha pasado a promediar los costes de GigADSL y de acceso desagregado en que incurriría un operador alternativo eficiente sin justificar debidamente ese cambio de posición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Añade que el porcentaje de ponderación (17,5%) se basa exclusivamente en los datos aportados por TESAU, que *“al ser proporcionados por la parte debieron ser objeto de prueba, trámite que no se ha abierto, como ordena la LRJPAC, de modo que esta parte no ha podido contradecirlo”*.

ASTEL señala que el acceso indirecto GigADSL sigue siendo hasta la fecha la herramienta básica para apreciar la emulabilidad, ya que el número de líneas desagregadas de banda ancha tan sólo representan el 3% de las líneas totales de ADSL.

3. En cuanto a los costes de prestación sobre acceso compartido ASTEL sostiene que no se incluyen todos los costes que suponen dicho tipo de acceso: alta, colocación, tendido de cable, entrega de señal, equipos, mantenimiento, etc. Ni tampoco se tiene en cuenta si tales costes pueden ser superiores en caso de tener que recurrir a una ubicación distante, por lo que considera poco realista la estimación de 13,58 euros por línea señalada en la resolución impugnada.
4. En relación con la estimación de los ingresos, critica que se base en hipótesis de comportamiento futuro de los clientes, deducido del comportamiento pasado de clientes de servicios de tarifa plana de 24 horas, donde un mayor consumo no estaba penalizado con un mayor precio. A su juicio se debería tomar como ARPU únicamente la cuota fija de 29,9 euros.
5. Sobre la variación de costes e ingresos en función del consumo, entiende preciso que se requiera a TESAU la información necesaria sobre el dimensionamiento de la red para facilitar la relación entre operadores y analizar la replicabilidad con base en estimaciones de ingresos y costes basados en datos contrastables.
6. Respecto el margen de replicabilidad sobre GigADSL, ASTEL considera inadecuado el análisis llevado a cabo para obtener el ancho de banda reservado a las conexiones de ADSL “12/04”, y señala que los costes de red de esta oferta no distan de manera significativa de la modalidad de tarifa plana de 24 horas sin limitaciones. Estima que la ponderación de las horas de conexión no deben hacerse con respecto al perfil medio de consumo de un usuario ADSL 24 horas sin limitaciones, y resalta la extrañeza que le produce el dato relativo a la capacidad media reservada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 4,9 Kbit/s, por cuanto que es un dimensionamiento más propio de una conexión RTC que de banda ancha.

7. En cuanto al margen destinado a promociones para el servicio “ADSL 12/04”, ASTEL sostiene que debiera ser nulo.
8. Respecto a la Oferta mayorista “ADSL MFV” y a su inclusión en la OBA, ASTEL muestra su disconformidad con la consideración de esta oferta como servicio ADSL-IP y, por lo tanto, no regulado y realiza toda una serie de alegaciones en relación con dicha oferta mayorista ADSL MFV, partiendo del hecho de que el servicio “ADSL 12/04” no resulta replicable con los servicios incluidos en la OBA. En este mismo sentido, exige la modificación del SGO como condición para el lanzamiento de servicios minoristas con facturación por volumen.

CUARTO.- Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 5 de mayo de 2005 se cumplió el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 5 de mayo de 2005, se dio traslado a las entidades interesadas de los recursos de reposición interpuestos por UNI2 y ASTEL para que alegasen lo que estimasen conveniente.

QUINTO.- Con fecha 26 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de TESAU, oponiéndose a los motivos de impugnación formulados por las recurrentes, y solicitando la desestimación de los recursos de reposición interpuestos.

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

1. Que en relación a la supuesta ausencia de adecuada motivación en cuanto a la consideración de los costes de acceso desagregado en los cálculos de “*retail minus*”, TESAU señala que desde septiembre de 2004 se han producido un importante giro en el mercado, con la aparición de numerosas ofertas de ADSL por parte de los competidores que incluyen además paquetes de tráfico telefónico.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estas ofertas se construyen sobre la base de la utilización del alquiler del bucle de abonado, de manera conjunta a la utilización de acceso indirecto al bucle de abonado, ya sea GigADSL o ADSL IP, que hasta entonces era la oferta de referencia en el mercado.

En opinión de TESAU, si operadores como UNI2, AUNA u otros no utilizaran la opción mayorista de alquiler de bucle, sería materialmente imposible que pudieran hacer ofertas tales como las que ofrecen en la actualidad, similares a la oferta ADSL 12/04. Por ello resulta sorprendente que consideren el cambio de criterio injustificado, ya que en su opinión, *“está más que justificado por el análisis de los costes incluidos en la construcción de las ofertas”* de tales operadores.

2. Que sobre la supuesta estimación artificialmente elevada del porcentaje de líneas desagregadas, TESAU indica que se mezclan cuestiones que nada tienen que ver con el análisis de replicabilidad de la oferta en cuestión.

Así, expone dicha entidad que el 0,74% es el porcentaje de bucles sobre el total de la planta que están alquilados por los operadores de la competencia y la cifra del 17,5% era el porcentaje de ADSL de la competencia basado en alquiler de bucle el 31 de enero de 2005, siendo el porcentaje asumido realmente por los operadores superior al 50%.

Finalmente, señala que no es correcto imputar como mayorista al 100% de las líneas ADSL contratadas por Telefónica Data España a TESAU (GigADSL y ADSL IP), ya que una parte de ellas son destinadas a clientes finales.

3. Que en relación a la realidad operativa de la desagregación del bucle de abonado, TESAU expone que esta Comisión tuvo en cuenta la realidad operativa de la desagregación del bucle de abonado en la Resolución de 14 de marzo de 2005 sobre el servicio “ADSL 12/04”, ya que la propuesta de un porcentaje del bucle del 51% fue modificada finalmente reduciéndose al 17,5%.

4. Que sobre la supuesta intención subjetiva excluyente, TESAU no comprende donde está el supuesto abuso de dicha entidad en la oferta “ADSL 12/04”, que a igualdad de precios con la oferta de la entidad UNI2 ofrece prestaciones inferiores.

5. Que respecto a lo indicado sobre otros factores relevantes para el cálculo de la replicabilidad, TESAU en su comunicación del servicio de 28 de diciembre de 2004, remitió una tabla con la distribución de consumos de red de los usuarios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ADSL de su red, de carácter confidencial, que apenas ha experimentado variaciones desde entonces.

En relación con los costes, TESAU indica, que la cifra de 4,9 Kb/s, estimada por esta Comisión es un valor medio total del mes, una medida estadística y no presupone que exista un perfil plano del cliente a esa velocidad.

TESAU señala que carece de rigor la afirmación de que el perfil de tráfico de los clientes de esta entidad es diferente al de otros operadores. Los usuarios residenciales no tienen comportamientos diferentes cuando cambian de compañía proveedora de servicios de ADSL. Asimismo, dicha entidad afirma que sus competidores disfrutan de márgenes muy superiores a los reconocidos en la Resolución de esta Comisión de 14 de marzo.

Finalmente, en relación con el estrechamiento de márgenes derivado de las promociones permitidas a TESAU, ésta compañía expone que se le reconocen 24 meses como periodo de vida para la amortización de sus costes comerciales mientras que sus competidores utilizan márgenes muy superiores en torno a los 48 meses.

6. Que acerca de lo argumentado por ASTEL sobre la necesidad de un análisis de disponibilidad efectiva a corto plazo, TESAU señala que en las condiciones actuales no existe el menor problema para que un operador de la competencia replique la oferta “ADSL 12/04”.

7. Que sobre la valoración correcta de los costes de prestación del acceso compartido TESAU afirma, en contra de lo expuesto por ASTEL, que en los cálculos de prestación de ADSL sobre bucle compartido analizados por la Comisión, sí están incluidos los costes de servicios asociados al alquiler de bucle (cubicación, tendido de cable y entrega de señal).

8. Que en relación con el margen de replicabilidad sobre GigADSL, TESAU expone que la afirmación de ASTEL de que la oferta “ADSL 12/04” es irreplicable por el resto de competidores supondría el reconocimiento explícito por parte de los operadores miembros de dicha Asociación de que sus ofertas entorno a los 30 – 33 euros/mes, con mayores servicios que la ofertada por TESAU, son deficitarias.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Acumulación de procedimientos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dispone la acumulación de los recursos interpuestos por UNI2 y ASTEL tramitados bajo los números de expediente AJ 2005/653 y AJ 2005/654, respectivamente. El citado acuerdo se dicta habida cuenta la íntima conexión existente entre ambos procedimientos.

Segundo.- Calificación.

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

Los recurrentes califican expresamente sus escritos, con fecha de entrada en esta Comisión de 21 de abril de 2005, como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 14 de marzo de 2005.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los presentes recursos deberán ser resueltos y su resolución acumulada 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.

Cuarto.- Admisión a trámite.

Los recursos de reposición han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlos a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la posibilidad de tener en cuenta costes de acceso desagregado en los cálculos de *retail minus*.

Como principal motivo de impugnación UNI2 y ASTEL denuncian un presunto cambio de criterio por parte de esta Comisión, al promediar los costes de GigADSL y acceso desagregado, que no ha sido adecuadamente justificado.

En la resolución recurrida, de 14 de marzo de 2005, sobre el lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL 12/04” de facturación por volumen, se decidió tener en cuenta, para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes, el hecho de que los operadores alternativos no configurasen sus servicios de ADSL minoristas haciendo uso únicamente del servicio GigADSL sino que también empleasen el acceso desagregado al bucle. En dicha resolución se motivaba sobradamente las razones por las que se adoptó esta decisión, que no obedece en absoluto a un cambio de criterio de esta Comisión, sino únicamente a la adaptación del test para detección de situaciones de estrechamiento de márgenes a la propia evolución de los servicios mayoristas contratados por los operadores alternativos.

En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, la falta de motivación de una resolución tiene trascendencia cuando no se proporcionan los motivos que justifican la decisión adoptada, situando a los afectados en una situación de indefensión. Sin embargo, de la resolución impugnada se desprenden con claridad las razones que hacen necesario ajustar el análisis de replicabilidad a la situación real del mercado:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Esta Comisión no puede obviar la evolución de la situación del mercado en cada momento. En este sentido, los análisis de estrechamiento de precios, que determinan la existencia o no de margen para que los operadores alternativos puedan comercializar una oferta minorista ADSL similar a las que ofrece el Grupo Telefónica, configurada a partir de los productos mayoristas de la OBA, deben adecuarse a la combinación de dichos servicios mayorista que efectivamente se van a emplear.

A fecha 31 de enero de 2005 los operadores alternativos estaban cubiertos en 280 centrales. Si bien la cifra de bucles efectivamente desagregados (126.812 bucles a 31 de enero de 2005) puede considerarse reducida, no es menos cierto que los últimos datos respecto a desagregación muestran un importante dinamismo (incremento en un 11,3 % con respecto a la cifra a 31 de diciembre de 2004).

En consecuencia, los análisis de pinzamiento de márgenes deben tener en cuenta que el progresivo acceso de los operadores alternativos a las centrales de TESAÚ hace que este operador se enfrente una competencia potencial sobre un número de bucles muy superior al que efectivamente se encuentra desagregado en estos momentos y que no sea “el único agente presente”. En este sentido, podría ser lógico tomar en consideración no los costes de los operadores en la fase inicial de despliegue de servicios vía acceso desagregado, sino los correspondientes al conjunto de los bucles desagregados en el medio y largo plazo, al igual que hacen los operadores en sus planes de negocio.

Esto no supone cambio de criterio de la CMT, sino la adecuación de los mecanismos establecidos para analizar eventuales situaciones de pinzamiento de márgenes, a dicho uso combinado que hacen los operadores de los servicios mayoristas GigADSL y acceso desagregado incluidos en OBA.

En este sentido, esta Comisión no debe ignorar que, la evolución apuntada anteriormente respecto al progresivo desarrollo de la desagregación del bucle del abonado, ha tenido su repercusión en el mercado minorista de banda ancha, mercado sobre el que impactan directamente las promociones de TESAÚ. Así, en el mercado existen actualmente ofertas de los operadores entrantes que superan ampliamente los límites, que en función de los costes basados únicamente en el acceso indirecto al bucle, previó esta Comisión para analizar situaciones de estrechamiento de márgenes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...)

A partir de los datos aportados anteriormente es evidente que TESAU enfrenta una competencia en precios que la consideración de un único servicio mayorista, como el acceso indirecto al bucle, no captura. En este sentido, ofertas minoristas con ingresos por usuario menores a 30 euros/mensuales u ofertas combinadas de banda ancha y voz indicarían las limitaciones del mecanismo anterior, imputando pues al operador dominante intenciones excluyentes cuando en realidad suponen una respuesta a una realidad competitiva que el regulador no tiene en cuenta. “

Por otra parte, en relación con el peso atribuido al acceso desagregado en los cálculos efectuados, en la referida Resolución de 14 de marzo de 2004 se señalaba lo siguiente:

“En el informe a audiencia se puso de manifiesto la conveniencia de estudiar la replicabilidad de la oferta minorista “ADSL 12/04” desde un enfoque prospectivo. Esto podría llevar a tener en cuenta no sólo los costes de contratación de los servicios GigADSL, sino también los correspondientes al acceso desagregado. En este sentido, se proponía tomar en consideración los bucles que potencialmente pueden desagregarse, al objeto de dar respuesta a la realidad que se está produciendo en el mercado, en donde resulta evidente esta sustitución del acceso indirecto por el acceso desagregado.

(...)

Ahora bien, esta Comisión tampoco puede permanecer al margen de las denuncias presentadas por algunos operadores en relación con posibles retrasos o incumplimientos por TESAU de las condiciones de la OBA, que se están analizando en los correspondientes expedientes. En este sentido, sin perjuicio de que esta Comisión vele porque el operador dominante cumpla escrupulosamente con las condiciones comprometidas en su oferta de acceso al bucle, a través de las oportunas resoluciones que resuelvan los conflictos planteados en este ámbito, dichas dificultades deben también tenerse en cuenta en el presente expediente. Efectivamente, dichas dificultades podrían poner en riesgo el que los operadores alcanzaran el punto de equilibrio de sus inversiones en los plazos previstos, con lo que resultaría aventurado el que esta Comisión asumiera como cierta una situación a futuro que podría no producirse.”

Es decir, la decisión de descartar la promediación en base a las líneas potencialmente desagregadas se adoptó debido a las dudas existentes sobre el cumplimiento de la OBA por parte de TESAU, objeto de análisis en los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondientes expedientes específicos abiertos al efecto en esta Comisión. De esta forma, en lugar de promediar con el 53 % de las líneas desagregadas se promedió con el 17,5 %. Así pues, dicha consideración de las líneas efectivamente desagregadas, según el cálculo que en esa misma resolución se puso de manifiesto, obedece 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 despejen las dudas sobre las denuncias realizadas contra TESAU por supuestos incumplimientos de la OBA.

De esta forma, se consigue que la incorporación de los costes del desagregado en la determinación de precios mediante *retail minus* 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.

En conclusión, la incorporación de los costes de elementos mayoristas adicionales no pretende sino adecuar el mecanismo de estrechamiento de márgenes a lo que la Resolución de 15 de julio ya preveía¹, dados los criterios que en dicha resolución se citaban.

Lo dicho contradice, además, lo alegado por UNI2 en relación con que la Comisión no presta atención a la situación real del bucle, siendo necesarios 6 meses para conectar efectivamente las centrales en que se ha solicitado el servicio de cubrición. Es precisamente la situación del bucle la que ha justificado pasar del 53 % al 17,5 % en la promediación.

Asimismo, ASTEL y UNI2 manifiestan que el porcentaje de ponderación (17,5 %) se basa exclusivamente en datos aportados por TESAU, que al ser proporcionados por un interesado debieron ser objeto de prueba, trámite no abierto, de acuerdo con lo dispuesto en la LRJPAC.

En este punto cabe indicar, como reconoce una consolidada jurisprudencia, que la prueba regulada en el artículo 80 de la LRJPAC no es siempre un trámite preceptivo para el órgano instructor, que puede incluso rechazar las pruebas propuestas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, si bien

¹ Resolución de 15 de julio de 2004, por la que se desestima la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *retail minus*. (MTZ 2004/609)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de forma motivada. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993 (RJ 1993/924) expresamente señala que *“corresponde al instructor del expediente discernir si las pruebas propuestas son de utilidad para el esclarecimiento de los hechos”*, así como que la Administración posee amplia libertad *“para decidir sobre los hechos que se pretenden probar y si son pertinentes o no los medios de prueba propuestos por los interesados”*. En este sentido, es preciso hacer notar que muchas de las decisiones que adopta la Comisión se basan en informaciones de contabilidad de costes, o de otro tipo, proporcionadas por TESAU, sin que sistemáticamente se dude de las mismas.

En el presente caso, el dato del 17,5 % 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 ha dado por buenas las cifras comunicadas por TESAU, sin que ASTEL o UNI2 hayan presentado argumento alguno que hagan dudar de su veracidad. En efecto, si ASTEL tuviera dudas fundadas sobre dicha veracidad, podría haber aportado datos sobre el número de líneas minoristas ADSL de sus asociados, así como de las conexiones con acceso desagregado provisto por TESAU.

Por otra parte, según UNI2, el cálculo del porcentaje que da lugar al 17,5 % descuenta, injustificadamente, las líneas minoristas correspondientes a TESAU y Terra. Esto es así porque lo que trata de estimar dicho cálculo es el peso del acceso desagregado en las líneas ADSL de los operadores alternativos, donde obviamente no deben contabilizarse los clientes minoristas de TESAU ni de Terra.

Finalmente, UNI2 muestra su extrañeza por manejar una cifra de 0,74 % de bucles desagregados a enero de 2005, y sólo tres meses después pasar al 17,5 %. Ante esta alegación cabe decir que dicha comparación carece totalmente de sentido: nada tiene que ver la cifra de bucles desagregados sobre el total de la planta de TESAU, con el peso del acceso desagregado en las líneas ADSL minoristas comercializadas por operadores alternativos.

En virtud de las anteriores consideraciones, procede rechazar las alegaciones de UNI2 y ASTEL analizadas en el presente motivo del recurso, y confirmar la validez de la resolución recurrida por estar plenamente ajustada a derecho.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Sobre la valoración de la oferta minorista “ADSL 12/04”.

ASTEL expone en su recurso de reposición que se da una falta de replicabilidad de la oferta “ADSL 12/04”, al estar los cálculos basados en hipótesis que subestiman costes y sobreestiman los ingresos. ASTEL considera que dichas hipótesis carecen de la debida base empírica.

Frente a esta alegación, ha de señalarse que la propia resolución recurrida, en su Fundamento de Derecho tercero, apartado 1.3, indica lo siguiente:

“Esta Comisión considera acertada la estimación sobre ingresos medios por cliente (ARPU), obtenida a partir de información de datos reales de líneas ADSL de TESAU, potenciales clientes del servicio “ADSL 12/04”. También se considera aceptable la estimación de los costes de red, al ser inadmisibile, como defienden ASTEL y AUNA, que el dimensionamiento para un cliente de este nuevo servicio de ADSL por volumen sea el mismo que en el caso de clientes del servicio ADSL sin limitaciones. Debe recordarse que, según la estimación realizada por la CMT, la media de uso dentro de la franquicia de tan solo 0,6 Gbyte por línea y mes, con el 30 % de las conexiones superando esta franquicia en una cantidad media de 1,6 Gbyte. Estos parámetros se corresponden con un usuario que hace uso de su conexión de banda ancha para, principalmente, acceso a páginas Web y correo electrónico, con lo que los costes de red que se le atribuyan han de ser netamente inferiores de aquéllos otros abonados que hagan descargas masivas de contenidos.”

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

En cuanto a la estimación de los ingresos, ASTEL y UNI2 critican que se base en hipótesis de comportamiento futuro basado en clientes de servicios de tarifa plana de 24 horas, donde un mayor consumo no estaba penalizado con un mayor precio. Consideran que se debería tomar como ARPU únicamente la cuota fija, de 29,9 euros.

Este reproche resulta infundado, pues no se toma, sin más, el perfil de consumo de los clientes de tarifa plana de 24 horas sin limitaciones. Lo que se ha hecho es partir de un conjunto de perfiles concretos, que son aquéllos vinculados con los clientes a los que, con el uso que hacen del servicio, le podría resultar atractiva la contratación de la oferta "ADSL 12/04". Sin perjuicio de que estos datos sean hipótesis que posteriormente hayan de contrastarse con el consumo real de los usuarios, debe entenderse que la CMT debe tomar una decisión en el momento en que TESAU propone el lanzamiento de dicha oferta, sin que dicha decisión pueda ser demorada hasta la disponibilidad de datos reales, lo que, evidentemente, solo existirá tras haber dado el visto bueno a su comercialización. Por tanto, tanto ASTEL como UNI2 deben comprender que si bien los cálculos que se hacen en este expediente son complejos y basados en múltiples hipótesis, este ejercicio resulta necesario para poder adoptar una decisión al respecto. En este sentido, sería más útil una actitud colaboradora por parte de estos interesados, aportando bien sus comentarios a las hipótesis concretas que se han fijado, bien métodos alternativos de estimación, que la simple descalificación de los resultados por no estar basados en datos reales.

Finalmente, para poner en contexto las cifras de las que estamos hablando, cabe indicar que el ARPU estimado en 31,40 euros supone únicamente un incremento del 5 % sobre la cuota fija a aplicar a los clientes (29,9 euros), con lo que en realidad el resultado final es cercano a la hipótesis planteada por ASTEL y UNI2 de no considerar consumo variable.

Con respecto a que la reserva de 4,9 Kbit/s es más propia de RTC que de banda ancha, cabe indicar que tal aseveración es falsa al considerar la concurrencia: la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cifra de 4,9 Kbit/s en el caso de ADSL es con concurrencia 1 en ATM y 2,1 en IP, mientras que en banda estrecha dichos valores de concurrencia son netamente superiores.

También se denuncia que la Comisión desestima las alegaciones de un operador aportando su perfil de tráfico sin la suficiente motivación, aún cuando dicha información pudiera alterar sustancialmente el resultado del análisis. Como se indica en la propia resolución, *“se han realizado los cálculos de replicabilidad con la ponderación de horas a lo largo de la semana que aporta este operador en Anexo confidencial a sus alegaciones, obteniéndose un resultado muy similar al contenido en la propuesta contenida en el informe a audiencia. Dado el carácter confidencial de dicha información, y el escaso impacto en el resultado, esta Comisión estima oportuno mantener la ponderación de horas propuesta en el informe a audiencia.”*

Por tanto, no se puede hablar de alteración sustancial del resultado cuando la variación en el mismo es mínima, en concreto, sólo un 2 % superior al valor estimado en los cálculos de la CMT.

Por cuanto antecede, procede desestimar las alegaciones de los recurrentes analizadas en el presente motivo de impugnación.

Tercero.- Sobre la aplicación del límite máximo para promociones.

En cuanto al margen destinado a promociones, ASTEL sostiene que debiera ser nulo y UNI2 alerta a esta Comisión sobre los efectos nocivos de lo que considera un relajamiento, de facto, de los márgenes consentidos al operador dominante para realizar ofertas y promociones.

Estas alegaciones carecen de fundamento a la vista del estudio de costes llevado a cabo, en donde se demuestra que la cantidad aprobada para promociones de TESAU permite la replicabilidad de esta oferta por parte de los operadores alternativos.

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

Cuarto.- Sobre la oferta mayorista “ADSL MFV” con interfaz IP.

Coinciden ASTEL y UNI2 al insistir en que la oferta mayorista no regulada propuesta por TESAU es irrelevante a efectos de valorar la replicabilidad. En la resolución recurrida no se toma en cuenta dicha oferta en el estudio de costes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para determinar la replicabilidad del producto “ADSL 12/04”, con lo que estas alegaciones carecen de sentido. Es decir, en su Resolución de 14 de marzo de 2005 la Comisión ya parte de que dicha oferta MFV es irrelevante a efectos de valorar la replicabilidad.

En este mismo sentido, se exige la modificación del SGO como condición para el lanzamiento de servicios minoristas con facturación por volumen. A la vista de los resultados del estudio de costes, concluyendo que no es necesario llevar a cabo modificación alguna de la OBA, nuevamente carece de sentido esta alegación que da por supuesta la introducción en OBA de un nuevo servicio mayorista de facturación por volumen.

A la vista de lo anterior, deben desestimarse las alegaciones vertidas en relación con el presente motivo de impugnación.

Quinto.- Sobre la necesidad de requerir a TESAU acerca de la evolución de su red.

ASTEL reitera en su recurso que considera necesario que TESAU proporcione a los operadores alternativos información sobre la evolución de la red y su dimensionamiento para facilitar la relación entre operadores y evitar posibles conflictos.

Se trata de una cuestión a la que ya se alude en la resolución impugnada, concretamente en su Fundamento de Derecho sexto, donde se declara que:

“Esta Comisión tiene potestad para requerir a TESAU la información que considere necesaria en la tramitación de procedimientos, estimando, en este caso, que no precisa información adicional a la que este operador ya ha aportado.

En relación con la puesta a disposición de sus competidores de información sobre la evolución de su red, dicha cuestión excede con mucho el ámbito del presente expediente, que se limita a analizar la comercialización del servicio minorista “ADSL 12/04” de TESAU.”

A la luz de lo anterior, resulta evidente que no puede ser admitida la alegación esgrimida por ASTEL en el presente motivo de impugnación.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar los recursos de reposición interpuestos por la entidad UNI2 Telecomunicaciones, S.A. y la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) contra la Resolución de esta Comisión de fecha 14 de marzo de 2005, sobre el lanzamiento por Telefónica de España, S.A.U. del servicio minorista “ADSL 12/04” de facturación por volumen, por estar plenamente ajustada a derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General 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.

Vº Bº EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera