



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 número 22/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de junio de 2007, 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 TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A LA DETERMINACIÓN TRANSITORIA DE LAS CONDICIONES DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE SERVICIOS MAYORISTAS DE BANDA ANCHA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el Recurso de Reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 21 de diciembre de 2006, sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica de España, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión número 21/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 21 de junio de 2007, recaída en el expediente AJ 2007/106.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de TESAU para la prestación de un nuevo servicio minorista

Con fecha 27 de marzo de 2006 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Telefónica de España S.A.U. (en adelante TESAU) comunicando su intención de comercializar un nuevo servicio minorista de acceso a Internet sobre ADSL, en una zona de cobertura limitada y cuyo lanzamiento se debía producir a partir del 15 de junio de 2006. TESAU no proponía modificación alguna de la Oferta del Bucle de Abonado (en adelante, OBA) al considerar que no era necesaria para que los operadores alternativos pudiesen replicar la oferta minorista propuesta.

SEGUNDO.- Apertura del período de información previa

A la vista del contenido del escrito de TESAU de 27 de marzo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC), mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 3 de abril de 2006 se dispuso la apertura de un periodo de información previa (expediente DT 2006/412) a fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento de modificación de la OBA, en el caso de que los servicios mayoristas en ella incluidos no fueran suficientes para la replicabilidad de la oferta minorista propuesta.

TERCERO.- Aprobación de la Resolución sobre el mercado mayorista de acceso de banda ancha.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó, con fecha 1 de junio de 2006, la Resolución por la que se aprobaba la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha (mercado 12), el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (AEM 2005/1454; en adelante, Resolución del mercado 12). En ella se designa a TESAU como operador con poder significativo en el mercado de referencia y se le imponen un conjunto de obligaciones, todo ello de acuerdo con la legislación vigente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Escritos de alegaciones de TESAU sobre el nuevo servicio mayorista de acceso de banda ancha

El 7 de junio de 2006 se recibió un segundo escrito de TESAU sobre el asunto de referencia, por medio del cual comunica su intención de comercializar una nueva oferta de servicio mayorista IP de acceso indirecto, a nivel regional y a nivel nacional, y solicita que se tuviera en cuenta esta circunstancia para la aprobación del nuevo servicio minorista de acceso a Internet solicitada en su escrito mencionado en el Antecedente de Hecho primero.

Con fecha 16 de junio de 2006, se recibió un tercer escrito de TESAU en el que realiza alegaciones adicionales a las presentadas en su escrito citado en el párrafo anterior. Además, TESAU adjunta un análisis de replicabilidad económica del servicio minorista propuesto en el Antecedente de Hecho primero mediante el servicio mayorista que se propone ofertar a los operadores

QUINTO.- Procedimiento para la modificación de la oferta de acceso indirecto al bucle de abonado.

En cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución de esta Comisión, de 1 de junio de 2006, el 28 de julio de 2006 TESAU, remitió su propuesta de oferta de referencia de los servicios mayoristas de banda ancha. Debe significarse que, en relación con el acceso indirecto al bucle de abonado, la Resolución del mercado 12 consideraba que la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado continuaba vigente.

A la vista del escrito remitido por TESAU, esta Comisión, con arreglo a las previsiones de la LRJAP y PAC, y en ejercicio de las funciones atribuidas por el artículo 7.3 del Real Decreto de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados), procedió a la incoación del correspondiente procedimiento administrativo para la modificación de la Oferta de Acceso indirecto al bucle de abonado, (MTZ 2006/1019).

SEXTO.- Resolución de 14 de septiembre de 2006.

Con fecha 14 de septiembre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó una Resolución por la que se puso fin a un periodo de información previa, se procedió a la apertura de un procedimiento para la modificación de la OBA de TESAU como consecuencia de la propuesta del lanzamiento de un nuevo servicio minorista de acceso de banda ancha a Internet mediante la tecnología ADSL, y se acordó la adopción de una medida provisional modificando la OBA en relación con la oferta mayorista del servicio de acceso a Internet de banda ancha destinada a permitir el lanzamiento de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modalidad técnica propuesta por TESAU. Dicho procedimiento fue tramitado, como ya se ha dicho más arriba, en el Expediente con número DT 2006/412, posteriormente acumulado al Expediente número MTZ 2006/1019.

SÉPTIMO. – Resoluciones de 23 de noviembre de 2006 y de 1 de febrero de 2007.

En fecha 1 de febrero de 2007, el Consejo de esta Comisión dictó una Resolución por la que se desestimaba los recursos interpuestos por la Asociación de empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones (ASTEL) y France Telecom España. S.A. contra la anterior Resolución de 14 de septiembre (expediente AJ 2006/1328).

Con anterioridad, el 23 de noviembre de 2006 se dictó una Resolución por la que se denegaba la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 14 de septiembre.

OCTAVO.- Resolución de 21 de diciembre de 2006.

Previamente a la desestimación de los recursos de ASTEL y France Telecom España, el Consejo de esta Comisión dictó la Resolución recurrida, de 21 de diciembre, sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de TESAU.

Dichas medidas consistían en la imposición a Telefónica de España S.A.U. (en adelante TESAU), por un lado, de obligaciones de ofrecer dentro del servicio de acceso indirecto al bucle de abonado denominado GigADSL, ciertas modalidades con cuotas mensuales de conexión prefijadas, y por otro lado, de obligaciones de ofrecer dentro del servicio mayorista ADSL-IP de nivel nacional, ciertas modalidades con cuotas mensuales de conexión igualmente prefijadas.

NOVENO.- Recurso de TESAU.

Con fecha 26 de enero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por D. Pablo de Carvajal González, actuando en nombre y representación de TESAU, en virtud del cual interpone Recurso potestativo de Reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada de 21 de diciembre de 2006 sobre la base de los siguientes argumentos:

- 1) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la LRJAP y PAC para la adopción de medidas provisionales. En concreto, TESAU alega que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adopción de dichas medidas en el presente caso no responde al fin genérico previsto en la Ley de asegurar la eficacia de la resolución futura y no concurre la necesaria urgencia y necesidad que las justifique.

- 2) La indefensión e inseguridad que, a juicio de la recurrente, le produce el cambio de criterio de la Resolución recurrida respecto del informe de los servicios de esta Comisión.

En concreto, basa su recurso en los siguientes motivos para cada una de las medidas adoptadas:

- 1) Sobre la inclusión del servicio 3Mb en GigADSL.
 - a) Inexistencia de urgencia y necesidad de las medidas cautelares adoptadas.
 - b) Contradicción con la Resolución de 14 de septiembre de 2006, que acordaba medidas cautelares que no incluían el servicio 3Mg en GigADSL.
 - c) La creación de perjuicios de difícil o imposible reparación, ya que la introducción en fase cautelar de unas medidas que podrían no ser confirmadas en la resolución definitiva exigiría costes e inversiones no recuperables debido a la obsolescencia de la tecnología ATM que sustenta los servicios GigADSL. Además, supondría una inseguridad jurídica.
 - d) La no adopción de las medidas cautelares no impediría la efectividad de la resolución que en su día ponga fin al procedimiento.
 - e) Se ha producido indefensión y falta de motivación.
 - f) La supresión de la medida cautelar no supondría perjuicios para terceros.
- 2) Sobre la modificación de arquitectura del servicios ADSL-IP nacional existente, en relación con el servicio PAI-IP nacional sobre puntos de conexión de plataformas regionales.
 - a) Inexistencia de urgencia y necesidad en el establecimiento de más puntos de entrega del tráfico IP.
 - b) Creación de perjuicios de difícil o imposible reparación al obligar a que los PAIs-IP regionales puedan operar como puntos de entrega del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio mayorista de banda ancha a nivel nacional, ya que ello generaría un uso ineficiente de la red.

- c) TESAU alega que la efectividad de la Resolución que ponga fin al procedimiento no se ve condicionada por la introducción, en este momento, de la obligación de puesta a disposición de los operadores de nuevos puntos de conexión, pues hasta ahora han sido suficientes los puntos de conexión al servicio mayorista a nivel nacional.
- d) Indefensión, debido a la falta de trámite de audiencia y falta de motivación.
- e) Inexistencia de perjuicios para terceros.

3) La aplicación de los precios de cuotas de alta, baja y cambios de modalidad aplicables en la OBA de conformidad con la Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, en aras de evitar la contradicción entre ambos, pues entiende que deben ser de aplicación los mismos para los servicios ADSL-IP.

Asimismo, solicita que los precios tengan efectividad desde el momento en que serían de aplicación en virtud de dichas medidas, y no desde la fecha de la presente Resolución.

4) En cuanto al mantenimiento de los plazos para constituir los PAIs, TESAU alega que esta Comisión no ha justificado la necesidad ni urgencia de esta medida. Además, considera que son de imposible cumplimiento.

5) Por último, y en lo que respecta a la modificación en los precios mayoristas, y en la línea contenida en el voto particular a la Resolución recurrida, TESAU entiende que de la inexistencia de ofertas diferenciadas geográficamente, no puede deducirse que los márgenes de los servicios mayoristas son excesivos. Asimismo, entiende que, al tratarse de mercados emergentes, debe permitirse la existencia de márgenes superiores para favorecer a los operadores inversores, para irlo reduciendo paulatinamente.

Para paliar el problema de la falta de elementos para establecer los costes de cada una de las modalidades, manifestado a lo largo del procedimiento, TESAU propuso una serie de criterios objetivos y razonables que a su juicio habrían sido modificados arbitrariamente.

Por lo expuesto, la recurrente solicita que *“teniendo por presentado este escrito, en tiempo y forma, se sirva admitirlo teniendo por interpuesto RECURSO DE REPOSICIÓN contra la Resolución dictada de CMT aprobada*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrado el 21 de diciembre de 2006 sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicio mayoristas de banda ancha de Telefónica de España en el marco del expediente MTZ 2006/1019”.

DÉCIMO.- Resolución de 15 de febrero de 2007.

Con fecha 15 de febrero de 2007, el Consejo de esta Comisión acordó la denegación de la petición de suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida, solicitada por TESAU en su recurso, al entender que no concurrían los presupuestos legalmente previstos en el artículo 111.2 de la LRJAP y PAC.

UNDÉCIMO.- Alegaciones de France Telecom España, S.A.

En cumplimiento del trámite previsto en el artículo 112 de la LRJAP y PAC, el 27 de febrero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito dirigido por D. José Joaquín Mollinedo Chocano en nombre de France Telecom España, S.A., por el que se formulaban las alegaciones que dicho operador estimaba procedentes, y que, en síntesis, son las siguientes:

- 1) La existencia de los presupuestos necesarios para la adopción de las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión: habilitación legal y apariencia de buen derecho, concretada en las obligaciones señaladas en la Resolución del mercado 12.
- 2) La necesidad de incluir la modalidad ADSL mayorista sobre 3 Mb/s con tecnología ATM en la oferta mayorista de TESAU, pues, en caso contrario, los clientes de los operadores alternativos con conexiones sobre GigADSL se verían discriminados, al no poder optar a prestaciones del servicio de una velocidad mayor.
- 3) La necesidad de que la revisión de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA), recoja las nuevas modalidades, propuestas por TESAU.
- 4) La inexistencia de perjuicios para la recurrente, al existir modalidades con velocidad inferior y superior en la oferta GigADSL y la existencia de márgenes excesivos en lo que respecta a los precios.
- 5) La producción de un perjuicio a los operadores, como FTES, que hubieran realizado inversiones para contratar los servicios mayoristas GigADSL, de no incluirse la velocidad de 3 Mbps.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

6) La urgencia y necesidad de la medida. Este operador alega incluso que los precios se apliquen de forma retroactiva al momento en que se adoptó la Resolución del mercado 12, que imponía a TESAU la obligación de orientar los precios de los servicios mayoristas de acceso indirecto al coste de su prestación.

En virtud a lo anterior, FTES solicita la desestimación íntegra del Recurso de Reposición que nos ocupa. Asimismo, solicita que en la fundamentación y sustanciación de la Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición *“se aclaren por parte de la Comisión los aspectos que esta parte (FTES) ha puesto de manifiesto en el cuerpo de este (su) escrito y que están orientados a tratar de clarificar si lugar a duda alguna de las obligaciones a las que está sometida Telefónica de España, S.A.U.”*

DUODÉCIMO.- Alegaciones de World Wide Web Ibercom, S.L y DTi2.

El día 5 de marzo de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito firmado por Dña. Sara Gil de Rozas Balsameda, actuando en nombre y representación de las entidades World Wide Ibercom, S.L. (en adelante Ibercom) y de Desarrollo de la Tecnología de las Comunicaciones S.C.A. (en adelante DTi2), por el que se cumplía el trámite previsto en el artículo 112.2 de la LRJAP y PAC, respecto del recurso de TESAU a la Resolución de 21 de diciembre de 2006 que nos ocupa.

Las alegaciones de ambos operadores se resumen de la siguiente manera.

1) Aspectos jurídicos.

Ambos operadores defienden la corrección de la Resolución recurrida, por cuanto estaría suficientemente justificada y no se separaría inmotivadamente de decisiones preferentes ni de informes vinculantes. Tampoco se producirían los supuestos perjuicios a TESAU, por cuanto la necesidad de nuevas inversiones parece descartarse con la migración hacia servicios basados en IP que hacen suficiente la planta ya existente de la red GigADSL.

Además, creen que las medidas son proporcionales, pues se limitan a lo estrictamente necesario.

Ibercom y DTi2 alegan que el incumplimiento de la Resolución de esta comisión, de 1 de junio de 2006, en lo que se refiere a la fijación de los precios en función de los costes de producción, así como en cuanto a su respeto al principio de neutralidad tecnológica, justifica la adopción de las medidas combatidas por TESAU, por cuanto garantizan la eficacia de la resolución final del expediente MTZ 2006/1019.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2) Aspectos operativos de las medidas.

a) Impacto de la modalidad de 3 Mb/s en la actual red GigADSL.

Ibercom y DTI2 entienden que el impacto de la mencionada modalidad sobre la red existente es mínimo, pues un gran grupo de abonados han dejado vacantes muchos puertos en los DSLAM-ATM de la recurrente al pasar a contratar otros servicios.

b) Sobre la obsolescencia de la red GigADSL:

- La obsolescencia de los equipos que soportan el servicio GigADSL no implica que no sean aptos para sostener el servicio.
- La interoperabilidad de los protocolos ATM e IP y la posible convergencia IP-ATM, que permitiría convertir el tráfico de los acceso procedentes de los DSLAMs en tráfico ATM y compatibilizar en los PAI/ATM servicios provenientes de redes ATM con otros que proceden de la misma red ADSL-IP.

De esta manera, se produciría una transición tecnológica suave que no obligaría a TESAU a una costosa renovación de sus equipos ATM, pero que evitaría que los operadores alternativos tuvieran que adoptar infraestructuras duplicadas, a la vez que se les permitiría disponer a nivel regional y nacional de todos los servicios mayoristas.

c) La necesidad de mantener el servicio GigADSL, debido al inferior nivel de calidad del servicio ADSL-IP.

Los operadores alegantes defienden que el servicio ADSL-IP no contiene previsiones suficientemente desarrolladas respecto a los niveles de calidad exigidos para los servicios, al contrario de lo que ocurre en el GigADSL, donde sí que se proporciona a los operadores garantías de calidad.

d) El perjuicio que supondría la no adopción de la medida a los operadores que no tienen sus principales instalaciones cerca de los puntos de acceso IP nacionales, que tendrían que interconectar en esas poblaciones. De aprobarse la medida definitivamente, esa inversión hubiera sido innecesaria.

e) Modificación del servicio ADSL-IP respecto a la entrega del tráfico nacional en los pPAIs regionales.

La fijación de puntos regionales para la entrega del servicio a nivel nacional tiene escaso impacto en el tráfico y dimensionamiento de la red, ya que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayoría de los operadores (y del tráfico) se conectan en los puntos que en la actualidad permiten dicho servicio (pPAIs de Madrid y Barcelona).

Sin embargo, los operadores que no tienen sus redes cercanas a Madrid o Barcelona si se verían seriamente perjudicados de no adoptarse la medida, pues se verían obligados a realizar inversiones que podrían ser innecesarias si el sentido de la Resolución final es diferente.

f) Acortamiento de los plazos de constitución de pPAI-I.

Para Ibercom y DTI2, las alegaciones de la recurrente en este extremo no deben ser tenidas en cuenta, por cuanto la necesidad de ampliar equipos se produciría sólo en las mayores velocidades. Además, señalan que el volumen de actividad de TESAU es mayor que el del resto de operadores juntos, por lo que la necesidad de ampliar equipos se debe más a sus propios servicios que a los de sus competidores.

g) Modificación de precios mayoristas.

Los operadores alegantes consideran que procede estimar las alegaciones de TESAU en lo que se refiere a los precios mayoristas de cuotas de alta y movimiento post-venta.

En cuanto a las cuotas de abono, consideran que las alegaciones de TESAU no desvirtúan la falta de precios no orientados a costes de la OBA de 2006, recordando que la obligación de proporcionar acceso indirecto orientado a costes proviene de la Resolución del Mercado 12.

A la luz de los anteriores motivos, ambas operadoras solicitan la desestimación del recurso, excepto en lo concerniente a los precios de alta y postventa de las líneas de abonados ADSL-IP, que deberán ser ajustados a lo previsto en la Resolución de 14 de septiembre de 2006.

DECIMOTERCERO.- ALEGACIONES DE ASTEL

El día 5 de marzo de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito firmado por D. Lionel D. Fernández García, en nombre y representación de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), por la que se efectuaban alegaciones al recurso de TESAU en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJAP y PAC. Dichas alegaciones son, en síntesis, las siguientes:

1) Dada la naturaleza asociativa de la alegante, existe en su seno una disparidad de criterios entre aquellos operadores dedicados a la provisión de servicios xDSL sobre servicios mayoristas, que, en términos generales



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comparten el criterio de la resolución recurrida y la urgencia en adoptar medidas que reorienten los precios mayoristas a sus costes de producción, y aquellos otros operadores que defienden que la presencia de márgenes positivos es compatible con el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados minoristas de acceso a banda ancha. Así, según estos últimos operadores, no debe entenderse el principio de “orientación a costes” en un sentido restrictivo, sino que debe incentivarse la inversión eficiente en redes, y por lo tanto, de adoptar la medida, se estaría aplicando el concepto de escalera de inversiones en un sentido *inverso* al restar incentivos para los operadores alternativos en la creación de redes propias.

2) Fijación provisional de precios mayoristas:

a) Postura de los operadores centrados en xDSL sobre acceso indirecto y bucles desagregados.

Coincidiendo con el criterio mantenido por esta Comisión, dichos operadores consideran que las medidas cautelares a las que se opone la recurrente son necesarias por cuanto la oferta de referencia presentada por TESAU no ha cumplido con las obligaciones impuestas en la Resolución de constante referencia, de 1 de junio. Así, y en cuanto a la urgencia de su adopción, estos operadores consideran que, siendo el objetivo último del expediente MTZ 2006/1019, en cuyo marco se dictan, garantizar la competencia en el mercado de banda ancha, difícilmente puede sostenerse que durante un amplio periodo, que concluirá con la Resolución definitiva, las condiciones de los servicios mayoristas de banda ancha no se ajusten a las exigencias de aquella Resolución.

b) Postura de ONO.

Para este operador, hubiera debido evitarse el cumplimiento de la Resolución de 1 de Junio por vía cautelar. Así, el riesgo de que se generalicen ofertas comerciales, como la autorizada por la Resolución de 14 de septiembre, supondría un riesgo que podría desvirtuar la eficacia de la Resolución que se dicte en el seno del expediente MTZ 2006/1019. Sin embargo, a juicio de dicho operador, no existen elementos que hagan pensar que va a producirse dicha circunstancia.

Además, la fijación cautelar de precios se habría hecho sin unas mínimas garantías, lo que podría causar un perjuicio al sector en su conjunto.

3) Necesidad de incluir la modalidad 3Mbits en ADSL ATM.

ASTEL se pronuncia a favor de incluir entre los servicios mayoristas de TESAU la versión GigADSL de la modalidad de 3 Mb/s por dos motivos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a) La producción de perjuicios de difícil o imposible reparación para los operadores alternativos que trabajan sobre GigADSL, que se verían forzados a migrar a ADSL IP, lo que les exigiría inversiones irrecuperables en caso de que la Resolución final fuese desestimada.

b) La falta de creación de perjuicios significativos a la recurrente, que dispone de servicios más exigentes en recursos que la modalidad de en cuestión, por lo que no requiere de un aumento significativo de los recursos dedicados.

4) En cuanto la denuncia de separación respecto del criterio del informe de los servicios de esta Comisión sometido a audiencia, ASTEL pone de manifiesto la falta de vinculación del mismo

No obstante, nuevamente, a este respecto, existen divergencias dentro de ASTEL.

- a) Postura de los operadores centrados en xDSL sobre acceso indirecto y bucles desagregados

Dichos operadores entienden que la decisión final de esta Comisión no se aleja en demasía del informe de los Servicios sometido a audiencia previa. Así, para que la Resolución produjese indefensión o fuese causa de algún grado de nulidad, el cambio de criterio hubiera debido serlo de decisiones precedentes, pero nunca respecto de un informe previo.

Además, recuerda que al encontrarnos en sede cautelar, lo que impide que se produzca indefensión por la posibilidad de acudir a los cauces previstos para la revisión de los actos en vía administrativa.

- b) Postura de ONO

Por su parte, ONO coincide con TESAU, al entender que la Resolución recurrida adolece de falta de motivación, por cuanto se separa del criterio de los Servicios de esta Comisión, y ello determinaría su nulidad de pleno derecho, por cuanto causa indefensión a la recurrente al impedirle conocer los motivos que justifican la decisión.

5) Alegaciones referentes a los aspectos técnicos y económicos particulares objeto de recurso de TESAU.

- a) Configuración geográfica del servicio IP Nacional.

La disponibilidad en las siete cabeceras regionales del servicio ADSL IP Nacional es justificada por ASTEL con el ahorro de costes de transporte que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ello supondría para los operadores que no tienen conexión a las cabeceras nacionales.

Así, para la asociación, TESAU no plantea soluciones diferentes a las propuestas por esta Comisión que no sean la contratación de dichos servicios de transporte.

Además ASTEL plantea la posibilidad de, en caso de que desde el punto de vista de la arquitectura de red fuera del todo desaconsejable la disponibilidad ADSL IP Nacional en las cabeceras regionales, se mantuviese dicho acceso sólo en los puntos de acceso regional en que los operadores mostraran interés en un cierto plazo, o bien sólo para aquellos operadores que operan sólo con GigADSL.

b) Acortamiento de plazo para la constitución de los PAIs.

ASTEL coincide con la Resolución recurrida, al considerar que el plazo previsto es el correcto.

c) Modificación del precio de servicios mayoristas.

Nuevamente, existen dos opiniones en el seno de la Asociación.

a) Los operadores centrados en la provisión de servicios xDSL sobre servicios mayoristas de acceso indirecto y bucles desagregados, consideran que nos encontramos ante un mercado meramente “en desarrollo”, y no “emergente” a los efectos del reconocimiento de un margen superior que favorezca la inversión.

Además, consideran con escepticismo que la falta de datos desagregados por modalidades ni despromediados geográficamente es achacable a la recurrente.

Por último, entienden que la alegación de TESAU de que la imposición provisional de precios prejuzga los resultados finales, carece de sentido, ya que la propia naturaleza de las medidas cautelares implica en cierta forma un anticipo del resultado, sin que ello suponga necesariamente prejuzgar el fondo del asunto.

b) Los operadores de cable, por su parte, coinciden con las alegaciones de TESAU en este punto.

6) Estabilidad regulatoria.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ASTEL muestra su preocupación por la necesidad de evitar cambios de criterio que afecten a la seguridad jurídica en la actividad de regulación. Algunos de sus asociados creen que ésta se vería perjudicada por un cambio de criterio respecto de las medidas cautelares, tal y como pretende la recurrente, y otros, en cambio, creen que la adopción de medidas en sede cautelar tiene, de por sí, efectos perjudiciales sobre la misma.

DÉCIMO CUARTO.- Alegaciones de TESAU a las alegaciones del resto de interesados.

Con fecha 25 de abril de 2007 tuvo entrada en el Registro de entrada de esta Comisión un escrito de la recurrente, por el que hacía alegaciones en referencia al escrito de alegaciones presentado por Ibercom y DT12”.

Dichas alegaciones han sido consideradas en la medida que no supongan una modificación del objeto del recurso presentado en su día, ni introduzcan nuevos motivos que el resto de operadores interesados en el procedimiento no podrían replicar. Las alegaciones se refieren, básicamente, a las dificultades que supondría la conversión de protocolos IP a ATM, utilizando los mismos equipos de red y transmisión, tal y como proponen ambos operadores.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107.1 de LRJAP y PAC 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC establece 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 o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, calificar el escrito presentado por TESAU como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de esta Comisión de fecha 21 de diciembre de 2006, sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica de España.

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 LRJAP y PAC.

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.

El acto impugnado fue dictado por el Consejo de esta Comisión, por lo que dicho órgano es competente para resolver el presente recurso de reposición en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En todo caso, el transcurso de dicho plazo supondrá la desestimación presunta del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2, sin perjuicio de la obligación de esta Comisión de resolver.

CUARTO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige 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 tratarse del operador obligado a ofrecer las condiciones establecidas en la OBA, así como a cumplir las obligaciones cautelarmente impuestas en el acto recurrido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el marco en que se dicta la Resolución recurrida: la fijación de nuevas condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado.

Como se ha expuesto en los antecedentes fácticos, la adopción de la Resolución recurrida, y las medidas que contiene, se encuadra dentro de un contexto más general, cual es la revisión de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de TESAU, que incluye la concreción de un nuevo entorno regulatorio, más completo y preciso, de su oferta de acceso indirecto al bucle del abonado.

No es preciso, por tanto, repetir los sucesivos hitos que se han ido produciendo a lo largo del proceso. Sin embargo, y porque es fundamental para dar cumplida réplica a las alegaciones de TESAU, parece necesario significar de forma especial las condiciones impuestas en la Resolución de esta Comisión, de 1 de junio de 2006, a TESAU como operador dominante en el mercado de servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle de abonado, entre las que se incluían:

1. Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha a todos los operadores.

La efectividad de esta obligación requiere la imposición genérica de las siguientes obligaciones a TESAU:

a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (art. 13.1 d) de la LGTel. y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso).

Dicha obligación implica que la recurrente deberá facilitar un acceso mayorista de banda ancha (acceso indirecto al bucle) suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice, bien directamente o a través de otras empresas de su mismo grupo. Este servicio mayorista deberá estar disponible a terceros tanto en las demarcaciones definidas para el servicio GigADSL como en el nivel nacional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Ofrecer los servicios de acceso mayorista de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción (arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso).

Esta Comisión determinará el sistema de contabilidad de costes que deberá aplicarse precisando el formato y el método contable que habrá de utilizar. Asimismo garantizará que TESAU ponga a disposición del público la descripción del sistema de contabilidad de costes empleado, determinando a tal efecto la forma, fuentes y medios conforme al artículo 11 del Reglamento de Mercados.

Asimismo, esta Comisión, para asegurar el cumplimiento de esta obligación y, en coherencia con lo establecido por el punto 3 del citado artículo 13 de la LGTel, podrá solicitar la información relevante que justifique plenamente los precios que aplica TESAU en los servicios mayoristas de acceso a banda ancha.

Para los casos en que no se disponga de información suficiente, esta Comisión podrá determinar los precios mayoristas de referencia de acuerdo con una metodología Retail Minus de forma que los precios ofrecidos a terceros por TESAU en ningún caso podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente tanto en los mercados minoristas conexos como en los mayoristas descendentes al de referencia. Para evitar las prácticas anteriores, esta Comisión aplicará un test de estrechamiento de márgenes a las ofertas minoristas de TESAU. Dicho test evaluará también las presiones competitivas que enfrenta este operador, tanto mediante estos servicios mayoristas como de otros complementarios, en especial el bucle desagregado.

Los precios fijados para los servicios mayoristas regulados en virtud del punto anterior deberán:

- Permitir a los operadores alternativos que decidan utilizar los servicios mayoristas de banda ancha replicar las ofertas minoristas de banda ancha de TESAU o cualquier empresa de su grupo.

- Asegurar los incentivos económicos suficientes para garantizar el desarrollo de redes alternativas, la inversión eficiente y la competencia sostenible de acuerdo con el artículo 13.2 de la Directiva de Acceso.

- Asegurar la coherencia de las tarifas de los servicios mayoristas asegurando un margen suficiente tanto en los servicios prestados en las diferentes demarcaciones (servicios regionales) y el nacional como con respecto a otros servicios mayoristas conexos (servicios desagregado al bucle).

- Estar promediados en todo el territorio nacional.

Esta Comisión tendrá en cuenta en la fijación de precios los criterios establecidos en el artículo 13.2 de la Directiva de acceso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, y dada la posición de TESAU y su grupo empresarial tanto en el mercado de referencia como en el mercado conexo de acceso al bucle de abonado (mercado 11 de la Recomendación de la Comisión Europea relativa a mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación "ex ante"), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asegurará que, en su conjunto, las condiciones mayoristas, tanto técnicas como económicas, sean suficientes para evitar la comercialización de ofertas minoristas de banda ancha que impliquen una extensión de su posición y, por lo tanto, riesgos para la libre competencia en el mercado minorista descrito en el presente informe. Así, se han citado anteriormente algunas de dichas prácticas que quedan prohibidas, que son, entre otras, los siguientes:

- Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios).
- Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas...).
- Discriminación abusiva en términos de precios.
- Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).

c) Separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso mayorista de banda ancha (arts. 13.1 c) de la LGTel y 9 del Reglamento de Mercados, art. 11 de la Directiva de Acceso).

2. Obligación de transparencia en la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha.

a) TESAU está obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1 a) de la LGTel y 7 del Reglamento de Mercados; art. 9 de la Directiva de Acceso.

3. Obligación de no discriminación en las condiciones de los servicios mayoristas de acceso de banda ancha.

a) Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso (arts. 13.1 b) de la LGTel y 8 del Reglamento de Acceso; art. 10 de la Directiva de Acceso).

b) Obligación de comunicación de parámetros de calidad respecto a la previsión de los servicios de referencia.

A efectos de estas obligaciones, en relación con el acceso indirecto al bucle del abonado, se consideró que la oferta de servicios mayoristas de acceso indirecto al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bucle recogida en la Oferta de Acceso al Bucle de abonado continuaba vigente. Ello, sin perjuicio de la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para introducir cambios en la oferta de referencia, tanto de oficio como a instancia de parte, y de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados.

En todo caso, y en relación con aquellos servicios que no figura en la actual Oferta de Acceso al Bucle de Abonado pero que, sin embargo, están incluidos en la definición del mercado de referencia, TESAU debía presentar una propuesta de oferta de referencia a la CMT conteniendo la información mencionada en el plazo de dos meses desde la adopción de la medida. De acuerdo con lo establecido en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, la CMT podrá dictar Resolución motivada instando la modificación de la oferta y también las fecha a partir de la cual aquélla surtirá efectos”.

Así pues, las medidas cautelares objeto de recurso tienen su fundamento en las obligaciones que fueron impuestas a TESAU en la Resolución del Mercado 12, y que, en lo que más nos atañe en el presente procedimiento, se pueden resumir en la obligación de la recurrente de proporcionar servicios mayoristas de acceso de banda ancha a todos los operadores que los soliciten, tanto en las demarcaciones definidas para el servicios GigADSL como en el nivel nacional, y a precios orientados a costes. Por tanto, las medidas adoptadas por esta Comisión no suponen una innovación en las obligaciones que la recurrente ya tenía impuestas, sino su efectiva concreción, pues es desde ese momento cuando TESAU tiene la obligación, entre otras, de ofrecer precios orientados a costes. En este sentido se manifiestan FTE y ASTEL. La efectividad de dicha obligación está supeditada al análisis de los costes efectuado por esta Comisión, pero, una vez constatada la aplicación de precios mayoristas excesivos, la dilación en la imposición de precios orientados a costes constituiría una dejación de las funciones de esta Comisión y la extensión temporal injustificada de una situación declarada anticompetitiva.

Profundizando en esta idea, debe cuestionarse la actitud de la recurrente, pues es su incumplimiento (o, al menos, cumplimiento incompleto) el que ha forzado la adopción de las medidas a las que ahora se opone, obligando a esta Comisión a su imposición en sede cautelar.

SEGUNDO.- Sobre la posible improcedencia de la adopción de las medidas cautelares y la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

1. Justificación de las medidas adoptadas.

La adopción de medidas provisionales está prevista en el artículo 72 LRJAP y PAC. También la LGTel recoge esta posibilidad respecto de la actividad de esta Comisión en su artículo 48.12. La recurrente no cuestiona este extremo, sino la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

oportunidad de su adopción en el seno del procedimiento MTZ 2006/1019, cuyo objeto es la concreción de las obligaciones impuestas a TESAU en la Resolución de 1 de junio de 2006 en su condición de operador con poder significativo en el mercado de acceso mayorista de banda ancha a través de la revisión de la oferta de referencia de dichos servicios.

En términos generales, la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el procedimiento administrativo es una manifestación del principio de eficacia que debe guiar el actuar administrativo. En el caso que nos ocupa, la oposición al mantenimiento de precios anticompetitivos parte de unos datos objetivos¹, y prolongar esta situación durante un amplio plazo de tiempo, además de ir en contra de las obligaciones impuestas a la recurrente, cuestiona dicho principio de eficacia, y por lo tanto, se puede concluir que las medidas adoptadas, siendo necesarias, son más efectivas cuanto antes se adopten.

La nota primordial de las medidas cautelares es su finalidad, que no consiste en otra cosa que evitar que antes de que se dicte una resolución se produzca un estado de cosas tal que frustre, con lesión de derecho de alguna de las partes afectadas, su efectividad. Por tanto, cualquier medida que se desvíe de dicha finalidad, tal y como denuncia TESAU, incurrirá en un vicio invalidante.

Las medidas cautelares consideradas bajo este punto de vista, implican un adelanto de la efectividad de la resolución que en su día se dicte sin la plenitud de las garantías del procedimiento, y por ello debe extremarse la cautela en su adopción para, por una parte, asegurar su oportunidad y necesidad, y por otra, evitar los perjuicios que pueden causar a los obligados a su cumplimiento.

A este respecto, debe considerarse que en el expediente MTZ 2006/1019, en cuyo seno se dictaron las medidas hoy recurridas, se está procediendo a un exhaustivo estudio para determinar un nuevo modelo de control de costes que asegure que los precios de los servicios de acceso mayorista de banda ancha que TESAU está obligada a prestar están orientados en función de los costes.

No obstante, ese complejo proceso puede dilatarse más de lo deseable, por lo que, y así se justifica abundantemente en la Resolución recurrida, esta Comisión consideró oportuno acordar las medidas cautelares ahora combatidas.

Frente a ello, TESAU alega, acogiéndose al tenor literal de la Resolución recurrida, que las medidas cautelares que nos ocupan se adoptan con otros fines diferentes. En concreto para garantizar la pluralidad de ofertas y la

¹ Por Resolución de 11 de mayo de 2006, de aprobó la verificación de los resultados de la contabilidad de ctes presentados por Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competencia en el mercado, y no para asegurar la eficacia de la Resolución que ponga fin al procedimiento.

Dicho argumento ha sido tradicionalmente usado por el antiguo operador monopolista para fundamentar su oposición a la adopción de medidas cautelares por parte de esta Comisión en el pasado. No obstante, sucesivas sentencias de la Audiencia Nacional se han encargado de ratificar la idoneidad del criterio mantenido para su adopción, que no es otro, en definitiva, que asegurar el desarrollo del mercado en condiciones de competencia e igualdad, y que será el fin de la resolución que en su día ponga fin al procedimiento.

Así, dos Sentencias de 23 de diciembre de 2004, de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, indican:

“Favorecer la competencia, la transparencia y la igualdad de trato debe ser el principal efecto de la resolución que se dicte en un conflicto de interconexión, pues son estos los principios que inspiran todo el ordenamiento del sector, como extensamente se ha razonado ya en esta sentencia. Si el retraso en la resolución de un conflicto de interconexión puede comprometer -por la propia dinámica de este mercado- la competencia en condiciones de igualdad, la Administración debe anticiparse, mediante la adopción de medidas cautelares si fuere el caso, para impedirlo. De esta forma se asegura la efectividad de la resolución que finalmente se dicte, que ésta consiga el principal de sus efectos. Esto es lo que ha hecho la CMT en el presente caso, según ha razonado en su resolución, y ninguna tacha de ilegalidad puede hacerse a su actuación desde esta perspectiva”.

En el caso que nos ocupa, si bien no estamos ante un conflicto de interconexión, sino ante la definición y concreción de obligaciones específicas al operador dominante en un mercado de referencia, sirve perfectamente el mismo argumento, por cuanto que la finalidad de ambas resoluciones es coincidente. Además, debe resaltarse los términos categóricos que la Audiencia Nacional emplea; en efecto, este regulador “debe” (no sólo “puede”) proceder a adoptar medidas para impedir que el transcurso del tiempo durante la instrucción de un expediente comprometa la competencia. Como se expone en la Resolución recurrida, la existencia de márgenes excesivos en los precios mayoristas supone un desequilibrio a favor del operador incumbente que debe evitarse tan pronto como se detecte por los efectos nocivos que tiene para el desarrollo del mercado, y no esperar a la resolución definitiva, máxime cuando existe la base suficiente de la contabilidad auditada de la recurrente a modo de *bonus fumus iuris*. En caso contrario, esta Comisión estaría permitiendo una situación indeseable y contraria al objetivo que le marca la regulación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Más recientemente, por si de contrario se alegase que el criterio ha decaído, la Sección 8ª de la Sala de los Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 19 de abril de 2006, dice:

“Las razones expuestas en la resolución impugnada, que responden a un juicio cautelar y provisorio, resultan, sin duda, suficientes y adecuadas para fundamentar la decisión adoptada y constituyen un presupuesto válido para dar lugar al acogimiento de las medidas positivas que responden a la finalidad última de asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer en el expediente en el que surgen. No se trata, como se indica en la demanda, de simples conjeturas o sospechas sobre la actitud discriminatoria sostenida por la demandante en la aplicación del recargo, sino de indicios objetivos constatados en el expediente y deducibles de las diversas denuncias de operadoras y de la actitud de Telefónica respecto a la aplicación diferenciada del recargo. En suma, concurren a juicio de esta Sala, los presupuestos necesarios que habilitan para la adopción de las medidas cautelares, razones que nos llevan a la desestimación de este argumento impugnatorio”.

Además de todo lo anterior, no puede dejar de reconocerse que nos encontramos ante una previsión expresamente contemplada en la legislación. Así, el artículo 31 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones, establece:

“En el ejercicio de las funciones a las que se refieren los artículos 6, 19, 22 y 23 de este Reglamento, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez incoado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello y, en especial, las siguientes:

- a) Ordenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que se refiere el procedimiento

(...)”

La mención contemplada en el punto a) es suficientemente ilustrativa del carácter de las medidas cautelares que esta Comisión puede adoptar, pues recoge expresamente la posibilidad de imponer condiciones para evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que se refiere el procedimiento como una modalidad de asegurar la eficacia de la resolución que le ponga fin. El que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

nos ocupa es un claro ejemplo de esta posibilidad, pues no es más que la imposición a un operador de unas condiciones (un precio mayorista o la obligatoriedad de un servicio) que es imprescindible para evitar el sobreprecio aplicado por la recurrente o asegurar la replicabilidad de un servicio, sobreprecio que, evidentemente, causa un daño a sus competidores y cuyo estudio es uno de los objetos del procedimiento en cuyo seno se han dictado las medidas provisionales recurridas.

La propia LGTel, en su artículo 48.2.e) incluye, entre las funciones de esta Comisión, la adopción de medidas necesarias para la salvaguardia de la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y su explotación en condiciones de red abierta.

Así pues, las medidas cautelares acordadas en la Resolución recurrida tienen su justificación en varios hechos:

- 1) Las obligaciones impuestas en el análisis del mercado 12 (acceso mayorista a banda ancha).
- 2) Los datos de la contabilidad de costes del año 2004 de TESAU, que ponen de manifiesto la existencia de precios no ajustados en función de los costes de los servicios mayoristas en algunas zonas.

La razón última para adoptar las medidas por la vía cautelar tienen, efectivamente, el objeto de asegurar la competencia en el mercado y la pluralidad de ofertas, como otras muchas decisiones de esta Comisión. Pero ello no empece su urgencia en relación con la Resolución que ponga fin al procedimiento administrativo. En efecto, ésta tendrá por objeto la aprobación de la oferta mayorista de TESAU de acceso indirecto al bucle de abonado, que contendrá los precios que la Resolución recurrida modifica cautelarmente. Ahora bien, esta Comisión entiende que difícilmente podrá cumplir su función si en el prolongado ínterin se permite a TESAU el mantenimiento de unos precios excesivos y anticompetitivos, y por lo tanto, contrarios al análisis del mercado efectuado por esta Comisión y a las obligaciones impuestas en su seno. Además, ello tiene el nocivo efecto de impedir al resto de operadores competir mediante ofertas más agresivas en precios. Éste razonamiento es el empleado en la Resolución recurrida, y por ello, debe confirmarse para justificar las medidas a las que se opone la TESAU.

2. Concurrencia de los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares en el caso que nos ocupa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El punto QUINTO de la Resolución recurrida ya incluye un exhaustivo análisis acerca de la concurrencia de los requisitos legalmente previstos para la adopción de medidas cautelares, por lo que no cabe sino remitirse al mismo y confirmarlo por la validez de sus argumentos.

Además, lo arriba expuesto no es sino profundizar en la concurrencia de los presupuestos legales, por lo que un nuevo análisis sería redundante. Así:

a) La Resolución del mercado 12, el análisis de la contabilidad de costes de la recurrente del año 2004 y la estructura de precios de la recurrente, operan como elementos de juicio suficientes. Por su parte, la facultad, legalmente reconocida a esta Comisión para adoptar medidas cautelares opera como suficiente apariencia de buen derecho (*bonun fumus iuris*).

b) La necesidad y urgencia para garantizar la eficacia de la Resolución que en su día ponga fin al procedimiento viene impuesta por la duración prevista del mismo, por cuanto prolongar las asimétricas condiciones competitivas del mercado en cuestión supondría el reforzamiento de la posición dominante de la recurrente.

Además, el mantenimiento del servicio GigADSL es necesario según la Resolución del Mercado 12. De no adoptar las medidas recurridas, en la práctica TESAU no estaría obligada a ofrecer esos servicios, y cuando se dicte la Resolución definitiva en el presente procedimiento, hay riesgo que se convierta en innecesario, ya que en el ínterin se habría producido una evidente pérdida de atractivo comercial.

c) La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para la recurrente ha de conjugarse con el resto de intereses presentes en el mercado, tanto de los competidores como de los consumidores. En este sentido, TESAU no ha justificado su efectiva producción con la Resolución recurrida, sino que se limita a alegarlo, aun sabiendo que es una carga que le corresponde y que ya le fue reprochada en la Resolución de 15 de febrero de 2007, por la que se denegaba la petición de suspensión de la ejecución de la resolución ahora recurrida.

A modo de ejemplo, la recurrente alega que la imposición de servicios basados en tecnología ATM le supondría una inversión irrecuperable. Pues bien, desde la presentación del recurso que se contesta con el presente texto hasta la fecha, cinco meses después, podría haber justificado la necesidad de esas nuevas inversiones, ligada a un aumento de la demanda de ese tipo de servicios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por el contrario, la modificación provisional de la OBA para incluir la oferta mayorista que permita a los operadores alternativos replicar la oferta minorista de ADSL a 3 Mb/s de TESAU ha sido fuertemente defendida por sus operadores competidores, síntoma evidente de un interés que debe ser valorado en la medida que supone el fomento de la competencia efectiva en el mercado.

TERCERO.- Sobre el cambio de criterio respecto del informe elaborado por los servicios de la CMT y respecto a resoluciones previas.

La recurrente reprocha la existencia de discrepancias entre el informe de los servicios de la Comisión, del que se le dio traslado junto con la apertura del trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la LRJAP y PAC, y la Resolución finalmente adoptada. Añade que el contenido de la Resolución impugnada difiere sustancialmente del informe objeto de audiencia. A su juicio, esta circunstancia le causa indefensión e inseguridad, por cuanto, al haber realizado sus alegaciones en base a ese informe, *“de haber sido otro el informe Telefónica de España hubiera realizado unas alegaciones distintas”*.

Dicha alegación debe rechazarse por varios motivos. En primer lugar, porque el Consejo de esta Comisión no está condicionado a los informe de sus servicios. De ser así, como pretende TESAU, se incumpliría el artículo 48.4 de la LGTel, que reserva la Consejo el ejercicio de las funciones que le son propias a esta Comisión, produciéndose una inaceptable pérdida de autonomía en la adopción de sus acuerdos.

En relación con el alegado cambio de criterio posterior al Informe de los Servicios y subsiguiente nulidad de la Resolución recurrida por infracción de los artículos 54.1, 62.1.a), e) y f) de la LRJAP y PAC en relación con el artículo 24 CE, es menester recordar lo dispuesto por el artículo 84 de la LRJAP y PAC:

“Artículo 84. Trámite de audiencia

- 1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5.*
- 2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”.*

Dicho precepto consigna la obligación por parte de la Administración, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, de poner de manifiesto el procedimiento a los interesados para que si éstos lo estiman conveniente aporten las alegaciones correspondientes. Se trata pues de poner



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a disposición de los interesados todo el material instruido en el marco del procedimiento previamente a la redacción de la propuesta de resolución.

En el caso que nos ocupa, más allá de poner a disposición de la recurrente toda la instrucción realizada, se le dio traslado de un Informe preliminar de los Servicios que de ninguna manera puede ser considerado una propuesta de Resolución, con lo que no ha lugar a infracción procedimental alguna tal y como recoge expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002:

“En primer término, el artículo 84.1 de dicha Ley establece que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes.... El trámite de audiencia, por tanto, es anterior a la propuesta, sin que la norma imponga que se dé traslado de ésta. En consecuencia, no puede hablarse de infracción procedimental por esta causa”.

Así pues, la tramitación del procedimiento que puso fin a la Resolución aquí recurrida se ajustó en todo momento a las reglas procedimentales correspondientes en el cual pudo la recurrente hacer valer las alegaciones correspondientes a través de los cauces procedimentales oportunos, por lo que no se ha producido infracción alguna del ordenamiento jurídico.

En el fondo del motivo de la recurrente subyace una equivocada consideración del trámite de audiencia previsto en las normas del procedimiento administrativo, que no se limita al informe previo a la propuesta de resolución, sino a la totalidad de lo actuado en el expediente. Limitar las alegaciones a aquél es una opción del interesado, pero no un límite, pues puede referirse al conjunto de lo instruido, y no exclusivamente a lo contemplado en dicho informe. La concepción de la recurrente del procedimiento administrativo como un constante traslado de propuestas y alegaciones obvia el *iter* procedimental fijado en la LRJAP y PAC, que, al contrario, dispone con claridad la existencia de actos de instrucción sucesivos, prescriptivos, tasados e inaplazables. Nuestro procedimiento prevé también la existencia de fases diferenciadas en el procedimiento: la fase de instrucción (Título VI Capítulo III de la LRJAP y PAC), que concluye con el trámite de audiencia, y la fase de resolución (Título VI Capítulo IV de la LRJAP y PAC), en las que los órganos actuantes son distintos. En nuestro caso, la instrucción corresponde a los Servicios y la resolución corresponde al Consejo. Desde otro punto de vista, refuerza esta idea la posibilidad de hacer alegaciones en cualquier momento de la tramitación hasta, precisamente, la apertura del trámite de audiencia, de conformidad con el artículo 79.1 de la LRJAP y PAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, debe significarse que el informe de los servicios no es vinculante para el Consejo, debiendo estar a la norma general prevista en el artículo 83.1 de la LRJAP y PAC, que dispone que *“salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”* y por lo tanto, no restringen o condicionan su decisión, sin perjuicio de la necesidad de motivación que exige el art. 54.1.c) de esa Ley.

En cuanto a las supuestas contradicciones con actuaciones anteriores de esta Comisión, se hecha de menos en el recurso la mención a las mismas, o al menos, la cita de los criterios que la Resolución recurrida hubiera contradicho. Ello hace difícil dar cumplida réplica en este momento a dichos argumentos. Ciertamente, no es la primera vez que esta Comisión ha adoptado medidas provisionales en la tramitación de sus procedimientos. Es cierto que las medidas adoptadas en la Resolución de 14 de septiembre en el seno de este expediente difieren en algunos aspectos con las recurridas por TESAU, pero no se aprecia contradicción en el criterio de esta Comisión, pues ambas resoluciones comparten el mismo análisis y fundamentos, si bien la actual supone una profundización respecto de la anterior.

En todo caso, baste resaltar que las Administraciones Públicas no están vinculadas por el precedente (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1997), o que la exteriorización por escrito de la causa del acto, especificando las razones que motivan el apartamiento del mismo respecto del criterio seguido en casos anteriores, sólo resulta necesaria en el ejercicio de potestades discrecionales (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1996 y 26 de octubre de 1995).

Por último, parece incompatible con su propia naturaleza la consideración de la doctrina del precedente administrativo respecto de medidas adoptadas de forma cautelar, en las que su provisionalidad exige la necesaria prudencia también por parte de los administrados para basar en ellas sus actuaciones, restringiendo así el principio de buena fe y confianza legítima.

CUARTO.- Sobre la supuesta falta de motivación. Vulneración del artículo 54.1 de la Ley 30/92.

La falta de motivación es el otro argumento en el que se sustenta el motivo “Segundo” del recurso de TESAU, pues entiende que el cambio de criterio al que se refiere el apartado anterior no está suficientemente motivado. Así, la motivación, tal y como oportunamente cita la recurrente, opera en un doble plano, al permitir conocer las razones de la voluntad de la Administración, además de permitir su control jurisdiccional, configurándose como un elemento indispensable para evitar la indefensión del administrado y cuya inconcurrencia determina, inevitablemente, la nulidad del acto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con carácter general, en lo que a la tacha de inmotivación de la Resolución impugnada se refiere, conviene resaltar que la jurisprudencia ha establecido con insistencia que incluso un razonamiento parco o sucinto, en cuanto permita colegir la lógica de la decisión adoptada, es suficiente a efectos de motivación (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993, entre otras muchas). Como significa el Tribunal Constitucional en su Sentencia 301/2000, de 13 de noviembre de 2000, *“el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentados de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes ha cumplido o no con este requisito”*.

Un somero análisis de la Resolución recurrida pone de manifiesto lo desacertado del motivo impugnatorio que nos ocupa, pues no sólo contiene un razonamiento lo suficientemente extenso como para justificar las medidas que acuerda y cumplir los requisitos de motivación, tal y como los configura la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, sino que, además, expresamente explica el por qué de la separación de criterios respecto del ya aludido informe de los servicios, cuando así se produce. Léase, a modo de ejemplo, los párrafos 2 a 4 de la página 25, en los que se explica los motivos de ciertas correcciones del método de cálculo de los precios propuestos en el informe sometido a audiencia, justificando así por qué se toma una decisión y además por qué no otra diferente.

En todo caso, debe rechazarse que la Resolución de esta Comisión se aparte *“absolutamente”* del criterio mantenido en el informe de los servicios. Que la motivación no sea la que favorece a la recurrente no significa que no exista motivación, ni tampoco que las modificaciones que propone supongan un criterio radicalmente opuesto e incompatible. En este caso, nada de eso sucede, pues se comparte el análisis previo de la situación del mercado como punto de partida, la necesidad de imponer medidas, la justificación de las mismas en la Resolución de 1 de junio de esta Comisión e incluso las propias medidas, variando simplemente en aspectos concretos relativos a su alcance. En este sentido, debe recordarse que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 13 de diciembre de 1995, destaca que *“los informes merecen ser valorados, más que por sus conclusiones, por el contenido de los mismos en que éstas deberían apoyarse”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, no debe pasarse por alto que, sí alguna consecuencia tuviera la falta de motivación alegada, sería la indefensión a la recurrente, y por lo tanto, la anulabilidad del acto. A este respecto, el criterio del Tribunal Supremo es que fuera del supuesto de nulidad de pleno Derecho, en aras del principio de economía procesal, el vicio puede purgarse a lo largo del procedimiento, ya por el mismo órgano que lo produjo, ya por el superior al conocer en vía de recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1995).

QUINTO.- Sobre los aspectos técnicos particulares del recurso de TESAU.

1) Sobre la inclusión de la modalidad de 3 Mb/s en GigADSL.

La inclusión de la modalidad 3Mb/s en el servicio GigADSL, al contrario que en las anteriores medidas adoptadas en la Resolución de 14 de septiembre de 2006, tiene su fundamento en la obligación impuesta a la recurrente en la Resolución del Mercado 12, de disponer tanto de un servicio de nivel nacional como de un servicio de nivel regional, ambos orientados a costes.

Según TESAU, un gran número de operadores ya disponen del servicio mayorista ADSL-IP, por lo que el mantenimiento del acceso sobre GigADSL representa unos costes elevados que perjudican la inversión en nuevas redes y supone el mantenimiento de unas tecnologías próximas a la obsolescencia.

Así pues, la efectiva producción de perjuicios a la recurrente se puede concretar en la necesidad de nuevas inversiones en la red de ATM (en lugar de la preferida por TESAU basada en tecnología IP) para poder garantizar el servicio minorista 3 Mbs. A su vez, la necesidad de fuertes inversiones está condicionada a un aumento de la demanda de dicho tipo de conexiones de GigADSL. Sin embargo, un somero análisis de los datos históricos muestra como la demanda de este tipo de conexiones ha disminuido, frente a las que utilizan tecnología IP. Tampoco la recurrente se ocupa de probar (deber que corresponde a quien alega un daño), al menos por indicios, que va a producirse un incremento sustancial en la demanda de las mismas que exija una fuerte inversión para hacerles frente. La constante migración hacia servicios basados en IP hace que deba pensarse, más bien, en que existe un exceso de capacidad en la red GigADSL. También debe ponerse de manifiesto el hecho de que TESAU dispone de velocidades más exigentes en recursos sobre GigADSL, sin que ello suponga, al parecer, mayores inconvenientes.

Por último, y tratándose de medidas cautelares, debe tenerse presente la posibilidad de que la Resolución definitiva no las mantenga. Es por ello que se impone un criterio de prudencia a la hora de ponderar los riesgos y beneficios para los operadores en el mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, se valora el perjuicio que se causaría a los operadores que trabajan sobre GigADSL si se les obliga a migrar a ADSL IP al no introducir la modalidad GigADSL a 3 Mb/s.

2) Sobre la modificación de arquitectura del servicio ADSL IP nacional existente, en relación con el servicio PAI-IP nacional sobre puntos de conexión de plataformas regionales.

TESAU alega que desde que lleva prestando el servicio mayorista ADSL IP ningún operador alternativo le ha pedido acceso desde otro punto de tráfico de ámbito nacional diferente de Madrid. A su juicio, este hecho justifica el mantenimiento de dos únicos puntos de acceso para la prestación del servicio a nivel nacional. Además, considera que debido a la estructura jerárquica de la red, la modificación propuesta distorsionaría el dimensionado de la red y no podría garantizar el servicio ante pico de tráfico.

Nuevamente, ha de valorarse una serie de intereses contrapuestos bajo de la óptica de la provisionalidad de la medida.

Por un lado, esta Comisión es consciente de las dificultades que para la recurrente supondría configurar su red y a la vez compatibilizarlo con la obligación que se le impone. En este sentido, en la Resolución que ponga fin al procedimiento se procederá a valorar la documentación aportada sobre la estructura de la red Rima.

Por su parte, los operadores alternativos valoran positivamente esta medida, al evitarles el sobrecoste que pudiera suponerles el transporte hasta los nodos de enlace a nivel nacional de Madrid y Barcelona. Así, ASTEL en su recurso propone una serie de medidas alternativas que, si bien no son objeto del recurso que nos ocupa, podrán ser valoradas en la Resolución definitiva al presente procedimiento.

Sin embargo, y como ya se expuso en la Resolución de 15 de febrero de 2007, sobre la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida, el acceso a nivel nacional desde los puntos de nivel regional fue introducido por la Resolución de 14 de septiembre de 2006 dictada en el presente procedimiento, y por lo tanto, aunque se estimase el recurso, dicha obligación seguiría vigente, pues TESAU no la recurrió en su momento.

Por otra parte, el argumento de TESAU puede ser utilizado *a sensu contrario* para descartar los perjuicios que la medida le causaría, pues, si hasta la fecha ningún operador ha pedido el acceso al servicio nacional desde un punto regional, cabe pensar que quizás esta circunstancia no se produzca en el futuro, y por lo tanto, no se materialicen los temores expuestos por la recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3) Sobre la modificación de precios de cuotas de alta, baja y cambios de modalidad como consecuencia de la publicación de la oferta del bucle de abonado 2006. Coherencia en la regulación.

Coincidiendo con TESAU, así como con otros operadores que han presentado alegaciones, debe entenderse que las cuotas del servicios de conexión de abonados y otros precios ADSL IP han de ser los estipulados en la última Oferta del Bucle de Abonado, aprobada el 14 de septiembre de 2006, para los servicios de acceso indirecto GigADSL, así como la procedencia de añadir los servicios no incluidos.

En el siguiente cuadro se pueden apreciar las diferencias entre ambos:

	Nuevos precios			Resolución recurrida		
	sin instalación de splitter	con instalación de splitter POTS	con instalación de splitter RDSI	sin instalación de splitter	con instalación de splitter POTS	con instalación de splitter RDSI
Alta en acceso indirecto	47,13 €	85,97 €	88,19 €	41,83 €	82,21 €	132,25 €
Cambio de operador en acceso indirecto	20,23 €	48,97 €	51,19 €	No incluido		
Cambio simultáneo de operador y velocidad de conexión en acceso indirecto	26,93 €	55,66 €	57,88 €	No incluido		

	Nuevos precios		Resolución recurrida	
Baja en acceso indirecto		29,39 €		26,66 €
Cambio de velocidad de conexión sin requerir instalación de splitter		20,58 €		18,49 €
Cambio de velocidad de conexión con instalación de splitter POTS		49,31 €		No incluido
Cambio de velocidad de		51,53 €		No incluido



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conexión con instalación de splitter RDSI		
Servicio de instalación de splitter POTS	39,27 €	90,91 €
Servicio de instalación de splitter RDSI	41,49 €	90,91 €
Solicitud de cambio de parámetros ITV/ICV en una conexión	20,99 €	18,67 €
Solicitud de cambio de parámetros CAC en un puerto	19,59 €	18,67 €

En efecto, esta discrepancia atenta contra la seguridad jurídica, y crea una incertidumbre innecesaria a los operadores, sin que, por otra parte, nada la justifique. Es por ello que se considera oportuno acoger las alegaciones de la recurrente, procediendo a alinear las cuotas de alta del servicio ADSL-IP con las del GigADSL contenidas en la última versión de la OBA, así como a añadir los servicios no incluidos a los que la recurrente alude en su recurso.

En cuanto a su fecha de aplicación de los precios, TESAU solicita que *“los precios tengan efectividad desde el momento en que serían de aplicación en virtud de la citada cautelar y no desde la fecha de resolución del presente recurso”*.

Tanto los precios contemplados en la Resolución de 14 de septiembre, como los recogidos en la resolución recurrida (y que se extienden a los servicios sobre IP), tienen en común su orientación a costes, si bien se determinan mediante bases diferentes. Ello ha de conjugarse con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LRJAP y PAC, que dispone que *“Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hechos necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesiones derechos o intereses legítimos de otras personas”*.

Por tanto, la eficacia retroactiva es posible en casos como el que nos ocupa, el de una resolución (la presente) que sustituye otra anterior anulable (la recurrida).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Analizadas todas las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, se encuentran suficientes motivos para retrotraer los precios de altas, bajas y movimientos post-venta que aquí se recogen, y que, en consecuencia, deben ser aplicables desde la adopción de la medida cautelar ahora recurrida.

4) Sobre el acortamiento de los plazos de constitución de PAI's. Plazos de imposible cumplimiento.

Esta Comisión fijó un plazo máximo de 45 días naturales para la constitución de nuevos PAI-IP. TESAU alega que dicho plazo es insuficiente, y solicita su ampliación.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las tareas para la constitución de un PAI-IP son muy similares a las que se deben realizar para la constitución de un PAI-ATM. A este respecto, la Oferta del Bucle de Abonado, en su última versión, aprobada por Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006, en su apartado 1.5.9.4 señala que para la constitución de un PAI-ATM *“El alta de un pPAI se producirá en un plazo de 15 días laborales desde le envío de la solicitante si se trata de un puerto a instalar en un pPAI”*. Y según el punto 1.5.1.10 de la misma, *“los plazos medios en días empleados en estos procedimientos, y que aparecen referidos indistintamente como días, días hábiles o días laborables, se refieren a días laborables comprendidos de lunes a viernes, con la excepción de los festivos”*. Es por ello que el tiempo estipulado se entiende más que suficiente, y por lo tanto, el motivo debe desestimarse.

5) Sobre la modificación de precios de los servicios mayoristas.

En lo que se refiere a la modificación de los precios de servicios mayoristas, la recurrente reprocha que su promediación no impide que los márgenes positivos no se produzcan de forma uniforme en la totalidad del mercado, a la vez que solicita que, en su calidad de operador inversor en un mercado emergente, se le reconozcan unos márgenes superiores de beneficios.

En cuanto a la bajada de precios de los servicios mayoristas, la Resolución recurrida contiene un extenso razonamiento al que, en aras de la brevedad, nos remitimos. No obstante, debe destacarse que dicha reducción es *“prudente y conservadora”*, por cuanto evita una aproximación agresiva a los costes de prestación de los servicios. Así, por ejemplo, no se han incluido partidas que pudieran considerarse como contribuciones ineficientes, se descartó un enfoque prospectivo, que tuviera en cuenta las mayores economías de escala que pudieran producirse en el futuro y, sobre todo, porque se basaba en resultados de la contabilidad de costes del ejercicio 2004, mientras que la medida se aplica tres años después. Ello hace que, a priori, se compensen sobradamente los posibles perjuicios que le causaría a la recurrente la falta de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

despromediación geográfica que denuncia y se respeten los incentivos para la inversión en esos mercados.

Por tanto, y teniendo siempre presente el carácter cautelar de las medidas impugnadas, debe rechazarse que la Resolución recurrida se aparte de su objetivo de orientar los precios del acceso mayorista de banda ancha a los costes de producción, que es, en definitiva, la medida de su adecuación a derecho.

Por último, en lo que respecta a las modificaciones en la imputación de costes a las diversas modalidades, que TESAU califica de injustificadas, debe tenerse en cuenta que, en lo relacionado con la bajada de la dependencia de un DSLAM respecto al ancho de banda de un 30% a un 10%, como ya se razonó en la Resolución recurrida, la parte del DSLAM que limita el ancho de banda es la tarjeta e interfaz de agregación, que dispone de una capacidad finita, y no la de las ATU-C. Es por ello que se considera que la implicación del DSLAM respecto al ancho de banda es más baja (10% en lugar de la apuntada del 30%).

En cuanto al resto de cuestiones planteadas en este punto, el criterio de esta Comisión es que se justifican debidamente en la Resolución recurrida en base a que los costes dependen del tamaño de la red, y ésta del volumen de información que transmite. En todo caso, serían variaciones de modalidades concretas que no afectarían a la bajada global de los costes propuesta.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U., y proceder a modificar los precios de cuotas de alta, baja y cambios de modalidad para los servicios ADSL-IP fijados en la Resolución de 21 de diciembre de 2006, igualándolos con los contenidos en la última versión de la Oferta de Referencia de Acceso al Bucle de Abonado, aprobada por Resolución de esta Comisión de fecha 14 de septiembre de 2006, para los servicios GigADSL. Dichos precios, serán los recogidos en la siguiente tabla:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Precios de cuotas de alta, baja y cambios de modalidad para los servicios ADSL-IP, aplicables desde la notificación a TESAU de la Resolución de 21 de diciembre de 2006:

	Nuevos precios		
	sin instalación de splitter	con instalación de splitter POTS	con instalación de splitter RDSI
Alta en acceso indirecto	47,13 €	85,97 €	88,19 €
Cambio de operador en acceso indirecto	20,23 €	48,97 €	51,19 €
Cambio simultáneo de operador y velocidad de conexión en acceso indirecto	26,93 €	55,66 €	57,88 €

	Nuevos precios
Baja en acceso indirecto	29,39 €
Cambio de velocidad de conexión sin requerir instalación de splitter	20,58 €
Cambio de velocidad de conexión con instalación de splitter POTS	49,31 €
Cambio de velocidad de conexión con instalación de splitter RDSI	51,53 €
Servicio de instalación de splitter POTS	39,27 €
Servicio de instalación de splitter RDSI	41,49 €



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Solicitud de cambio de parámetros ITV/ICV en una conexión	20,99 €
Solicitud de cambio de parámetros CAC en un puerto	19,59 €

SEGUNDO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U. en todo lo que no se refiera al anterior punto, confirmando las medidas cautelares adoptadas en la Resolución de esta Comisión de 21 de diciembre de 2006.

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 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera