



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 03/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 26 de enero de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U. y France Telecom España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo, de fecha 3 de noviembre de 2011, por la que se revisa la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de la primera (AJ 2011/2701).

I ANTECEDENTES

Primero.- Resolución de 3 de noviembre de 2011.

Con fecha 3 de noviembre de 2011 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) dictó Resolución por la que se revisaba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), mediante la que se puso fin al procedimiento AEM 2011/896.

El citado procedimiento de revisión se inició de oficio aunque TESAU, mediante escrito presentado con fecha 30 de marzo de 2011, solicitó la revisión de determinados aspectos concretos de la metodología vigente.

Por medio de la Resolución de 3 de noviembre, esta Comisión acordó lo siguiente:

“PRIMERO¹.- Aprobar los nuevos valores actuales netos de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. incluidos en el Anexo I. Las ofertas que presente Telefónica de España, S.A.U. deberán ser coherentes con los mismos en el momento de su lanzamiento y durante la vida del cliente en caso de producirse una modificación en sus condiciones de prestación.”

¹ Resuelve único, pese que se consigne el término “PRIMERO”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Anexo I de la mencionada Resolución recoge los siguientes nuevos valores actuales netos de los servicios analizados:

TIPO PRODUCTO	Denominación del producto	VAN
Servicio de acceso RTB y paquetes de acceso y tráfico	Línea acceso RTB	89,33
	Contrato Zero	32,36
	Línea Económica	36,51
	Línea Internacional	351,93
	Línea Básica Internacional Empaquetada	560,28
	Línea a Tres	100,59
	Línea Tarifa Plana Hogar	302,03
	Planazo Hogar a Fijos y Móviles	314,01
	Planazo Hogar	172,96

TIPO PRODUCTO	Código producto	Denominación del producto	VAN
Líneas	SER-BA-08-0109	Línea 6Mb	309,25
	SER-BA-05-0007	Línea 10Mb	374,13
Dúos	SER-PQ-10-0154	DO 10Mb + TPN & FM FdS + AV	342,96
	SER-PQ-10-0110	DO 6Mb + TPN & FM FdS + AV	283,61
	SER-PQ-10-0143	DO 6Mb + TPN & FM FdS + AV + FM 60	322,30
Tríos	SER-PQ-10-0232	TO Familiar 6Mb + TPN & FM FdS + AV	338,28
	SER-PQ-10-0233	TO Familiar 6Mb + TPN & FM FdS + AV + FM 60	376,96
	SER-PQ-10-0300	TO Familiar 10Mb + TPN & FM FdS + AV	397,62
	SER-PQ-10-0738	TO Flexible 10Mb + TPN & FM FdS + AV	427,54
	SER-PQ-10-0253	TO Conexión 6Mb + TPN & FM FdS + AV	230,98
	SER-PQ-10-1043	TO Familiar 30Mb / 1Mb + TPN & FM FdS + AV + DVR	507,79

Segundo.- Recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 2 de diciembre de 2011, tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TESAU en virtud del cual esta entidad interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 3 de noviembre de 2011 a la que se refiere el antecedente anterior.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Bajo el único fundamento jurídico de que la Resolución resulta lesiva para sus intereses, TESAU solicita su anulación y la adopción de una nueva Resolución que recoja sus planteamientos, que articula en torno a los siguientes puntos:

- a. En relación con el compromiso de permanencia en el servicio de acceso RTB², alega TESAU que el hecho de no poder exigir un compromiso de permanencia a las promociones sobre la línea RTB supone que haya clientes que pidan el alta de línea para, de manera casi inmediata, portarse a otros operadores. Mediante esta estrategia los operadores alternativos no tendrían que solicitar un servicio mayorista de alta sobre par vacante, por lo que se ahorran los correspondientes costes mayoristas. TESAU alega que esta Comisión no entró a valorar esta relación de causalidad, con lo que queda en situación de indefensión.
- b. En segundo lugar, TESAU manifiesta su oposición a la metodología utilizada para el cálculo de la permanencia media del cliente, dato que se utiliza como horizonte temporal a la hora de determinar el VAN, que consiste en establecer la vida media de los clientes calculando este dato a partir de la antigüedad de los clientes que se dan de baja. El operador considera que el cambio del método de cálculo de la permanencia media operado en la Resolución, pasando de tomar como referencia la tasa de *churn* a tomar como referencia el período de permanencia en el momento de la baja del operador, no resulta adecuado.

Tercero.- Recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A.U.

Con fecha 5 de diciembre de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un segundo escrito presentado en nombre y representación de la entidad France Telecom España, S.A.U. (en adelante, FTE) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la misma Resolución de 3 de noviembre de 2011 citada en el Antecedente anterior.

Sobre la base del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), FTE articula su disconformidad con la citada Resolución y solicita su revisión en torno a los siguientes razonamientos:

- a. La Resolución establece valores actuales netos (en adelante, VAN) muy elevados que permiten a TESAU ofertar condiciones más favorables al cliente minorista que al mayorista, vulnerando en este sentido el principio de no discriminación. Un ejemplo de ello es, según la recurrente, la oferta de TESAU para sus clientes de móvil de “*Dúo 10Mb por 19,90 Euros*” mensuales de manera indefinida.

Según la estimación de FTE, “*el VAN podría estar sobrevalorando un margen de acceso que no debería superar 2 €/mes*”. Para evitar esto, solicita que se rebaje el VAN o, de manera subsidiaria, que se introduzcan mecanismos adicionales “*que prevengan la posibilidad de prácticas anticompetitivas como las expuestas*”, garantizando que no se incurren en “*práctica discriminatoria o predatoria alguna*”.

- b. La Resolución establece VAN muy elevados que permiten a TESAU ofertar promociones en condiciones de no replicabilidad por los operadores alternativos. Para

² Red Telefónica Básica, hace referencia al mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija en el que TESAU fue declarado operador con poder significativo de mercado (expediente MTZ 2008/1085).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

evitar los daños en el mercado que supone el lanzamiento este tipo de promociones irreplicables, FTE propone que se adopten medidas como:

- (i) Limitar el periodo promocional a 6 meses como máximo.
 - (ii) Establecer un umbral mínimo anual que superen todas las promociones de forma que, en todo caso, se cubran todos los costes incrementales.
- c. Finalmente, en línea con lo ya alegado en el procedimiento del que trae causa el presente recurso, FTE plantea que la Resolución no establece criterios de replicabilidad adecuados para servicios que incluyen televisión o para servicios soportados sobre despliegues FTTX, y solicita que los costes de red utilizados para determinar la replicabilidad de los productos de banda ancha se modifiquen aplicando la ponderación de los valores utilizados.

Cuarto.- Notificación de inicio del procedimiento y de acumulación de los recursos.

Habida cuenta de la identidad del acto contra el que se dirigen los dos recursos presentados, esta Comisión acordó, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, su tramitación acumulada.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la misma Ley, mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 15 de diciembre de 2011, se notificó a los interesados el inicio del procedimiento de resolución de los dos recursos de reposición, así como el acuerdo de acumulación.

Quinto.- Declaración de confidencialidad relativa al recurso de TESAU.

Con fecha 22 de diciembre de 2011, se declaró confidencial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.5 de la LRJPAC, toda la información señalada como tal por TESAU en su escrito de recurso, por tratarse de información sensible que puede entenderse incluida en el ámbito del secreto comercial o industrial de este operador.

Sexto.- Alegaciones de Vodafone España, S.A.U.

Con fecha 27 de diciembre de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión escrito de la entidad Vodafone España, S.A.U. (en adelante Vodafone) mediante el que presenta alegaciones al presente procedimiento de resolución de los recursos interpuestos por TESAU y FTE.

Vodafone dirige sus alegaciones a apoyar el criterio manifestado por esta Comisión en la Resolución recurrida en torno a las siguientes cuestiones:

- Compromiso de permanencia aplicado por TESAU en el acceso a la RTB. Según Vodafone, ese compromiso de permanencia actúa como barrera de entrada al mercado para los competidores.
- En relación con el cambio de la metodología a aplicar para el cálculo de la vida media de los clientes (estableciéndose ahora en función de la permanencia en el momento de la baja), entiende Vodafone que está justificado ya que al ralentizarse el ritmo de crecimiento del mercado de banda ancha, el porcentaje de clientes nuevos que proceden de otros operadores es mucho mayor que antes, por lo que las nuevas altas dependen cada vez más de las bajas (y su antigüedad) en un operador anterior.



- En cuanto al establecimiento en la metodología de criterios de replicabilidad aplicables a los servicios de televisión y FTTH, Vodafone apoya esta propuesta formulada por FTE y considera que, al menos, debería ajustarse en la metodología el procedimiento de cálculo de los costes, introduciendo, en aplicación del principio de prudencia, determinados ajustes consistentes en el incremento del coste unitario de los accesos desagregados y de las conexiones de acceso indirecto.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación de los escritos.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión, 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 LRJPAC 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.

Las dos entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición, que se interponen contra la Resolución del Consejo, de fecha 3 de noviembre de 2011, por la que se revisa la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC exige al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. En el presente caso, ambas recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento AEM 2011/896 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a TESAU y FTE para la interposición de los recursos potestativos de reposición objeto de la presente Resolución.

Tercero.- Admisión a trámite.

Los recursos administrativos que interpongan los interesados habrán de estar fundamentados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley y deberán contener los elementos formales que requiere el artículo 110.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A su vez, según lo dispuesto por el artículo 117.1 de la LRJPAC, los recursos potestativos de reposición dirigidos contra actos administrativos expresos deberán interponerse en el plazo de un mes.

En el presente caso, los recursos de reposición interpuestos cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y se han presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley.

En cuanto a su fundamentación jurídica en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, solo FTE cumple de manera estricta con este requisito formal al señalar que interpone el recurso *“al amparo de lo establecido en los artículos 107 y 62 de la LRJPAC”*. En el caso de TESAU, si bien no se refiere expresamente en su escrito de recurso a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de esta Ley, sí puede afirmarse que del contenido de sus alegaciones se desprende la invocación de causas de nulidad de pleno derecho. Por otra parte, a falta de fundamentación jurídica expresa, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a esta Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad.

Por todo lo anterior, procede admitir a trámite los tres recursos de reposición presentados.

Cuarto.- Competencia para resolver.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Análisis y contestación a las alegaciones de carácter técnico efectuadas por FTE.

1.1. Los VAN establecidos son muy elevados y permiten a TESAU ofertar condiciones más favorables al cliente minorista que al mayorista.

De acuerdo con FTE, tras la aprobación de la Resolución recurrida, TESAU ha procedido a ofrecer a sus clientes de móvil la oferta *“Dúo 10Mb”* por 19,90 euros mensuales de manera indefinida. Este operador opina que, a pesar de cumplir el VAN, esta oferta ofrece *“un margen incluso negativo para TESAU conforme a los últimos márgenes auditados de la contabilidad de costes de 2009 y en cualquier caso por debajo del margen que le ofrecen las ofertas mayoristas de acceso indirecto vigentes”*. Según la estimación de FTE, *“el VAN podría estar sobrevalorando un margen de acceso que no debería superar 2 €/mes”*.

El operador sostiene que la oferta sobre el *“Dúo 10Mb”* dirigida a clientes que tengan también contratados servicios de telefonía móvil incumple los requisitos básicos de la regulación vigente. Esta oferta rebaja la cuota mensual del servicio de banda ancha a 19,90 euros de manera definitiva. FTE afirma que *“es la primera vez que la metodología permite a TESAU que sus precios tengan un margen inferior al que arrojan los precios mayoristas de acceso al bucle”*.

FTE solicita a esta Comisión una rebaja del VAN que elimine la sobrevaloración del margen de acceso y que tenga en cuenta otros costes que a su juicio no han sido considerados. De



manera subsidiaria, sugiere la introducción de mecanismos adicionales “*que prevengan la posibilidad de prácticas anticompetitivas como las expuestas*”, garantizando que no se incurran en “*práctica discriminatoria o predatoria alguna*”.

En términos generales, estas alegaciones constituyen el contenido de la denuncia presentada por FTE ante esta Comisión con fecha 25 de noviembre de 2011. La Resolución de 21 de diciembre de 2011³ ya dio respuesta a la interpretación de FTE sobre la comercialización por parte de TESAU del “*Dúo 10Mb*” con un precio definitivo de 19,90 euros/mes aplicable únicamente a sus clientes de telefonía móvil.

En primer lugar, esta Resolución señala que la rebaja a 19,90 euros mensuales de la cuota mensual del servicio de banda ancha que realiza TESAU a sus clientes de servicios móviles “*se enmarca en la tendencia observada entre los principales operadores de banda ancha, incluida la propia Orange, consistente en rebajar la cuota mensual de manera permanente para aquellos clientes que tengan contratado con ellos el servicio de telefonía móvil*”. Así, FTE ofrece el servicio de banda ancha a sus clientes de móvil una cuota mensual definitiva de 15,95 euros.

Por otro lado, en la Resolución se hace constar que el producto fue comunicado oportunamente a esta Comisión y, en consecuencia, se analizó su replicabilidad. El análisis realizado en su momento se detalla en la propia Resolución y confirma que un operador alternativo que recurriera a los servicios mayoristas de TESAU sería capaz de replicar la oferta denunciada, a la que vuelve a referirse FTE en el recurso planteado.

Cabe además recordar que la determinación de la replicabilidad se realiza a partir de los costes que un operador alternativo tiene que afrontar (principalmente, los precios mayoristas de banda ancha) y no de los costes en los que incurre la propia TESAU a la hora de prestar servicios a sus clientes finales. En este sentido, los costes que figuran en la contabilidad de costes de TESAU –o los márgenes que de ellos se derivan- no constituyen un parámetro adecuado ni para determinar la aportación al VAN del servicio de acceso ni para concluir la existencia de una supuesta discriminación.

1.2. Los VAN no permiten replicar las promociones de TESAU.

En caso de que esta Comisión desestimara las pretensiones anteriores, FTE considera necesario que se impongan restricciones a las ofertas promocionales. Este operador expresa su preocupación por que la cuota mensual promocionada del servicio de banda ancha que disfruta inicialmente el cliente se consolide como cuota definitiva una vez transcurrido el periodo de aplicación de la oferta inicial de captación, de manera que el cliente no llegue a pagar el precio nominal del servicio de banda ancha. En concreto propone, para evitar los daños en el mercado que supone el lanzamiento por parte de TESAU de promociones irreplicables, la adopción de dos medidas:

- i. Que se limite el periodo promocional a no más de 6 meses, evitando que las promociones a un año se constituyan en precio definitivo al expirar el compromiso de permanencia de los clientes.
- ii. Que se establezca un umbral mínimo anual que superen todas las promociones de forma que en todo caso se cubren todos los costes incrementales.

³ Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa relativa a la denuncia de France Telecom España, S.A. relativa a la oferta de banda ancha de TESAU para sus clientes de móvil (AEM 2011/2639).



Concluye FTE señalando que “*la metodología debe así reforzarse para prevenir promociones irreplicables por los operadores alternativos, reduciendo los VAN o incorporando requisitos adicionales sobre la duración máxima de la promociones o restableciendo la figura de umbral mínimo que permita cubrir siempre los costes incrementales a un año*”.

En contestación a todo lo planteado por FTE ha de señalarse, en primer lugar, que este operador parte del supuesto de la existencia de ofertas promocionales que son irreplicables por un operador alternativo. A este respecto, cabe recordar que todas las ofertas promocionales que comercializa TESAU son comunicadas *ex ante* a esta Comisión y todas ellas son sometidas a un test de replicabilidad que han de superar. Sólo en el año 2011, el número de promociones analizadas por esta Comisión superó la cifra de 14.000. De acuerdo con las consideraciones incluidas en el punto anterior, esta Comisión considera que la superación del test de estrechamiento aprobado en el marco de la metodología asegura que las ofertas analizadas sean replicables por terceros operadores.

Al margen de lo anterior, cabe recordar que la metodología ya restringe las posibilidades con que cuenta TESAU de realizar promociones a clientes en planta, no siendo posible, en muchos casos, repetir las promociones de captación a clientes en planta. La Resolución de 1 de noviembre de 2009⁴ estableció los criterios de valoración de las ofertas destinadas a clientes en planta que también son comunicadas y analizadas por esta Comisión para evitar que, de forma conjunta con las promociones de alta, TESAU incurra en una práctica de estrechamiento de márgenes.

En segundo lugar, y aunque no esté directamente relacionado con la concatenación de promociones, la Resolución objeto de recurso también restringe las posibilidades de comportamientos estratégicos por parte de TESAU debido a la existencia modalidades que ofrecen las mismas prestaciones que otras que también se comercializan, pero por un precio inferior. Tal y como se expone en la Resolución impugnada, el ofrecimiento de estas modalidades -“*Hasta 6Mb*”, “*Hasta 10Mb*” y “*ADSL Económico*”- a clientes cuyo descuento promocional concluye podría dar lugar a que TESAU llevara a cabo comportamientos estratégicos que van en la línea apuntada por FTE. La unificación del análisis de todas las modalidades del catálogo comercial de TESAU que tiene lugar en dicha Resolución, y que toma como referencia la modalidad de precio más reducido, evita que se produzcan comportamientos estratégicos por parte de este operador.

En definitiva, la metodología no sólo revisa los productos y las ofertas de captación de nuevos clientes, sino que prevé mecanismos adicionales para garantizar que las ofertas de TESAU no den lugar a estrechamiento de márgenes en ningún momento de la permanencia del cliente en el operador.

1.3. No inclusión en la metodología de criterios de replicabilidad adecuados para servicios que incluyen televisión o para servicios soportados sobre despliegues FTTx.

La recurrente formula de nuevo las alegaciones ya efectuadas en el trámite de alegaciones del procedimiento AEM 2011/896, en el que planteó la posibilidad de que los costes de red utilizados para determinar la replicabilidad de los productos de banda ancha fueran matizados de la manera que sigue:

⁴ Resolución AEM 2009/1106.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (i) Ponderando los costes imputados al acceso desagregado por un factor $1/(1-X)$, donde X sea el porcentaje de líneas FTTX en las zonas de acceso desagregado y donde TESAU disfruta de condiciones de monopolio.
- (ii) En el caso de ofertas con TV, ponderar por un factor $1/(1-X)$, donde X sea la cobertura de líneas de acceso indirecto donde los operadores alternativos no pueden prestar servicios de televisión.

FTE pretende que esta Comisión modifique el análisis de replicabilidad sobre la base de una supuesta falta de replicabilidad de las ofertas de TESAU basadas en FTTx y aquéllas empaquetadas de banda ancha y televisión.

En relación con estos aspectos cabe recordar que las obligaciones de replicabilidad técnica de los servicios anteriores se basan en el acceso a conductos y las obligaciones simétricas en los edificios, en el caso de los despliegues FTTx, y en el bucle desagregado para el caso del servicio Imagenio. Por tanto, de acuerdo con las obligaciones vigentes, la metodología de análisis ex ante de las ofertas de TESAU no requiere de modificación alguna para compensar la supuesta falta de replicabilidad de los servicios FTTx a partir del bucle desagregado o de la TV mediante el acceso indirecto, servicios que de acuerdo con esta Comisión no son adecuados para garantizar la misma.

Por otra parte, es preciso poner en contexto las supuestas restricciones que afronta FTE por la falta de emulabilidad técnica de las ofertas de TESAU a que se refiere su alegación. Así, del requerimiento de información geográfico realizado por esta Comisión en junio de 2011 resultan los siguientes datos:

Tabla 1. Distribución de líneas de banda ancha y TV en función del tipo de central

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Segundo.- Análisis y contestación a las alegaciones de carácter técnico efectuadas por TESAU.

2.1. Sobre la no inclusión de la condición de compromiso de permanencia en el contrato de servicio de acceso RTB.

Según expuso TESAU en el marco del expediente que dio lugar a la Resolución recurrida, el hecho de no poder exigir un compromiso de permanencia a las promociones sobre la línea RTB supone que haya clientes que pidan el alta de línea para, de manera casi inmediata, portarse a otros operadores. Mediante esta estrategia los operadores alternativos no tendrían que solicitar un servicio mayorista de alta sobre par vacante, por lo que se ahorran los correspondientes costes mayoristas. TESAU alega que esta Comisión no entró a valorar esta relación de causalidad, con lo que queda en situación de indefensión.

En el citado apartado X de la Resolución recurrida sobre "*Resumen de alegaciones*", se recogen las alegaciones realizadas en este sentido por TESAU al Informe de Audiencia del procedimiento AEM 2011/896, y se les da contestación. En concreto, en la página 43 de la Resolución se afirma que "*la imposición de compromiso de permanencia a los clientes de acceso telefónico resultaría desproporcionada para solventar las situaciones expuestas por este operador en relación con las portabilidades fijas, especialmente cuando existen*



fórmulas comerciales alternativas que respondan a las posiciones comerciales de sus competidores mecanismos de carácter comercial – tanto en el mercado de acceso como en el del banda ancha – que podrían mitigar el presunto daño que TESAU apunta”.

TESAU señala que, si bien 36.000 clientes que en 2010 se portaron en breve plazo – con promoción de alta gratis y sin ella –, el total de altas que tiene TESAU en su servicio de acceso RTB se acerca al millón de clientes. Las circunstancias señaladas justifican que esta Comisión considere desproporcionada la imposición de un compromiso de permanencia a la totalidad de clientes que contrata el servicio de acceso, máxime teniendo en cuenta el poder significativo de mercado de TESAU en el mercado de acceso RTB.

Por otro lado, hay que recordar, además, que el 45% de los clientes que se portaron en breve plazo se habían beneficiado de una promoción de alta gratis. Si bien el porcentaje es elevado, es inferior al porcentaje medio de clientes de acceso RTB que reciben una promoción en el momento de alta, que asciende al **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Sería más acorde con la estrategia que denuncia TESAU un porcentaje de clientes portados en breve plazo con promoción de alta gratis que sea superior al medio, y no inferior.

2.2. No utilización de la tasa de *churn* para calcular la vida media de los clientes.

TESAU manifiesta en el recurso su oposición a la metodología utilizada para el cálculo de la permanencia del cliente que se toma como horizonte temporal a la hora de determinar el VAN. A continuación se exponen las razones sobre las que fundamenta su desacuerdo.

Primeramente, el operador cuestiona que su tasa de *churn* diverja de la de los operadores alternativos, tal y como establece la Resolución. TESAU alega que *“ha procedido a actualizar los datos de las vidas medias y la CMT no puede obviar que en los últimos cinco meses la vida media de la totalidad de clientes de banda ancha de otros operadores ha sido superior a la de los clientes de Telefónica y no precisamente poco.”*

Por otro lado, TESAU no está de acuerdo en que la tasa de *churn* puede trasladar las fluctuaciones intermensuales al resultado del cálculo de la vida media. Para solucionar este posible problema estadístico, propone, bien utilizar una media móvil de los últimos 6 meses (MM6), o bien identificar la línea de tendencia utilizando una función polinomial.

El operador no entiende el motivo por el cual esta Comisión ha decidido abandonar la tasa de *churn* como referencia para determinar la permanencia del cliente que se utiliza en el cálculo del VAN. En su opinión, el cambio de criterio tiene como única finalidad el *“no permitir a mi representada aplicar la vida media real que reclamaba, y que se situaba alrededor de los 40 meses”*. Añade, además, que *“la utilización de los clientes que se dan de baja es absolutamente injusto”* debido a que solamente se tiene en cuenta una parte reducida de clientes. Por otro lado, denuncia que el uso de los datos de clientes en planta promocionados citados en la Resolución es *“erróneo”*, y que la cifra *“está utilizada de manera partidista”*.

Para finalizar, TESAU concluye considerando que el cambio de criterio limita su capacidad comercial y, en consecuencia, otorga ventajas competitivas a los operadores alternativos.

En contestación a estas manifestaciones de la recurrente, cabe señalar que para calcular el VAN lo que se hace es actualizar (es decir, traer al presente) los ingresos y costes futuros que un operador alternativo obtendrá de un cliente durante un periodo de tiempo determinado. La mayor o menor amplitud de este periodo puede basarse en diferentes criterios, y uno de ellos es la vida media calculada a partir de la tasa de *churn*. Según se



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

argumenta en la Resolución, la antigüedad del cliente en el momento en que se da de baja es un criterio más adecuado por varios motivos, uno de los cuales es la variabilidad intermensual de la tasa de *churn* a la que TESAU alude.

A la hora de invertir en la captación de un cliente, el operador tiene la expectativa de recuperar dicha inversión a través de los ingresos futuros que éste le genere. De acuerdo con la información requerida a los operadores, un porcentaje muy elevado de las bajas se produce en los primeros meses de contratación, lo que supone en muchos casos que el operador no ha tenido tiempo suficiente para recuperar los costes de captación. En este contexto, la determinación del VAN utilizando una permanencia media basada en la tasa de *churn* tiene dos implicaciones:

- a) En primer lugar, el cálculo de la vida media del cliente a partir de la tasa de *churn* es un cálculo teórico difícilmente contrastable dado que no puede estimarse la vida media de una planta de clientes que todavía se encuentran conectados con el operador. Por tanto, resulta más adecuado realizar el análisis con magnitudes reales que puedan ser verificables.
- b) En segundo lugar, adoptar una vida media prolongada supone elevar el límite promocional de tal forma que podría aumentar la capacidad de TESAU para realizar promociones de captación de importe más elevado, de manera que sería preciso un periodo de tiempo más amplio para recuperar sus costes. Esta circunstancia eleva el riesgo de que el cliente cause baja antes del momento en que el esfuerzo promocional es recuperado.

La determinación del VAN con un horizonte temporal que se encuentre acotado de la manera que establece la Resolución recurrida ha de ser interpretada de manera conjunta a la posibilidad que tiene TESAU de ofrecer promociones a clientes en planta. A través de estas ofertas se permite a este operador bien renovar la capacidad para promocionar a clientes con antigüedad superior a 27 meses –aquellos cuyo coste de captación ha sido recuperado- o bien ofrecer ofertas de retención a clientes con una antigüedad inferior a esta cifra sujetas, eso sí, a determinadas restricciones.

Por tanto, en conjunto no es cierto que la capacidad comercial de TESAU se vea restringida dado que, en volumen total, el importe que puede promocionar es el mismo con independencia de la vida que se considere. La metodología únicamente limita el importe que puede ser utilizado en el momento de la captación del cliente pero esta diferencia podrá ser utilizada por TESAU en un momento posterior de la vida del cliente, siendo neutro el efecto global.

Por otro lado, el operador califica de erróneos los datos que figuran en la Resolución relativos a las promociones dirigidas a clientes en planta. Pues bien, en relación con lo anterior, esta Comisión ha comprobado que no se ha computado dos veces la cifra de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** clientes que apunta TESAU. La siguiente tabla detalla el cálculo realizado y demuestra que no existe el “*erróneo uso de los datos de clientes en planta promocionados*” que apunta el operador recurrente.

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

En definitiva, TESAU fundamenta sus alegaciones en uno de los argumentos expuestos en la Resolución que no es, ni mucho menos, el que ha motivado el cambio de criterio.



A juicio de esta Comisión, la Resolución de 3 de noviembre de 2011 impugnada expone de manera clara las razones que fundamentaron este cambio, de forma que las alegaciones de TESAU no pueden tener en este caso favorable acogida. Debe añadirse además que los órganos administrativos pueden desvincularse de actos anteriores siempre que el cambio de criterio se motive suficientemente, como ha ocurrido en el caso que se analiza.

Tercero.- Sobre la concurrencia de las causas de nulidad alegadas por las recurrentes en el presente caso.

Las recurrentes fundamentan su desacuerdo con los criterios técnicos analizados en los Fundamentos jurídicos anteriores sobre la base de que son constitutivos de causas de nulidad de pleno derecho que convierten el acto (la Resolución de 3 de noviembre de 2011) en impugnable. Los motivos de impugnación de contenido jurídico expresados en los recursos son fundamentalmente los siguientes:

- 1) Vulneración del principio de no discriminación entre operadores, al favorecer la Resolución impugnada a TESAU frente a los operadores alternativos en lo que se refiere a los VAN establecidos.

FTE, al invocar en la primera de sus alegaciones la vulneración de “*entre otros, el principio de no discriminación*”, parece denunciar un presunto trato discriminatorio favorable a TESAU y en detrimento del resto de operadores por parte de las soluciones técnicas adoptadas en la Resolución impugnadas.

Con relación al principio supuestamente vulnerado, tanto la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional, han señalado en diversas ocasiones que para advertir la infracción del principio constitucional de no discriminación no basta su mera alegación, sino que es preciso justificar cumplidamente las circunstancias que evidencian la pretendida desigualdad. Incluso en los casos en los que se produce una inversión de la carga probatoria, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 207/2001, de 22 de octubre, y 41/2002, de 25 de febrero, declara que la parte recurrente afectada deberá aportar, al menos, “*indicios que generen una razonable sospecha*”.

Por otra parte, el Auto del Tribunal Constitucional 80/2001, de 3 de abril, matiza también en los siguientes términos que únicamente pueden ser objeto de amparo las situaciones de discriminación o desigualdad reales:

“Consecuentemente, al no apreciarse que la norma haya causado una discriminación real a la solicitante de amparo sino, en todo caso, meramente potencial, debemos reiterar una vez más que el recurso de amparo constitucional no tiene naturaleza cautelar ni alcanza a proteger frente a las eventuales lesiones no producidas.”

En este caso, no se advierte que FTE acredite en su recurso la posible concurrencia de esta causa de nulidad del acto impugnado ni que justifique que se trata de una situación de discriminación efectiva o real, más aun cuando los apartados 1.1 y 1.2 del Fundamento jurídico material primero amplían los razonamientos que llevaron a la decisión adoptada, y, estando ésta justificada, no puede ser discriminatoria.

Por todo lo anterior, no cabe sino desestimar el motivo de presunta discriminación alegado por la recurrente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 2) Falta de motivación por no haber explicado esta Comisión el motivo por el cual no dio favorable acogida a las alegaciones efectuadas por FTE durante el procedimiento AEM 2011/896 en relación con la no inclusión de criterios de replicabilidad para servicios que incluyen televisión o servicios soportados sobre despliegues FTTx.
- 3) Falta de motivación e indefensión causada a TESAU por no fundamentar la Resolución impugnada los motivos por los que se prohíbe el establecimiento de la condición de compromiso de permanencia en el servicio de acceso a la RTB.

En cuanto a las alegaciones de presunta falta de motivación formuladas tanto por FTE como por TESAU, ha de recordarse, con carácter general, que el artículo 54.1 de la LRJPAC, al referirse a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, señala que la motivación requerirá una *“sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”*.

El carácter *“sucinto”* de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009, de 26 de mayo de 2009 y de 7 de marzo de 2006.

El Tribunal Supremo entiende que para que un acto sea motivado no se requiere una extensa exposición de razonamientos sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”*. Asimismo, en su Sentencia de 8 de marzo de 2006 el Tribunal entiende que *“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”*.

Por otro lado, es relevante también tener en cuenta en el análisis del presente caso que, como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996 y de 3 de mayo de 1995, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

Finalmente, el carácter material de la indefensión que, en su caso, produce la falta de motivación del acto recurrido implica que ésta puede completarse, si fuera necesario, en fase de recurso⁵. En este sentido, lo expuesto en los Fundamentos de derecho primero (apartado 1.3) y segundo (apartado 2.1) permiten conocer de forma más detallada los motivos que han llevado a la Administración a la decisión adoptada.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, esta Comisión entiende que, por un lado, en el caso de la presunta falta de motivación por no haber dado la Resolución contestación puntual a todas y cada una de las alegaciones planteadas por FTE, ha de señalarse que el acto impugnado y, en concreto, la explicación contenida en el apartado X.1 (página 31-32), así como la Resolución del procedimiento AEM 2011/2639, permiten conocer las razones que llevaron a la Administración a la decisión adoptada y dan muestras evidentes de que no se trata de una decisión arbitraria, por lo que ha de entenderse que se cumplen los requisitos de motivación resaltados por la Jurisprudencia.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2000.



Por otro lado, en el caso de las alegaciones vertidas por TESAU, si bien esta Comisión ya analizó y dio contestación a los planteamientos de la recurrente en relación con el compromiso de permanencia en el servicio RTB, los argumentos que ahora se añaden en sede de recurso deben bastar para entender suficientemente fundamentada la medida adoptada.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar íntegramente los recursos potestativos de reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U. y France Telecom España, S.A.U. contra la Resolución del Consejo, de fecha 3 de noviembre de 2011, por la que se revisa la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.