



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 41/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 22 de diciembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición contra la resolución de 30 de septiembre de 2010 por la que se actualizan determinados parámetros de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (AJ 2010/2026).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de fecha 30 de septiembre de 2010 recaída en el expediente AEM 2010/1673

Con fecha 26 de julio de 2007 esta Comisión dictó Resolución por la que se aprobaba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU). Según la citada resolución, su objeto es clarificar los instrumentos de la Comisión para analizar las ofertas del incumbente aumentando así la seguridad jurídica tanto para la propia TESAU, cuya estrategia comercial es objeto de control regulatorio, como para sus competidores, que han de contar con unos criterios sólidos sobre los que determinar qué tipo de ofertas y bajo qué circunstancias podrían ser consideradas como prácticas anticompetitivas, en el sentido de lo dispuesto en las obligaciones regulatorias.

La citada Resolución fue actualizada mediante Resoluciones de 22 de mayo de 2008 (AEM 2008/215), 18 de septiembre de 2008 (AEM 2008/1442), 1 de octubre de 2009 (AEM 2009/1106) y 22 de abril de 2010 (AEM 2010/656).

La metodología establece el procedimiento que arbitrará esta Comisión para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU, a fin de determinar la posible existencia de prácticas de estrechamiento de márgenes y evaluar las ofertas empaquetadas de este operador. Para ello, esta Comisión realiza revisiones semestrales de la metodología que tienen por objeto la actualización de determinados parámetros utilizados en el test de estrechamiento de márgenes, calculados a partir de los datos procedentes de requerimientos de información que TESAU debe responder, de conformidad con las resoluciones citadas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este contexto, con fecha 23 de septiembre de 2010, fue notificado a TESAU el inicio del procedimiento AEM 2010/1673 cuyo objeto era actualizar determinados parámetros usados en la metodología para el análisis de las posibles prácticas anticompetitivas de TESAU. Asimismo, en el citado procedimiento se analizó una nueva modalidad de servicio minorista de banda ancha comunicada por TESAU a esta Comisión con fecha 27 de julio de 2010.

La resolución del expediente fue aprobada por el Consejo en la sesión de 30 de septiembre de 2010, que decidió lo siguiente:

- a) Aprobar los nuevos valores actuales netos de la metodología, los cuales se incluyen en un Anexo a la Resolución. Señala el resuelve de la resolución recurrida que los nuevos valores deben 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.
- b) Para evitar que la comercialización de promociones compatibles con la metodología suponga una barrera a la entrada, se establece un umbral mínimo de las mismas, de manera que la cuota mensual que abone el cliente promocionado sea como mínimo igual, no inferior, al precio mayorista medio establecido para cada modalidad de acuerdo con el *mix* de uso de los servicios mayoristas. Se acompaña a la resolución de referencia un Anexo III en el que se indican los umbrales mínimos para precios promocionados.
- c) Se declara que la nueva modalidad de servicio de banda ancha propuesta por TESAU, así como los empaquetamientos que la incluyen, resultan replicables por los operadores alternativos.

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU contra la Resolución AEM 2010/1673

Con fecha 5 de noviembre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de la entidad TESAU por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de referencia.

TESAU fundamenta su recurso sobre la base de los siguientes motivos de impugnación:

- a) Sobre la distribución temporal del margen para promociones

TESAU se muestra disconforme con la limitación de la cuota mensual promocionada de sus servicios.

Según la entidad recurrente, los dos parámetros más significativos que se aplican para el cálculo del VAN como son la vida media del cliente y los costes de red, toman su valor de los operadores alternativos y no de TESAU, lo que significa que el margen comercial que se calcula por la Comisión para cada uno de los productos minoristas regulados es el del mercado y no específicamente su propio margen comercial. Para la entidad *“no tiene ningún sentido la decisión de la CMT ya que el operador alternativo está en las mismas condiciones que Telefónica de asumir riesgos en la creación de mercado estableciendo promociones que signifiquen que su cliente final paga cuotas por debajo del precio mayorista”*.

Asimismo señala que el coste máximo de las promociones *“no debe ser superado al aprobado semestralmente por la Comisión, pudiendo alcanzar el 130% siempre que el conjunto de promociones semestrales sea positivo respecto a su VAN”*. Así indica que *“si la cuota mensual del cliente promocionado es inferior al precio mayorista resultante de cada modalidad se está cambiando un criterio esencial de la metodología ex ante de las ofertas comerciales”*.



Por último, en lo que se refiere a esta alegación, TESAU manifiesta que con la decisión de fijar una cuota mensual por debajo de la cual un cliente no puede ser promocionado *“puede darse la increíble paradoja de no poder realizar una promoción consistente en una sola cuota mensual gratuita”*. Según TESAU *“en interpretación de la CMT, que Telefónica pueda captar un cliente ofreciendo una única cuota gratis se considera que perjudica la competencia y puede dificultar la actividad comercial del resto de operadores suponiéndoles la misma una barrera de entrada”*.

b) Sobre la inclusión de determinadas modificaciones en los análisis de replicabilidad de los productos que sirven para determinar los nuevos VAN vigentes en el semestre noviembre 2010- abril 2011

A juicio de TESAU, el análisis de márgenes debería haber tenido en cuenta los siguientes conceptos:

- los ingresos de TESAU obtenidos de los servicios de interconexión de acceso y terminación de llamadas generadas en las redes de otros operadores.
- el coste recurrente del importe del módem que ofrece TESAU a sus clientes en régimen de alquiler.

Según TESAU, *“todos estos aspectos y otros que se podrían haber propuesto, no han podido ser objeto de análisis y consideración por la CMT lo que perjudica claramente los intereses de Telefónica”*.

c) Sobre la ausencia total de procedimiento

TESAU solicita la nulidad de la resolución de referencia, al considerar que *“en ningún momento ha dado traslado del mismo a esta parte, para que formulase alegaciones”*, ni durante el procedimiento, ni en trámite de audiencia.

Según TESAU esta circunstancia hace que la resolución recurrida incurra en causa de nulidad por haberse lesionado durante el procedimiento derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 62.1.a de la LRJPAC), y por haber dictado una resolución prescindiendo del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e de la LRJPAC).

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación

El artículo 107.1 de la LRJPAC¹ establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)



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.

La entidad 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 la LGTel², las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

La entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto la Resolución impugnada tiene incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano que dictó el acto impugnado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su recepción. Tal y como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la distribución temporal del margen para promociones

Como hemos señalado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, TESAU se muestra disconforme con la limitación de la cuota mensual promocionada de sus servicios.

Según la entidad recurrente, el margen comercial que se calcula a la hora de determinar el VAN es el de mercado y no específicamente el margen comercial de TESAU. Asimismo señala que si el límite promocional de TESAU –esto es, el VAN- se fundamenta en el margen comercial de los operadores alternativos, éstos estarían en las mismas condiciones que TESAU para ofertar promociones por debajo del precio mayorista. Por este motivo el citado operador no entiende

² Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel).



necesaria la existencia de mecanismos adicionales de control por parte de esta Comisión, pues considera que deben ser lo propios operadores los que asuman los mismos riesgos que el operador histórico.

En opinión de TESAU, la Resolución recurrida cambia el criterio esencial definido en la metodología, consistente en que cada promoción ha de tener un coste inferior al 130% del VAN y que el conjunto de promociones semestrales han de tener un coste medio –ponderado según el número de clientes captados- inferior al VAN de cada producto. El cambio de criterio aludido por TESAU supondría la limitación de la capacidad promocional de este operador, pues no sólo determina la magnitud del esfuerzo sino también su concentración temporal.

Esta Comisión debe rechazar los argumentos de la recurrente, por cuanto la resolución recurrida mantiene los criterios de análisis de las ofertas comerciales de TESAU que prevé la metodología vigente. En primer lugar, a cada producto le es asignado un límite promocional que resulta de actualizar mediante el VAN el margen teórico que tendría un operador alternativo eficiente que lo replicara recurriendo a los servicios mayoristas de TESAU. En segundo lugar, se permite realizar ofertas promocionales siempre que su importe sea inferior al límite establecido o, bajo ciertas condiciones, no lo supere en más de un 30%. Esta Comisión ha completado la metodología para adaptarla a situaciones tales como las promociones en planta u ofertas concurrentes, al objeto de asegurar su consistencia con las obligaciones impuestas. Efectivamente, el objetivo final de la metodología es evitar situaciones de estrechamientos de márgenes explícitamente prohibidas de acuerdo con las obligaciones impuestas en el marco de los análisis de mercados.

Cabe también recordar que la metodología no asegura una rentabilidad mínima de ningún operador sino que, como se ha dicho, es un ejercicio teórico a partir de los precios mayoristas (y no los costes de TESAU) y los costes que afrontaría un operador tan eficiente como el incumbente. En este contexto, los operadores alternativos están asumiendo riesgos, al contrario de lo alegado por TESAU, y en una mayor medida que el propio incumbente. En particular, los derivados de los flujos de caja negativos que los operadores alternativos deben asumir mientras que TESAU los resuelve internamente.

Efectivamente, TESAU no debe, a la hora de diseñar sus ofertas y promociones minoristas, realizar cálculo alguno relativo a los flujos de caja reales que supone las mismas dado que su provisión se resuelve a partir de sus propias infraestructuras. Por el contrario, los operadores alternativos deben hacer frente a los pagos derivados del uso de los servicios mayoristas. Esta asimetría supone un elevado riesgo para el operador alternativo dado que ante una baja por parte del cliente, este operador no solo no recuperará los costes de prestación sino que además deberá financiar la pérdida real, en términos monetarios, en que ha incurrido. Por el contrario, TESAU no afronta este riesgo dado que para ella las promociones con precios minoristas por debajo del precio mayorista de referencia nunca suponen un *cash flow* negativo al no suponer salida de caja real.

Incluso siendo los costes incrementales iguales, que no lo son, el hecho de que los operadores deban satisfacer las cuotas mayoristas a TESAU supone una desventaja competitiva para estos operadores. Es más, la necesidad de importantes recursos para financiar las cuotas mayoristas, en un contexto de promociones con precios minoristas inferiores a los precios mayoristas, puede dar lugar a la generación de barreras de entrada de importancia en caso de que la estructura de una promoción conlleve que el coste promocional sea recuperado en un punto muy avanzado de la vida del cliente.

En definitiva, la Resolución recurrida pretende limitar una asimetría en los flujos de caja que TESAU no puede negar.



Por otra parte, si se atiende a la información con que cuenta esta Comisión sobre la práctica comercial de TESAU, se concluye que la relevancia de esta la limitación de la cuota promocionada es muy reducida: un 99,21% del total de promociones comunicadas en 2010 cumplen la nueva condición. No puede sostenerse, como hace TESAU, que la medida recurrida conlleve “consecuencias de gran calado”.

SEGUNDO.- Sobre la inclusión de determinadas modificaciones en los análisis de replicabilidad de los productos que sirven para determinar los nuevos VAN vigentes en el semestre noviembre 2010- abril 2011

TESAU sostiene que hay determinados conceptos que no se han incorporado al análisis de replicabilidad y que esta Comisión no le ha dado al operador la posibilidad de solicitar su inclusión por no haberse abierto el trámite de audiencia en el procedimiento principal.

En concreto señala dos aspectos que, en su opinión, deberían haberse considerado en la actualización de la metodología, que son i) la inclusión de los ingresos procedentes de interconexión de terceros operadores que finalizan las llamadas en los clientes, y ii) la reformulación del cálculo del VAN teniendo en cuenta que la vida útil estimada de los equipos es de 4 años, mientras que la vida media del clientes ADSL es de 27 meses.

A ello cabe contestar que las revisiones semestrales de la metodología tienen por objeto la actualización de determinados parámetros utilizados en el test de estrechamiento de márgenes que realiza esta Comisión, calculados a partir de los datos procedentes del requerimiento semestral de información al que TESAU está obligado a responder. De manera adicional, las revisiones de la metodología pueden abarcar nuevos criterios que se aproximen al análisis de nuevos problemas que surjan por la evolución natural del mercado.

Hasta la fecha, la única revisión relevante que se ha producido de la Metodología se ha realizado de oficio por esta Comisión. Este hecho no impide que TESAU solicite, siempre de acuerdo con los plazos establecidos en la Resolución de 27 de julio de 2007, la modificación de cualquier parámetro que considere apropiado para el cálculo de los márgenes comerciales establecidos. Esta Comisión procederá a analizar esta solicitud sometiendo, en su caso, los cambios pertinentes en la metodología a consulta pública y a través del correspondiente procedimiento administrativo.

Por otro lado, TESAU solicita la reformulación del cálculo del VAN para considerar el cambio en el modo de comercialización del módem, ahora en régimen de alquiler. Efectivamente, la Resolución de 1 de junio de 2010, sobre las vidas útiles aplicables a la contabilidad de costes de TESAU (DT 2010/604), establece para este elemento una vida útil de 4 años. No obstante, la traslación de esta información al ámbito del test de replicabilidad que lleva a cabo esta Comisión no es tan evidente. Como apunta el propio operador, el equipamiento se alquila a precio cero, con lo que el cliente mantiene la percepción de gratuidad que caracterizaba el modo de comercialización anterior. En la práctica, el cambio de régimen de los módem router parece obedecer a razones de carácter contable que escapan del ámbito de interés de la metodología.

Además, hasta donde esta Comisión tiene constancia, todo nuevo cliente de TESAU recibe un módem router a estrenar. Por tanto, TESAU ha de incurrir en la totalidad del coste del equipamiento por cada nuevo cliente que adquiere con independencia del uso que dé TESAU a los módem que reciba de aquellos clientes que se dan de baja o de la tasa de devolución de los mismos. En cualquier caso, si bien la metodología no toma en consideración el valor contable residual de los módem, tampoco estima el coste de su retirada desde las dependencias de los usuarios que podría superar dicho valor residual.



En definitiva, desde la perspectiva de la metodología el alquiler a precio cero de los módem router no constituye modificación alguna que pueda incidir en el cálculo del VAN de los productos o en el modo de valorar el coste de sus promociones.

TERCERO.- Sobre la ausencia total del procedimiento legalmente establecido. Vulneración de los principios de contradicción, igualdad y confianza legítima

TESAU solicita la nulidad de la resolución de referencia, al considerar que esta Comisión en ningún momento le ha dado traslado para que formulase alegaciones, ni durante el procedimiento, ni en trámite de audiencia.

Según TESAU, esta circunstancia hace que la resolución recurrida incurra en causa de nulidad por haberse lesionado durante el procedimiento derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 62.1.a de la LRJPAC), y por haber dictado una resolución prescindiendo del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e de la LRJPAC).

El artículo 79 de la LRJPAC contenido en el Capítulo III relativo a la instrucción del procedimiento señala lo siguiente:

“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Unos y otros serán tenido en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución”.

Nos encontramos ante un derecho de los interesados que pueden ejercitar ex lege durante la tramitación del procedimiento. La administración tiene el deber de admitir y tener en cuenta las alegaciones y los documentos que se presenten por los interesados en el procedimiento, pero no depende de ella la presentación de los mismos, pues como bien señala el artículo transcrito es una facultad de los interesados. Tampoco es necesario ni obligatorio que la administración competente informe al administrado de su derecho, pues como hemos señalado es un derecho previsto expresamente en la Ley que opera de forma automática sin necesidad de intimación previa.

Por lo tanto, esta Comisión considera que no ha existido impedimento a TESAU para alegar y presentar la documentación que hubiese estimado conveniente en el procedimiento cuya resolución se recurre. La falta de presentación por parte de la recurrente de alegaciones en el procedimiento no es imputable a esta Comisión, máxime cuando el derecho de participación es potestativo de los interesados, pudiendo hacerlo valer en cualquier momento del procedimiento, en aplicación de los artículos 35.e), 79 de la LRJPAC, así como del artículo 78 de la citada Ley que otorga a los interesados la facultad de impulsar aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legales, incluida la posibilidad de pedir acceso al expediente y conocer el estado de tramitación del procedimiento que prevé el artículo 35.a) de la norma procedimental citada.

En lo que respecta a la alegada omisión del trámite de audiencia, tampoco puede admitirse la existencia de un vicio procedimental en el procedimiento de referencia, pues tal y como señala el artículo 78 de la LRJPAC, el órgano instructor puede prescindir del citado trámite *“cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.*

Parece razonable, por tanto, que en el procedimiento cuya resolución se recurre, no haya sido necesaria la apertura del citado trámite, teniendo en cuenta que TESAU no ha presentado ningún



tipo de alegación ni documento durante la instrucción del procedimiento. En cualquier caso, como bien señala la jurisprudencia de nuestro país³, la omisión del citado trámite no puede ser susceptible de provocar la nulidad de las actuaciones en los procedimientos administrativos, a excepción de los sancionadores, siendo el vicio procedimental, de existir, a lo sumo causa de anulabilidad siempre y cuando haya habido indefensión del interesado, que no la hay, según la reiterada jurisprudencia, si ha tenido la posibilidad de presentar alegaciones en el procedimiento de que se trate, e interponer cualquier recurso administrativo o judicial posterior.

En virtud de lo anterior, cabe responder a TESAU la inexistencia de la vulneración del artículo 62.1 a) y e) por no existir en el procedimiento analizado las causas previstas en los citados apartados. No se observa la lesión constitucional del derecho de defensa, ni de los principios de seguridad jurídica, contradicción, igualdad y confianza legítima alegados por TESAU, por cuanto TESAU no ha sufrido impedimento alguno para presentar las alegaciones y documentos que hubiese creído conveniente. Tampoco se observa la omisión del procedimiento legalmente establecido, ni siquiera de alguno de los trámites procedimentales.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de 30 de septiembre de 2010 por la que se actualizan determinados parámetros de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (AEM 2010/1673).

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 mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, 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, 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, Reinaldo Rodríguez Illera.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2003 (RJ 2003/5433)