



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 05/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de febrero de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCION DE FECHA 10 DE SEPTIEMBRE DE 2008 SOBRE LA MODIFICACION DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE LINEAS ALQUILADAS TRONCALES DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN LO QUE RESPECTA A LA RUTA PENÍNSULA-CANARIAS (AJ 2008/1765).

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades Telefónica de España, S.A.U, France Telecom España, S.A. e Islalink, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de septiembre de 2008 sobre la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Troncales de Telefónica de España, S.A.U. en lo que respecta a la ruta Península- Canarias (MTZ 2008/516), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 05/09 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 10 de septiembre de 2008 el Consejo de esta Comisión dictó una Resolución sobre la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Troncales de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en lo que respecta a la ruta Península- Canarias (en adelante, ORLA-Canarias).

SEGUNDO.- Con fecha 17 de octubre de 2008, TESAU interpuso recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente anterior, recurso que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 21 del mismo mes y año y en el que realiza las siguientes alegaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 1) Sobre la obligación de implantar en un mes en el SGO¹ los servicios de conexión y transporte del cable submarino de la ruta Península-Canarias.

Señala que en el informe emitido por los Servicios en el marco del trámite de audiencia no se establecía plazo alguno para la inclusión en el SGO de los servicios mencionados en el epígrafe, en cambio, en la Resolución recurrida se establece que dicha obligación deberá hacerse efectiva en el plazo de un mes, sin haberle puesto de manifiesto las causas de la modificación realizada, generándole con ello indefensión.

Asimismo alega que en relación con el plazo necesario para la implantación de los citados servicios ya manifestó en el marco del trámite de audiencia, que dicho plazo en ningún caso podría ser inferior a seis meses ya que *“la contratación del servicio mayorista de alquiler de líneas troncales Península-Canarias a través del SGO, implicaría un nuevo servicio en dicho sistema, lo cual se debe a que la oferta de este servicio no se ajusta a la oferta comercial de Telefónica de España sobre el mercado 14 (servicio de transporte interprovincial- STI), no mantiene la estructura comercial del servicio, y por tanto la contratación es diferente, ya que incorpora elementos de la ORLA- T (servicio de conexión) y elementos de servicio comercial (circuitos de transporte)”*. Por lo anterior, la implantación del servicio de referencia en el plazo de un mes constituye una obligación de imposible cumplimiento, lo que determina su nulidad de pleno Derecho.

Por último, debido al escaso número de peticiones, solicita la supresión de la obligación de implantar el SGO proponiendo como alternativa ofrecer el citado servicio mediante el envío de correo electrónico o fax.

- 2) Sobre los precios establecidos para el servicio de transporte.

A priori señala que, debido a su carácter confidencial, no ha tenido acceso a los datos utilizados por esta Comisión para el establecimiento de los precios del servicio de transporte finalmente aprobados, lo que le ha situado en una clara situación de indefensión al no haber podido realizar ninguna manifestación sobre el establecimiento de aquellos.

A partir de lo anterior, muestra su disconformidad con la reducción de precios establecida en la Resolución recurrida frente a la propuesta contenida en el informe de los Servicios.

En relación con lo anterior señala que, a raíz de una alegación de ONO, esta Comisión modificó las hipótesis previas del modelo utilizado para establecer los precios del servicio de transporte. El cambio consistió en que, en lugar de utilizar una distribución actual de velocidades del ADSL basada en 3 Mbit/s y

¹ Sistema de Gestión de Operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una futura de 6, pasa a utilizar una distribución actual basada en 6 Mbit/s y una futura en 10, hipótesis incorrectas, debiendo volver a las inicialmente propuestas en el informe de audiencia, a saber, una actual basada en 3 Mbit/s y una previsible como futura de 6.

Por último manifiesta que *“sería contradictorio regular los precios en base a hipótesis de futuro que dadas las circunstancias actuales y por problemas tecnológicos no tienen visos de poder acometerse”*.

3) Sobre la imposibilidad de aprovisionar en 45 días los circuitos STM-4.

Manifiesta que el plazo de 45 días establecido en la Resolución recurrida para suministrar el servicio STM-4 es insuficiente ya que, se trata de circuitos de mucha mayor capacidad que los STM-1 y *“cuyas solicitudes es previsible que en muchos casos requieran ampliaciones”* lo que determina la imposibilidad de cumplimiento de la obligación impuesta y en consecuencia, su nulidad de pleno Derecho.

Señala que necesitaría contar con un tiempo adicional de 90 días para la provisión de los referenciados circuitos, resultando necesario además:

- Que la obligación de provisión de los circuitos SMT-4 deberá estar condicionada a la existencia de disponibilidad de capacidad vacante en su infraestructura.
- Que los operadores deberían remitirle sus planificaciones de demanda con una antelación mínima de un año, ya que es el tiempo que se necesita en caso de requerir la ampliación de un STM-64.
- Que se establezcan en la oferta penalizaciones por incumplimiento a aquellos operadores que soliciten conexiones STM-4 y cancelen los pedidos una vez iniciada su provisión.

4) Sobre la asimilación de determinados aspectos contenidos en la ORLA-Canarias a los establecidos en la ORLA-terminales.

Manifiesta que, dado que los servicios de conexión y transporte son equivalentes a sus homólogos en la Oferta de Referencia de líneas alquiladas terminales (en adelante, ORLA-terminales), las condiciones de provisión deberían ser las mismas que las previstas en aquellas tal y como lo reconoce esta Comisión al establecer que *“Serán de aplicación los plazos, hitos y procedimientos asociados establecidos en la ORLA para la constitución de los Puntos y Servicios de Conexión”*.

Señala que obviando lo señalado en el párrafo anterior, para los servicios de transporte, a pesar de tratarse de servicios equivalentes a los establecidos en la ORLA-terminales, se han fijado unos plazos de implementación inferiores a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los establecidos en esta última, planteando un procedimiento muy restrictivo y difícil de cumplir.

Por lo anterior, asimismo el porcentaje de cumplimiento de los plazos de provisión del servicio debería ser superior al 85% y no del 100% de los circuitos.

Por último en relación con las averías señala que el plazo de 6 horas fijado en la mayoría de los casos, debería ser asimilable a las condiciones de la ORLA-terminales, máxime cuando la reparación podría implicar tanto un punto de presencia insular como peninsular, debiéndose en consecuencia aplicar los tiempos máximos de reparación establecidos en aquella.

- 5) Sobre la no fijación de un límite para la penalización por retraso en el plazo de provisión de servicio.

Señala que si bien esta Comisión ha establecido los porcentajes de penalización por retraso en el plazo de provisión del servicio, no ha fijado un límite a las cuantías de las mismas, resultando el citado límite necesario ya que sino se podría *“entrar en una dinámica indeseable y susceptible de generar conflictos por la “búsqueda” interesada de la penalización, disfrazada de petición del servicio”*.

TERCERO.- Con fecha 17 de octubre de 2008 la entidad France Telecom España, S. A. (en adelante, Orange) interpuso recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente primero de la presente Resolución, recurso que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 21 del mismo mes y año y en el que realiza las siguientes alegaciones:

- 1) Sobre la limitación de la oferta a STM-4.

Orange considera insuficiente la justificación de esta Comisión relativa a la no regulación de circuitos de capacidades STM-16 ya que con circuitos STM-4 no es viable técnicamente ofrecer servicios de TV, por lo que, si no se regulan circuitos con capacidades superiores, sólo podrán ofrecerse en Canarias servicios Dual-play.

Asimismo señala que el propio informe de los Servicios ya mencionaba que TESAU utiliza para sí misma lambdas de 10 Gigas (SMT-64), por lo que, en virtud del principio de no discriminación, debería ofrecer esa misma capacidad para el resto de operadores, aunque deba darla con tecnología SDH, como hace para sí misma.

En relación con lo anterior manifiesta que, con la limitación establecida en la Resolución recurrida y en términos estrictamente comerciales, ni siquiera será



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

rentable lanzar ofertas Dual Play y que la reducción de costes total propuesta por esta Comisión de 30,38% continúa siendo insuficiente.

2) Sobre la regulación de la conexión entre islas.

Recuerda que, respecto a su solicitud de regulación de los precios entre islas, esta Comisión respondió que *“...cabe señalar que la ruta entre Gran Canaria y Tenerife cuenta con una diferencia sustancial respecto a la ruta Península-Canarias: la existencia de un sistema de cable submarino alternativo al de Telefónica”*.

Respecto a lo establecido por esta Comisión señala que no se ha motivado suficientemente que *“la diferencia sustancial que señala (la existencia de un cable submarino alternativo de ONO) garantice que se desarrollen las condiciones que se precisan para que se dé un entorno competitivo”*.

CUARTO.- Con fecha 22 de octubre de 2008 la entidad Islalink, S.A. (en adelante, Islalink) interpuso recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente primero de la presente Resolución, recurso que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 24 del mismo mes y año y que fundamenta en lo siguiente:

1) Sobre la intervención de la CMT en materia de precios.

Manifiesta que la modificación de precios establecida no es suficiente para que operadores como Islalink puedan competir con TESAU en infraestructuras. Señala que no permite la existencia de un competidor eficiente por lo siguiente:

- Ningún operador minorista cambia de proveedor de circuitos por un diferencial de precio del 5% ya que los costes de cambio de operador mayorista son mayores que los ahorros derivados de ese menor precio de circuitos.
- Un WACC del 10,81% no se corresponde con la expectativa de inversores potenciales en este sector que se caracteriza por los largos plazos de recuperación de la inversión y por los riesgos asumidos.
- 11 años de vida media es un periodo muy corto comparado con los plazos que requiere una inversión a largo plazo como ésta.

Señala que, si bien *“es necesaria una regulación ex ante de este mercado para permitir que la competencia en el mismo sea efectiva, la reducción de precios ha sido excesiva e inadecuada”* y que *“únicamente si se parte de un régimen de precios efectivamente liberalizado o, si se acuerda intervenirlo, se da a la intervención la suficiente estabilidad como para permitir a un operador alternativo planificar la recuperación de la inversión, se estará fomentando la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a los elementos utilizados para aprobar la reducción contenida en la Resolución recurrida² señala que:

- En lo que respecta a los costes, tal y como esta Comisión establece en la propia Resolución, se ha partido de costes imprecisos para reducir en un porcentaje exacto y determinado los precios ofrecidos por TESAU.
 - En lo que respecta a la inversión, señala que las premisas que deberían tenerse en cuenta para hacer los cálculos de rentabilidad son las siguientes:
 - Que el mercado accesible es sólo un 25%.
 - Que por un 5% de rebaja ningún operador cambiará de proveedor de circuitos, ya que los costes del cambio son mayores.
 - Que el WACC no puede ser menor a 3 veces el Euribor a un año
 - Que es imposible operar un cable no protegido.
 - Que los operadores minoristas, en todo el mundo exigen un descuento por volumen.
- 2) La mera reducción de precios sin ir acompañada de otras medidas resulta discriminatoria para los operadores de red mayoristas.

Señala que la reducción de precios contenida en la Resolución recurrida no será efectiva si no adoptan asimismo las siguientes medidas:

- Los precios que finalmente se determinen han de ser estables y fijos, no máximos.
- Cualquier reducción del precio determinado en la oferta deberá ser autorizada por esta Comisión.
- Para velocidades superiores a 622 Mbit/s, Islalink propone que se establezca un precio por Mbit/s y la siguiente tabla de descuentos en función de la velocidad:

TRAMOS	PRECIO
Tramo de 622 a 2500 Mbps	X euro/Mbps
Tramo de 2500 a 10.000 Mbps	3/4 * X euro/Mbps
Tramo de 10.000 a 40.000 Mbps	9/16 * X euro/Mbps
Tramo de más de 40.000 Mbps	27/64 * X euro/Mbps

Como justificación de su propuesta Islalink manifiesta *“que en todo el mundo los precios mayoristas van unidos a un descuento por volumen,*

² Páginas 28 y 29 de la Resolución recurrida en la que se afirma que se han estimado los costes del servicio partiendo de los datos de inversión y mantenimiento de los cables submarinos facilitados por TESAU y sin pretender obtener un resultado de la misma precisión que los derivados de la contabilidad de costes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la regla comúnmente aceptada es 4 veces la capacidad por 3 veces el precio”.

- La redacción del resuelve noveno debería ser la siguiente: *“Telefónica deberá comunicar a la CMT con un mínimo de dos meses de antelación la introducción de la tecnología Ethernet, o cualquier otra forma de empaquetamiento de transmisión de información, similar o que sustituya completamente a los circuitos STM1 y STM4, en el sistema cable submarino Península-Canarias”.*
- 3) La estabilidad no sólo debe afectar a los precios sino también a la tecnología determinada en la oferta y a cualquier otra alternativa o sustitutoria.

Señala que la estabilidad de los precios debe mantenerse para todas las capacidades (medidas en Mbps) actuales o futuras, cualesquiera que sea el envoltorio tecnológico en que se entreguen (Ethernet, SDH, WDM,...).

- 4) Se debe impedir cualquier tipo de descuento indirecto ya que es contrario y defraudatorio a la finalidad perseguida por el sistema de precios regulados.

La recurrente solicita que la prohibición de prácticas anticompetitivas previstas en el apartado 4.2 de la Oferta- Canarias sea más exhaustiva prohibiéndole aplicar cualquier tipo de descuento indirecto después de la llegada de la señal a la cabecera correspondiente³, estableciendo vías para permitir a los operadores minoristas que contraten los servicios de TESAU desvincularse de ésta transcurrido el primer año o evitar que TESAU pueda empaquetar sus ofertas con otras redes y servicios de modo tal que las que afecten a la provisión de servicios de cable submarino sean ofertas autónomas.

QUINTO.- Con fecha 6 de noviembre de 2008, el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución por la que desestimaba la solicitud de suspensión parcial de la Resolución recurrida formulada por TESAU.

SEXTO.- Con fecha 24 de noviembre de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU a los recursos de reposición interpuestos por Orange e Islalink en el que manifiesta básicamente lo siguiente:

³ A modo de ejemplo señala que si se estableciera un régimen de precios para TESAU por el tránsito submarino, este precio no puede incluir la entrega de la señal tierra adentro porque si no el sistema de precios regulados será susceptible de ser defraudado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1) Sobre el recurso interpuesto por Orange.

Señala que no es cierta su alegación relativa a que con circuitos STM-4 no es viable técnicamente ofrecer servicios de televisión. Manifiesta que esta Comisión debe tener en cuenta que *“la distribución de la TV hasta el usuario final siempre se hará desde una cabecera territorial, dado el enorme coste de transmisión que supondría la retransmisión a cada usuario desde la Península”* lo que determina la no necesidad de regular los circuitos de capacidades STM-16. Añade que la estructura lógica sería la siguiente:

NIVEL 1. Cabecera Central TV- Cabeceras locales TV. En este nivel se distribuyen los contenidos desde la cabecera central hacia las diferentes cabeceras locales.

NIVEL 2. Cabecera local TV-usuario final. La cabecera local retransmite, en su entorno territorial el conjunto de contenidos.

Señala que dispone de dos cabeceras locales, una para la provincia de Las Palmas y otra, para la provincia de Santa Cruz de Tenerife y que, en todo caso, el ancho de banda necesario entre la cabecera central y una cabecera local depende únicamente del número de canales y el ancho de banda asociado y nunca va a depender del número de usuarios con TV.

Añade que cualquier operador podría constituir una cabecera regional para el servicio de distribución de TV en dicho ámbito territorial donde se realizara la recepción de las señales de TV por satélite, centro regional desde el que se distribuirían las señales debidamente codificadas, sin necesidad de un transporte masivo desde la Península.

Señala que, contrariamente a lo manifestado por Orange, el consumo medio de una conexión 1Mbit/s tarifa plana de TESAU está por debajo de 35 Kbit/s (y su tasa de pico por debajo de los 55 Kbit/s).

Asimismo señala que si bien el dimensionado debería hacerse en función del consumo medio del mix de usuarios y no en función de una reserva de capacidad, en el supuesto de realizarse el análisis en función de esta última, la estimación de dicha reserva no debería calcularse como una función lineal de velocidad contratada.

Por lo anterior manifiesta que la estimación de Orange en base a un promedio de ocupación para el perfil de usuario medio de 140 Kbit/s es errónea.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2) En relación a los precios del servicio.

Señala que, en línea con lo manifestado por Islalink, la reducción de precios contenida en la Resolución recurrida es excesiva poniendo además en peligro la rentabilidad de las futuras inversiones.

SEPTIMO.- Con fecha 24 de noviembre de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado en nombre y representación de la entidad Cableuropa, S.A.U. y TENARIA. S.A. (en adelante, ONO) por el que realiza alegaciones a los recursos interpuestos por TESAU, Orange e Islalink, manifestando básicamente lo siguiente:

1) Sobre la distribución de velocidades en el mercado de banda ancha.

Manifiesta su disconformidad con lo alegado por TESAU en relación a la supuesta incorrecta distribución de velocidades en función de las que se ha calculado la reducción de precios contenida en la Resolución recurrida.

En este sentido manifiesta que las velocidades utilizadas por esta Comisión previsiblemente provienen de la información suministrada por la propia TESAU en el marco del expediente MTZ 2008/668 sin perjuicio de que, basta revisar la publicidad desplegada en todos los medios para verificar que su estrategia comercial está centrada en ofrecer a sus clientes el servicio de 6 Mbit/s.

En lo que respecta a la estimación de capacidades de futuro, señala que tampoco resulta aceptable lo manifestado por TESAU en relación a que una migración a 10 Mbit/s no tiene visos de poder acometerse en el futuro por problemas tecnológicos teniendo en cuenta que ésta ya ha empezado a comercializar servicios ultrarrápidos de acceso basados en las redes de nueva generación.

2) Sobre los precios aprobados en la Resolución recurrida.

Considera que los precios establecidos en la Resolución recurrida ofrecen un margen más que suficiente para permitir la entrada en el mercado de un nuevo operador eficiente.

3) Sobre la ausencia de justificación para impugnar la Resolución en lo que respecta a los precios aprobados.

Manifiesta que en lo que respecta a los precios aprobados deben desestimarse los recursos interpuestos por Islalink y TESAU ya que no existen razones suficientes para justificar la impugnación de la Resolución en lo que respecta a dicho aspecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, respecto a la alegación de TESAU relativa a anulabilidad de la Resolución recurrida al diferir los precios finalmente aprobados de los previstos en el informe de audiencia señala que, esta Comisión ya ha manifestado en anteriores ocasiones que dicho informe únicamente *“constituye un trámite de puesta en conocimiento de los interesados del criterio provisional de los Servicios”* y *“que el criterio final se expresa mediante la decisión del Consejo y mediante la correspondiente Resolución”*.

En lo que respecta a Islalink señala que no se recogen motivos suficientes que puedan originar un procedimiento distinto al de la Resolución recurrida ya que ésta se limita a presentar nuevamente alegaciones sobre el tema de los precios, siendo éste un aspecto que fue analizado y resuelto por esta Comisión.

OCTAVO.- Con fecha 26 de noviembre de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de alegaciones de Orange a los recursos de reposición interpuestos por TESAU e Islalink en el que realiza básicamente las siguientes alegaciones:

- 1) Sobre la naturaleza jurídica de un recurso de reposición.

Manifiesta que en aplicación de lo establecido en el artículo 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), no se deberían tener en cuenta las alegaciones contenidas en el recurso de Islalink en relación con *“los cambios en la Oferta, la fijación de precios del megabit por segundo, la estabilidad de precios y demás garantías que solicita”*, por no haberlas realizado en el momento procedimental oportuno.

- 2) Sobre los precios establecidos en la Resolución recurrida.

Contrariamente a lo manifestado por TESAU e Islalink reitera que la reducción de precios establecida en la Resolución impugnada es insuficiente, desincentiva la inversión en acceso desagregado en el archipiélago canario y considera que existe margen suficiente para reducir aún más los precios.

En relación con lo anterior reitera lo que ya manifestó en el marco del trámite de audiencia del procedimiento recurrido en lo que se refiere a la base de costes del mix de productos mayoristas ULL/GigADSL/ADSL-IP y a la base de costes del acceso desagregado en el sentido de que para alcanzar la base de costes del mix, los precios STM-4 deberían reducirse en un 20% por debajo de los precios calculados sobre la base del ADSL/IP y para alcanzar la base de costes del ULL se deberían reducir los precios en un 27%.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

NOVENO.- Con fecha 1 de diciembre de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado en nombre y representación de Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) al recurso de reposición interpuesto por TESAU en el que manifiesta básicamente lo siguiente:

- 1) Sobre la imposibilidad de cumplir con las obligaciones establecidas en la Resolución impugnada respecto a la incorporación en el SGO de los servicios de conexión y transporte en el plazo de un mes.

En relación con las consideraciones formuladas por TESAU en relación con la alegación del epígrafe pone de manifiesto que el Consejo de esta Comisión no está condicionado por el sentido que marque el informe de los servicios que se somete a audiencia y que además la recurrente ha tenido oportunidad de alegar lo que en su derecho ha convenido tal y como ella misma reconoce en su recurso al indicar que ya en el marco del trámite de audiencia expuso que la contratación del servicio mayorista de alquiler de líneas troncales Península-Canarias a través del SGO implicaría un nuevo servicio en dicho sistema o que sería necesario disponer de un tiempo para su desarrollo e implantación que no podría ser inferior a 6 meses.

A lo anterior añade que la inclusión de los servicios mayoristas en el SGO es una medida adecuada, proporcionada y pro-competitiva ya que simplifica la gestión de los servicios mayoristas prestados por TESAU.

- 2) Sobre los precios establecidos en la Oferta para el servicio de transporte.

Manifiesta que la propia recurrente desde abril de 2008 en el marco del expediente MTZ 2008/668 notificó a esta Comisión su intención de migrar sus conexiones ADSL de 3 Mbit/s a 6 y el proceso de migración a 6 Mbit/s estaba anunciado por TESAU en su web con efectos a partir del 11 de agosto.

- 3) Sobre la asimilación de determinados aspectos contenidos en la ORLA-Canarias a los establecidos en la ORLA-terminales.

Señala que la recurrente se limita a reiterar peticiones ya desestimadas y que fueron debidamente contestadas en la Resolución recurrida sin haber indicado en el recurso el motivo de nulidad o anulabilidad que justifica su pretensión.

- 4) Sobre la penalización por retraso en el plazo de provisión de servicio.

Manifiesta que contrariamente a lo manifestado por la recurrente es precisamente *“la perspectiva de ver incrementado las penalizaciones lo que sirve de acicate para tratar de observar los niveles de calidad establecidos en el menor tiempo posible”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DECIMO.- Con fecha 1 de diciembre de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Islalink por el que reitera las ya realizadas en el escrito por el que interpuso recurso de reposición contra la Resolución de 10 de septiembre de 2008, recurso al que se hace referencia en el antecedente de hecho cuarto de la presente Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

Primero.- Calificación del acto.

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

Las recurrentes califican expresamente sus escritos con fechas de entrada en el Registro de esta Comisión de 21 y 24 de octubre de 2008, como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de septiembre de 2008.

Segundo.- Admisión a trámite.

Los recursos de reposición han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se han 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 su admisión a trámite.

De conformidad con el artículo 73 de la LRJPAC se ha acordado la acumulación de los recursos interpuestos por TESAU, Orange e Islalink dada la íntima conexión existente entre los mismos por haberse interpuesto contra la misma Resolución.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. Los presentes recursos deberán ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de aquellos, esto es, el 21 de octubre de 2008, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Cuarto.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento que dio como resultado la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a las recurrentes para la interposición de los recursos potestativos de reposición que han dado lugar a la presente Resolución.

II. Fundamentos jurídicos materiales.

Preliminar.- Sobre la naturaleza jurídica de un recurso de reposición.

El procedimiento administrativo que ha dado lugar a la presente Resolución deriva de la interposición de varios recursos potestativos de reposición contra la Resolución de fecha 10 de septiembre de 2008.

Tal y como se señaló anteriormente, el artículo 107 de la LRJPAC prevé la posibilidad de interponer los citados recursos, por las entidades que ostenten la condición de interesadas y contra las Resoluciones y actos de trámite enumerados taxativamente en el citado artículo, cuando concurra alguno de los supuestos de nulidad o anulabilidad previstos en la LRJPAC.

De acuerdo con lo establecido en los citados artículos, el objeto del presente procedimiento consiste en analizar la conformidad a Derecho de la Resolución recurrida y por tanto, determinar si en la adopción de la misma se ha podido cometer alguna infracción del ordenamiento jurídico que podría determinar su nulidad o anulabilidad.

Tal y como manifiesta Orange, en la interposición de los recursos se han planteado determinadas cuestiones que exceden el objeto de la presente Resolución por ir más allá del análisis de la legalidad de la Resolución recurrida formulando solicitudes o realizando consideraciones que resultan pertinentes en el procedimiento de análisis y definición del mercado afectado, pero no del expediente de resolución de los recursos que ha originado la presente Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo anterior y en aplicación de lo establecido en el artículo 112 de la LRJPAC en relación a que “No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, los hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho” procede poner de manifiesto que en la presente Resolución únicamente serán analizadas aquellas cuestiones que conciernan a las posibles infracciones del ordenamiento jurídico en las que haya podido incurrir la Resolución recurrida, pudiendo los interesados realizar aquellas otras solicitudes o consideraciones que estimen pertinentes en el marco del procedimiento de definición y análisis del mercado de segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor⁴ que se encuentra actualmente en tramitación por esta Comisión.

Primero.- Sobre la incorporación en el SGO de los servicios de conexión y transporte regulados en la Resolución recurrida.

TESAU manifiesta que le resulta imposible implantar los servicios de conexión y transporte establecidos en la Resolución recurrida en el plazo de un mes y que, dado que dicha obligación no fue incorporada en el informe de los Servicios, se le generó indefensión. Añade que el cambio de criterio finalmente aprobado en la Resolución recurrida respecto del informe sometido a audiencia carece de una adecuada motivación.

En relación con lo anterior señala que la imposibilidad de cumplimiento de la obligación impuesta en el plazo de un mes determina su nulidad de pleno Derecho.

Sin perjuicio de lo expuesto concluye que, debido al escaso número de peticiones relativas al servicio de referencia sería más acertado suprimir dicha obligación y tramitar las solicitudes que se reciban mediante medios alternativos como el correo electrónico o el fax.

ASTEL, contrariamente a lo manifestado por TESAU, señala que la implantación de los servicios en el SGO es una medida adecuada, proporcionada y pro-competitiva ya que simplifica la gestión de los servicios mayoristas prestados por la recurrente.

En atención a lo expuesto *a priori* procede señalar que existe una incongruencia en las alegaciones de TESAU relativas a la solicitud de

⁴ Mercado 14 de la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, mercado que ha sido eliminado de la Recomendación de 17 de diciembre de 2007 (2007/879/CE) que ha venido a sustituir a la anterior.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

supresión de la obligación de referencia, teniendo en cuenta que fue la propia recurrente quién propuso dicha medida.

En efecto, dicha propuesta fue realizada por la propia recurrente en la oferta de referencia que esta Comisión le obligó a presentar en el marco de la definición y análisis del mercado de segmentos de líneas troncales arrendadas al por mayor, definición y análisis que constituyó el objeto de la Resolución de esta Comisión de fecha 23 de noviembre de 2006⁵. Concretamente, dicha propuesta se encuentra en los apartados relativos al procedimiento de petición de solicitudes (apartado 7.3) y al mantenimiento de los circuitos (apartado 7.5) de la Oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de líneas alquiladas troncales (en adelante, ORLA-troncales), propuesta que no fue modificada por esta Comisión.

Además, la recurrente plantea alegaciones idénticas a las ya esgrimidas en el marco del trámite de audiencia del procedimiento recurrido, insistiendo en que la estructura comercial del nuevo servicio es diferente al anterior. Por tanto, procede volver a traer a colación lo ya manifestado por esta Comisión en la Resolución por la que se desestimó la solicitud de suspensión de la Resolución recurrida⁶ en relación a que:

“es preciso recordar que ya en la Resolución recurrida se estableció que la oferta aprobada en dicha Resolución es prácticamente igual a la vigente para servicios de transporte de velocidades de hasta 155 Mbit/s (STM-1), constituyendo la única novedad la introducción de nuevas modalidades de servicios de conexión para circuitos STM- 4 y que adicionalmente, dichas nuevas modalidades se basan en las ya existentes en la Oferta de referencia de líneas alquiladas terminales de TESAU (en adelante, ORLA) para circuitos de 2, 34 o 155 Mbit/s, por lo que, los cambios a realizar en el SGO serían mínimos, estimándose que el plazo de un mes es más que suficiente para acometerlos.

Pero es que además es preciso tener en cuenta que fue hace casi dos años cuando se impuso a la recurrente la obligación de presentar una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de líneas alquiladas troncales, concretamente el día 23 de noviembre de 2006...

De manera que, la recurrente no puede obviar que en su ORLA-troncales ya cuentan con un servicio de conexión y un servicio de transporte, servicios que según su propia oferta, ya se encuentran en el SGO, ni tampoco que el servicio de conexión de la ORLA ha sido regulado por esta Comisión y se encuentra también disponible en el SGO. Por lo que esta Comisión, en la ORLA-Canarias, únicamente ha

⁵ AEM 2005/1456.

⁶ Resolución de fecha 6 de noviembre de 2008.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adaptado los servicios de conexión a los de la ORLA, que ya se encontraban configurados en el SGO.

Por lo anterior y contrariamente a lo manifestado por la recurrente, los cambios que ha de efectuar en el SGO son mínimos, debiendo considerar que el plazo de un mes resulta apropiado para que la recurrente efectúe los cambios que sean pertinentes”.

En consecuencia, el hecho de que la recurrente, para proceder a la implantación de los servicios objeto del presente fundamento, tenga que realizar ciertas modificaciones en el SGO, concretamente en lo que respecta al STM-4, en modo alguno implica que se trate de un servicio “nuevo e independiente” del anterior, procediendo confirmar el plazo establecido en la Resolución recurrida.

Por otra parte, TESAU manifiesta que al no haber podido alegar sobre el nuevo plazo establecido en la Resolución de 10 de septiembre de 2008 se le ha causado indefensión.

En relación con la invocada indefensión es preciso recordar que, tal y como ha establecido la jurisprudencia⁷, ésta se produce cuando:

“el administrado ha sido privado de la facultad de introducir en el expediente los elementos fácticos o jurídicos de la oposición que la Administración debía tener en cuenta antes de producir el acto definitivo”

Pues bien, del análisis de los hechos acontecidos en el curso del expediente se constata que en ningún caso concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia ya que, tal y como recuerdan tanto la propia recurrente como ASTEL, aquella sí que puso de manifiesto en el marco del trámite de audiencia el plazo que consideraba adecuado para la implantación de los servicios de continua referencia, plazo que, a su juicio, no debería ser inferior a seis meses, alegación que fue tomada en consideración por esta Comisión y que sin embargo, no consideró procedente estimar, exponiendo las razones que le habían llevado a considerar más adecuado el citado plazo de un mes. Por tanto, contrariamente a lo manifestado por TESAU, ésta sí que pudo alegar lo que estimó oportuno en defensa de sus intereses poniéndolo de manifiesto a esta Comisión antes de que se produjera el acto definitivo.

Por último, en lo que respecta a la supuesta indefensión que le ha generado la falta de motivación del cambio de decisión de esta Comisión respecto del informe de los Servicios es preciso señalar que la Audiencia Nacional⁸ ha confirmado el carácter no vinculante del informe elaborado por los Servicios de un órgano administrativo, evacuado en el marco del trámite de audiencia, para

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2001/10239).

⁸ Sentencia de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el órgano decisorio del mismo, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del contenido en el citado informe, no requiere la motivación exigida en el apartado c) del artículo 54.1 de la LRJPAC, relativo a la necesaria motivación con la que hay que dotar a los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

Concretamente la citada Audiencia, en un proceso en el que esta Comisión era parte del mismo y en el que se discutía sobre cuestión idéntica a la debatida en el presente fundamento estableció que:

“se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe⁹, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen”

En consecuencia, sin perjuicio de que esta Comisión en la Resolución recurrida sí que puso en conocimiento de los interesados las razones por la que estimaba que el plazo de un mes resultaba proporcionado para la implantación de los servicios de referencia, en aplicación de lo establecido por el citado Tribunal, el cambio producido en la Resolución recurrida respecto de la propuesta formulada por los Servicios de esta Comisión, no constituye uno de los supuestos previstos en el apartado c) del artículo 54. 1 de la LRJPAC y por tanto, no requería estar dotado de la motivación alegada por la recurrente.

Segundo.- Sobre la reducción de precios establecida en la Resolución recurrida.

TESAU manifiesta que la reducción de precios contenida en la Resolución recurrida es excesiva y que además, dado el carácter confidencial de los datos involucrados, no ha tenido acceso a los cálculos realizados por esta Comisión para la determinación de los mismos, lo que le sitúa en una clara situación de indefensión.

Añade que esta Comisión ha modificado, respecto de lo previsto en el informe de los Servicios, las hipótesis del modelo utilizado para establecer los precios del servicio de transporte. Así, en lugar de utilizar una distribución actual de velocidades del ADSL basada en 3 Mbit/s y una futura de 6, como se hacía en

⁹ El subrayado es nuestro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el citado Informe, pasa a utilizar una distribución actual basada en 6 Mbit/s y una futura de 10, hipótesis de velocidades, estas últimas, que no se corresponden con la realidad.

Por su parte Orange, manifiesta que la reducción de precios contenida en la Resolución recurrida aún es insuficiente y que si no se reducen aún más los precios en la forma solicitada, no se incentivará la desagregación del bucle y los operadores alternativos seguirán prestando el servicio minorista a través del bitstream.

Islalink considera que la reducción de precios ha sido excesiva e inadecuada y no permite que los operadores puedan competir en infraestructuras con TESAU. Señala que esta Comisión únicamente ha establecido un máximo en la fijación de precios dejando su determinación a la discrecionalidad de TESAU y añade que la protección de los operadores alternativos minoristas no se consigue únicamente con la reducción de precios sino que sería necesario que se acompañara dicha medida con otras como sería la de asegurar su estabilidad.

Señala que esta Comisión no puede ignorar que en todo el mundo los precios mayoristas van unidos a un descuento por volumen y que la regla comúnmente aceptada es 4 veces la capacidad por 3 veces el precio y solicita que no se fije el precio solamente hasta el servicio STM-4 sino que se establezcan los precios fijos básicos tomando como base la unidad de medida que cuantifica la capacidad de cada servicio: el Mbit/s.

Por su parte ONO alega que los precios fijados en la Resolución recurrida son lo suficientemente altos para permitir la entrada en el mercado de un nuevo operador eficiente que desee tender un nuevo cable submarino.

Por último ASTEL, en relación con la disconformidad planteada por TESAU con la distribución de velocidades establecida en la Resolución recurrida, señala que fue la propia recurrente quién, desde abril de 2008, notificó a esta Comisión su intención de migrar sus conexiones ADSL de 3 Mbit/s a 6.

Tal y como puede observarse, en el escenario planteado por las recurrentes confluye la solicitud de protección de intereses muy diversos, coexistiendo por una parte, el operador que tradicionalmente ha ostentado una situación de dominancia en el mismo, por otra, un operador que no se encuentra en situación de desplegar su propia infraestructura y que necesita de los servicios prestados por el anterior para poder configurarse como proveedor de servicios en el mercado minorista y por último, un operador que se está planteando introducirse en el mercado de líneas alquiladas troncales mediante la implantación de su propia infraestructura en la ruta Península-Canarias pero que, debido a la ausencia de una plena competencia en el mismo, necesita



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contar con una serie de medidas que le garanticen su efectivo acceso al mercado.

Sentado lo anterior, resultara fácil advertir el exhaustivo análisis realizado por esta Comisión para establecer los precios finalmente aprobados en la Resolución 10 de septiembre de 2008, debiendo haber tenido en cuenta cada uno de los intereses que quedaban afectados.

Así, tal y como se establecía en la Resolución recurrida, se analizaron los siguientes aspectos:

“

- *Con los datos de inversión y mantenimiento facilitados por Telefónica, la CMT ha realizado un estudio de los costes del servicio.*
- *El impacto de los precios del cable submarino en los mercados minoristas, en especial el de banda ancha. En particular, se ha estimado el nivel de precios necesario para que un operador pueda prestar servicios de banda ancha de forma directa en la Comunidad Canaria sin que sus márgenes se vean pinzados.*
- *Para promover la inversión, la CMT ha analizado si el nivel de precios propuestos permite la entrada de un operador alternativo eficiente que desee tender un cable alternativo al de Telefónica.*
- *La comparativa internacional. Son especialmente relevantes los precios fijados por otros reguladores en rutas comparables.”*

De manera que, esta Comisión partiendo del principio establecido en la LGTel relativo al fomento de la competencia efectiva mediante la promoción de una inversión eficiente en materia de infraestructuras no pudo obviar que para alcanzar dicha situación sería necesario pasar por una situación intermedia que vendría determinada por los operadores que, antes de decidir o encontrarse en situación de implantar su propia red, realizarán la entrada en el mercado afectado mediante la utilización de las infraestructuras del operador designado con peso significativo en el mismo.

De manera que en la Resolución recurrida, tal y como se estableció en la misma *“Se fijaron los precios con la intención de que los operadores alternativos pudieran prestar servicios de forma directa en la Comunidad Canaria en competencia con Telefónica. Asimismo, se consideraron no sólo las necesidades actuales de capacidad por conexión, sino también una evolución de las mismas. Por último, se destacó que los precios propuestos dejaban margen suficiente para que un operador tuviera incentivos a tender un sistema de cable submarino alternativo al de Telefónica, con lo que se respeta la inversión eficiente en infraestructuras”*.

Sentado lo anterior, a continuación se procederá a dar contestación a las diferentes alegaciones esgrimidas por las recurrentes centrándonos, *a priori*, en la alegación formulada por TESAU relativa a la supuesta indefensión que le ha causado el hecho de no haber tenido acceso a los cálculos realizados por esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión para la determinación de los precios establecidos en la Resolución recurrida, debido al carácter confidencial de los datos involucrados.

Esta Comisión ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones¹⁰ sobre la ausencia de indefensión existente en aquellos casos en que no se permite acceder a ciertos datos debido al carácter confidencial de los mismos, siempre que se haya producido la pertinente declaración de confidencialidad de los datos afectados por aquella, declaración que en lo que respecta al procedimiento recurrido se produjo mediante la aprobación por esta Comisión de las pertinentes declaraciones de confidencialidad de fechas 17 de julio y 4 de septiembre de 2008.

De manera que, la recurrente, en el ejercicio de su derecho de acceso al expediente establecido en el artículo 35 a) de la LRJPAC, ha podido tener suficiente conocimiento de las razones y fundamentos de la confidencialidad acordada y haber podido argumentar en consecuencia, justificando sus derechos e intereses tal y como ha hecho en el recurso interpuesto, sin habérsele generado, en consecuencia, la alegada indefensión.

Sentado lo anterior se procederá a contestar las diversas alegaciones formuladas por las recurrentes.

En relación con la disconformidad mostrada por TESAU respecto a la distribución de velocidades utilizada en la Resolución recurrida procede reiterar lo que ya se dijo en esta última, debiendo remitirnos asimismo a lo establecido en el fundamento anterior en lo que respecta a la ausencia de vinculación de esta Comisión respecto a lo manifestado por los Servicios en el Informe emitido en el marco del trámite de audiencia.

Pues bien, tal y como se expuso en la Resolución recurrida y tal y como alega ONO, fue la propia TESAU quién, en el marco de un procedimiento de modificación de la oferta del bucle de abonado como consecuencia de las propuestas de la recurrente respecto de los nuevos servicios minoristas de acceso de banda ancha mediante ADSL¹¹, anunció el comienzo de la migración del servicio de 3 a 6 Mbit/s.

Pero es que además, la publicidad que se está emitiendo en la fecha de aprobación de la presente Resolución ha venido a confirmar la distribución de velocidades utilizada en la Resolución recurrida, publicidad centrada en la contratación de la velocidad de 6Mbit/s.

En lo que respecta a la distribución futura, basada en una hipotética migración de los 6 Mbit/s hacia los 10 Mbit/s, deben recordarse las frecuentes actualizaciones de velocidad de banda ancha que comenzaron en el segundo

¹⁰ Resolución de fecha 25 de enero de 2007 (AJ 2006/322).

¹¹ Resolución de 23 de julio de 2008 (MTZ 2008/668).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

semestre de 2004 con la duplicación de los 256 Kbit/s a los 512 Kbit/s (posteriormente se pasó de 512 Kbit/s a 1 Mbit/s, de 1 a 3 Mbit/s y finalmente de 3 a 6 Mbit/s). Dado el histórico existente, no parece razonable asumir ahora que la banda ancha se vaya a quedar estancada en los 6 Mbit/s, y menos tomando en consideración el escenario actual de evolución hacia las redes NGA¹².

De manera que, la vertiginosa evolución del sector ha hecho necesario no sólo tomar en consideración la velocidad actual sino también prever una futura a riesgo de que la ausencia de dicha previsión pudiera determinar la ineficacia de la Resolución recurrida por su posible o futura obsolescencia.

En segundo lugar, en relación con las alegaciones formuladas por Orange relativas a la supuesta insuficiencia de la reducción de precios, es preciso poner de manifiesto que, ya se indicó en la Resolución recurrida que el ejercicio de replicabilidad utilizado para calcular los precios era extremadamente sensible a la ocupación promedio por conexión. Cuanto más alto es este valor, menos conexiones por circuito y menor es el precio que permite la replicabilidad.

Pues bien, el valor utilizado por Orange en sus alegaciones (140 Kbit/s) no puede ser aceptado por esta Comisión por ser artificialmente alto. Por una parte, los datos de ocupación reales de TESAU y ONO (operadores habitualmente en cabeza en las comparativas sobre la calidad de las conexiones) son inferiores al planteado por Orange y por otra, esta última en ningún momento afirma que ese dato sea su ocupación real. De hecho, en octubre de 2008 disponía de **[CONFIDENCIAL:]** conexiones de banda ancha en sus PAI-IP que ocupaban **[CONFIDENCIAL:]** Gbit/s en la hora cargada. Estos valores implican una ocupación media por conexión de **[CONFIDENCIAL:]** Kbit/s.

De manera que, dado que el valor promedio utilizado por esta Comisión en sus cálculos es de **[CONFIDENCIAL:]** por conexión, utilizando los datos reales de ocupación promedio de Orange, el ejercicio de replicabilidad realizado por esta Comisión confirma que, con los precios aprobados es viable prestar servicios de forma directa en la Comunidad Canaria.

Asimismo, en relación a las alegaciones relativas a la base de costes del mix de productos mayoristas ULL/GigADSL/ADSL-IP y de costes del acceso desagregado en el sentido de que para alcanzar la base de costes del mix, los precios STM-4 deberían reducirse en un 20% por debajo de los precios calculados sobre la base del ADSL/IP y para alcanzar la base de costes del ULL se deberían reducir los precios en un 27%, dado que dicha cuestión ya fue contestada en la Resolución recurrida procede remitirnos a lo ya establecido en aquella .

¹² New Generation Access, en castellano: redes de acceso de nueva generación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con las alegaciones formuladas por Islalink es preciso poner de manifiesto que una reducción de precios inferior a la establecida en la Resolución recurrida no permitiría la entrada de operadores ULL en Canarias.,

Adicionalmente, las matizaciones realizadas por Islalink en su recurso únicamente afectarían al ejercicio por el que se calculó la reducción máxima que permitiría la entrada de un operador que tendiera un cable alternativo al de TESAU. El resultado de dicho ejercicio era que la reducción máxima posible era de un **[CONFIDENCIAL:]**. Porcentaje superior al finalmente aprobado.

De manera que, aplicando las matizaciones señaladas por Islalink al ejercicio al que se refiere el párrafo anterior, se ha vuelto a realizar el citado ejercicio modificando los siguientes parámetros: se ha aumentado la tasa de descuento de un 10,81% a un 15% y se ha supuesto que los precios que ofrece el operador alternativo son un 15% inferiores a los regulados (en lugar de un 5%).

Pues bien, con los valores utilizados se obtiene que la reducción máxima posible es de un **[CONFIDENCIAL:]**, valor inferior al obtenido en la Resolución recurrida **[CONFIDENCIAL]** pero que sigue siendo superior al 30,38% aprobado.

Por último, Islalink considera que los precios establecidos en la Resolución recurrida deberían ser fijos, debiendo autorizar esta Comisión cualquier reducción que TESAU pretendiera hacer en los mismos.

Analizada la alegación de la recurrente se aprecia que la discrecionalidad concedida a TESAU en la Resolución recurrida al amparo de la que únicamente se le exige notificar a esta Comisión cualquier descuento que pretenda realizar en los precios establecidos en aquella, podría no ser suficiente para asegurar la competencia perseguida con la medida adoptada ya que TESAU, en función de la entrada de los operadores en el mercado podría tener incentivos para reducir los precios hasta un nivel no replicable por el operador que pretendiera implantar su propia infraestructura. Una vez expulsado el competidor del mercado mayorista, podría subir de nuevo los precios con el objeto de estrechar los márgenes a los operadores que compiten con TESAU en el mercado minorista.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se aprecia la necesidad de asegurar que los precios fijados por TESAU no constituyan una barrera de entrada que desincentive la implantación de infraestructuras por operadores que quieran acceder al mercado.

De manera que, la mera exigencia de comunicación de las reducciones que TESAU pretenda establecer en sus precios no resulta suficiente para alcanzar el efectivo grado de competencia pretendido por la Resolución de 10 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

septiembre de 2008, procediendo estimar la alegación de la recurrente relativa a que cualquier modificación introducida en los precios establecidos en la Resolución recurrida necesitará ser autorizada por esta Comisión.

En consonancia con lo anterior, TESAU asimismo necesitará autorización de esta Comisión para introducir nuevas velocidades en la Oferta objeto de la presente Resolución. Lo anterior con independencia de la tecnología que soporte la capacidad ofrecida en la ruta.

En base a lo expuesto y en relación a la propuesta de Islalink sobre el precio fijado en Mbit/s para velocidades superiores a STM-4, cabe recordar que esta Comisión solo ha impuesto a TESAU la obligación de prestar circuitos de una capacidad de hasta 622 Mbit/s. Por tanto, y sin perjuicio de que el modo de cálculo pretendido pueda ser considerado en la regulación futura de nuevas velocidades, hasta que no se modifique la ORLA-Canarias (bien de oficio o a instancia de parte), sólo habrá circuitos de velocidades superiores si TESAU propone incluirlos en la oferta y esta Comisión los autoriza expresamente.

Además, Islalink no aporta dato alguno que corrobore que la utilización de la supuesta *“regla comúnmente aceptada”* (4 veces la capacidad por 3 veces el precio) sea efectivamente una regla comúnmente utilizada para la formación de todos los precios mayoristas entre operadores y, en particular, de los que son objeto de discusión en el procedimiento, no resultando procedente, en el marco de la presente resolución, estimar la tabla de descuentos propuesta por Islalink relativa a unas velocidades que TESAU aún no se encuentra obligada a ofrecer.

Por otra parte procede señalar que la solicitud de aprobación de la propuesta de descuentos formulada por la recurrente resulta incongruente con su solicitud, aceptada anteriormente, de que se proceda a la autorización previa, por esta Comisión, de cualquier modificación de precios o servicios incluidos en la ORLA-Canarias. De manera que, si se estimara la tabla de descuentos del precio por Mbit/s para velocidades superiores, la autorización previa de esta Comisión para nuevos precios y/o servicios carecería de sentido por cuanto que la aceptación de los precios determinados en la tabla para las nuevas capacidades llevaría implícita la aprobación de las nuevas velocidades y sus precios. .

Tercero.- Sobre la imposibilidad de provisionar en 45 días los circuitos STM- 4 y sobre la limitación de la oferta a dichos servicios

TESAU manifiesta que el plazo de 45 días establecido en la Resolución recurrida para aprovisionar los servicios STM-4 es insuficiente, debiendo disponer de un plazo adicional de 90 días y quedar dicha obligación condicionada a que: exista capacidad vacante en su infraestructura, los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores remitan su demanda con una antelación mínima de un año y se establezcan penalizaciones por incumplimiento en aquellos operadores que soliciten conexiones STM-4 y cancelen los pedidos una vez iniciada su provisión.

Por su parte Orange solicita que se debería obligar a TESAU a ofrecer los servicios STM-16 ya que con los STM-4 no resulta viable técnicamente ofrecer servicios de TV y que en virtud del principio de no discriminación se debería obligar a TESAU a ofrecer aquellos, ya que ésta utiliza para si misma lambdas de 10 Gigas (STM- 64).

TESAU respecto a lo manifestado por Orange alega que la distribución de la TV hasta el usuario final siempre se hará desde una cabecera territorial dado el enorme coste de transmisión que supondría la retransmisión a cada usuario desde la Península, lo que determina la no necesidad de regular los circuitos de capacidades STM-16.

Señala que además de capacidad de transmisión entre cabecera central y cabecera local/regional para ofrecer un servicio de TV a nivel regional, cualquier operador podría constituir una cabecera regional para el servicio de distribución de TV en dicho ámbito territorial donde se realizara la recepción de señales de TV por satélite.

En primer lugar, respecto al plazo solicitado por TESAU para proveer los citados servicios es preciso señalar que ésta reitera las mismas alegaciones ya esgrimidas en el marco del trámite de audiencia, encontrándose en consecuencia, ya suficientemente rebatidas por esta Comisión al haber establecido que:

“Si Telefónica fijó plazos para los circuitos de 155 Mbit/s no hay razón para no hacerlo con los STM- 4, pues la casuística asociada a la provisión de estos circuitos de capacidades elevadas (posibilidad de instalación de tarjetas, puertos, etcétera) es la misma. Por tanto, la CMT estima razonable fijar el mismo plazo para los STM-1 y STM-4, es decir, 45 días naturales”.

En segundo lugar, respecto a la vinculación de la provisión de dicho servicio a la existencia de capacidad vacante es preciso poner de manifiesto, tal y como ya se hizo en la Resolución recurrida, que la ocupación del cable submarino por parte de los operadores alternativos es muy reducida y que al menos, en lo que concierne al medio plazo, las necesidades de ampliación del mismo vendrán dadas principalmente por la autoprestación de la propia TESAU, procediendo en consecuencia, desestimar la solicitud realizada.

Por último, en relación con la solicitud de TESAU de que los operadores remitan sus solicitudes con una antelación mínima de un año y que se establezcan penalizaciones por incumplimiento en aquellos operadores que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

soliciten conexiones STM-4 y cancelen los pedidos una vez iniciada su provisión, procede realizar las siguientes consideraciones.

En lo que respecta a la planificación de los operadores solicitantes es preciso recordar que para la solicitud de líneas alquiladas terminales, concretamente en el apartado 5.1 del Anexo técnico de la ORLA- terminales, se encuentra establecida la obligación de que los operadores envíen sus previsiones al objeto de facilitar que TESAU pueda planificar sus trabajos de red.

Pues bien, debido, por una parte, a la similitud existente entre la ORLA-terminales y la Oferta objeto de la presente Resolución en lo que respecta al presente aspecto y por otra, a las ventajas que la implantación de dicha planificación representará tanto para la entidad oferente como para la solicitante, permitiendo a ambas una mejor gestión de sus recursos, se considera procedente hacer extensiva la planificación ya contenida en la ORLA-terminales a la presente Oferta.

Por otra parte, sobre las penalizaciones solicitadas cabe asimismo recordar que, en el apartado 1.5.1.4¹³ de la actual Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) se contempla el derecho de TESAU de repercutir los trabajos ya realizados en los casos en que se produzca la cancelación de una solicitud. Pues bien, esta Comisión estima asimismo procedente extender el criterio adoptado en la OBA a la oferta objeto de la presente Resolución por cuánto que dicha medida tendrá el efecto de permitir un mejor aprovechamiento de las infraestructuras de TESAU.

Por último, en relación a las alegaciones de Orange relativas a la indebida limitación de la prestación de servicios a los STM-4, procede poner de manifiesto, sin perjuicio de que a esta Comisión le conste la prestación de servicios de televisión en Canarias mediante circuitos STM-4 por parte de algún operador, que esta Comisión parte de la premisa de que la distribución de la señal de televisión hasta el usuario final se realiza desde una cabecera territorial en Canarias, dado el enorme coste que supone la transmisión a cada usuario desde la Península. Realizando la distribución de esta forma, la capacidad de transmisión necesaria es independiente del número de usuarios, resultando posible prestar servicios de televisión utilizando el STM-4.

¹³ “Cancelación de solicitudes. Una vez formulada una solicitud, el operador peticionario podrá cancelarla antes de la fecha de comienzo de los trabajos de provisión por Telefónica, sin que ello lleve asociado un coste para el operador. Una vez iniciados los trabajos de provisión, el operador podrá solicitar asimismo la cancelación de la solicitud. En este caso, sin embargo, Telefónica podrá facturar justificadamente una cantidad dependiente del momento de la cancelación (por ejemplo, horas empleadas por el personal de Telefónica dedicadas hasta ese momento a la provisión del servicio o el desmontaje de elementos) y nunca superior a la correspondiente cuota de alta.”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo es preciso poner de manifiesto que, para el servicio de transmisión de televisión, al contrario de lo que sucede con la telefonía o la banda ancha, el satélite constituye una alternativa viable a la utilización de cable submarino ya que, un operador alternativo podría constituir una cabecera regional en Canarias donde se recibiera la señal de televisión por satélite en lugar de utilizar la capacidad del cable submarino.

En consecuencia, procede confirmar el criterio establecido en la Resolución recurrida considerando que imponer a TESAU la obligación consistente en prestar el servicio STM-64 no cumple con el requisito de proporcionalidad exigido para su imposición.

Cuarto.- Sobre una necesaria mayor intervención de esta Comisión.

Islalink considera que las medidas adoptadas en la Resolución recurrida no son suficientes para alcanzar los objetivos perseguidos por aquella, debiendo expresamente: prohibirle aplicar cualquier tipo de descuento indirecto después de la llegada de la señal a la cabecera correspondiente, establecer vías para permitir a los operadores minoristas que contraten los servicios de TESAU desvincularse de ésta transcurrido el primer año o evitar que esta última pueda empaquetar sus ofertas con otras redes y servicios de modo tal que las que afecten a la provisión de servicios de cable submarino sean ofertas autónomas.

En atención a las alegaciones de la recurrente es preciso recordar, tal y como se indicaba en el fundamento de Derecho preliminar de la presente Resolución, que dado que la alegación objeto del presente fundamento no fue realizada en el marco del trámite de audiencia del procedimiento, sin haber existido, sin embargo, obstáculo alguno para ello, ésta no puede ser tenida en cuenta en el marco de la presente Resolución.

No obstante lo anterior, si bien en la oferta aprobada en la Resolución recurrida no se ha hecho mención expresa a cada una de las conductas anticompetitivas en que pudiera incurrir la oferente, sí que se ha previsto una cláusula general (Apartado 4.2) en la que se establece que *“Telefónica no podrá aplicar condiciones anticompetitivas tales como la imposición de cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo) o el empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete) u otras prácticas de efectos similares”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto. - Sobre las solicitudes de: asimilación de los plazos establecidos en la ORLA-Canarias a los establecidos en la ORLA-terminales y la fijación de un límite a las penalizaciones por retrasos en la provisión del servicio.

TESAU manifiesta que, dado que los servicios de transporte regulados en la Oferta que ha dado lugar a la presente Resolución son homólogos a los establecidos en la ORLA-terminales, los plazos relativos a la implementación de los servicios, el porcentaje exigido de cumplimiento y las horas fijadas para la resolución de las averías, deberían ser iguales a los establecidas en esta última.

Asimismo muestra su disconformidad con la ausencia de fijación de un límite a las penalizaciones que se le podrían imponer por incurrir en retrasos en la provisión del servicio.

Sobre la solicitud de asimilación a la ORLA-terminales procede señalar en primer lugar, en relación con los plazos establecidos para la provisión de los servicios así como de las horas necesarias para la resolución de las averías, que esta Comisión no ha hecho sino mantener lo propuesto por aquella en su ORLA-troncales.

En segundo lugar, sobre el porcentaje de cumplimiento procede recordar que ya en la Resolución recurrida se estableció que *“teniendo en cuenta que para estos circuitos no debe instalarse ningún acceso en domicilio de cliente y que posibles imprevistos en la provisión ya están cubiertos mediante las paradas de reloj, parece razonable establecer un nivel de cumplimiento del 100% en lugar del 80% de la oferta actual”*.

Esto es, el hecho de que en la ORLA-terminales se fijara un nivel de cumplimiento inferior al 100% se debió principalmente a que debe constituirse la componente de acceso del extremo del circuito de casa de cliente, pudiendo, en dicha provisión, aparecer una serie de imprevistos que impidan cumplir con los plazos regulados. Sin embargo, en el caso del servicio de transporte se cuenta con un servicio de conexión a ambos lados del mismo, considerándose, en consecuencia, que la provisión no se encontrará con imprevistos, resultando proporcionado fijar un nivel de cumplimiento del 100%.

Por último, sobre la fijación de un límite a las penalizaciones que se le pudieran imponer procede señalar que esta Comisión ya manifestó en la Resolución¹⁴ por la que se aprobó la ORLA-terminales las razones por las que no consideraba ajustado a Derecho imponer el límite solicitado, remitiéndonos, en consecuencia, a lo establecido en la citada Resolución en lo que respecta a dicha cuestión.

¹⁴ Resolución de fecha 20 de diciembre de 2007. (MTZ 2007/219)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante procede recordar que el criterio adoptado en dicha Resolución obedecía a que, si bien podría resultar factible que los operadores alternativos pudieran crear artificialmente incidencias con la intención de perjudicar económicamente a TESAU con la intención de que se le impusieran las penalizaciones pertinentes, en lo que respecta a las penalizaciones que se le podrían imponer por incurrir en retrasos en la provisión de los servicios de conexión, cabe señalar que la solicitud de dichas penalizaciones necesitarían contar con la identificación de los clientes afectados por el citado retraso en la provisión de los servicios, con lo que, la creación artificial de dichas situaciones no resulta en absoluto probable.

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

Sexto.- Sobre la regulación de la conexión entre islas.

Orange manifiesta que la desestimación de su solicitud de regulación de la conexión entre islas carece de una adecuada motivación.

Contrariamente a lo manifestado por la recurrente y reiterando lo ya manifestado en la Resolución recurrida, esta Comisión se limitó a realizar una referencia a la existencia de un sistema de cable submarino alternativo al de TESAU en la ruta Gran Canaria-Tenerife incidiendo en que, en todo caso, dicha cuestión sería analizada en el procedimiento pertinente para ello, a saber, en el marco del procedimiento de análisis y definición del mercado de líneas alquiladas troncales, que tal y como se señaló anteriormente, se encuentra actualmente en tramitación¹⁵.

Por lo anterior, dado que la cuestión alegada por la recurrente excedía el objeto de la Resolución recurrida, cualquier pronunciamiento en torno a la misma habría resultado contrario a Derecho por la indefensión que habría podido causar a los interesados que no hubieran podido realizar alegaciones sobre dicho aspecto.

A la vista de los antecedentes y fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Islalink, S.A. contra la Resolución de 10 de septiembre de 2008, modificando los resuelve octavo y noveno de la misma, quedando redactados en los siguientes términos:

¹⁵ Expediente MTZ 2008/1945.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Octavo.- Los precios incluidos en la oferta son fijos. Por tanto, si Telefónica desea modificarlos deberá comunicar su propuesta de precios a la CMT. Si la CMT autoriza expresamente su propuesta, deberá incluirlos en la oferta y ofrecerlos a todos los operadores en condiciones no discriminatorias.

Noveno.- Lo establecido en el apartado anterior también será de aplicación en el caso que quiera introducir nuevas velocidades en la oferta, cualquiera que sea la tecnología que soporte la capacidad ofrecida en la ruta.”

Asimismo, en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Troncales de Telefónica de España, S.A.U. en la ruta Península-Canarias se incluirá el siguiente apartado:

“4.4.- Modificación de precios o inclusión de nuevas velocidades en la Oferta

Los precios incluidos en la oferta son fijos. Por tanto, si Telefónica desea modificarlos deberá comunicar su propuesta de precios a la CMT. Si la CMT autoriza expresamente su propuesta, deberá incluirlos en la oferta y ofrecerlos a todos los operadores en condiciones no discriminatorias.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación en el caso que quiera introducir nuevas velocidades en la oferta, cualquiera que sea la tecnología que soporte la capacidad ofrecida en la ruta”

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 10 de septiembre de 2008 y añadir los siguientes apartados en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Troncales de Telefónica de España, S.A.U. en la ruta Península-Canarias:

“4.5.- Planes de provisión

Los operadores deberán facilitar a Telefónica sus previsiones de peticiones de los servicios incluidos en la presente oferta. Para ello deberán ajustarse al procedimiento establecido en el apartado 5.1 del Anexo técnico de la ORLA de terminales”.

4.6.- Cancelación anticipada

Una vez formulada una solicitud, el operador peticionario podrá cancelarla antes de la fecha de comienzo de los trabajos de provisión por Telefónica, sin que ello lleve asociado un coste para el operador.

Una vez iniciados los trabajos de provisión, el operador podrá solicitar asimismo la cancelación de la solicitud. En este caso, sin embargo, Telefónica podrá facturar justificadamente una cantidad dependiente del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

momento de la cancelación (por ejemplo, horas empleadas por el personal de Telefónica dedicadas hasta ese momento a la provisión del servicio o el desmontaje de elementos) y nunca superior a la cuota correspondiente (alta en el servicio de conexión y una cuota mensual en el servicio de transporte).

TERCERO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 10 de septiembre de 2008.

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

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera