



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 número 06/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de marzo de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos contra la resolución de fecha 1 de octubre de 2009, sobre la actualización de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (AJ 2009/1801)

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recaída en el expediente AEM 2009/1106 sobre la actualización de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU

Con fecha 1 de octubre de 2009 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó resolución en el expediente AEM 2009/1106, en la que se acordó lo siguiente:

“PRIMERO.- Aprobar los nuevos valores actuales netos de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. incluidos en el Anexo I de la presente Resolución.

Las ofertas que presente Telefónica de España, S.A.U. deberán ser coherentes con los mismos en el momento de su lanzamiento y durante la vida del cliente en caso de producirse una modificación en sus condiciones de prestación.

SEGUNDO.- Aprobar las modificaciones y actualizaciones de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España S.A.U. tal y como se establece en el Fundamento de Derecho II”.

SEGUNDO.- Recursos de reposición interpuestos y acumulación de los mismos

Con fecha 6 de noviembre de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado por el representante legal de la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTE) por el que se interpuso recurso de reposición contra la resolución AEM 2009/1106. El citado recurso fue ampliado mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2010.



Posteriormente, con fecha 10 de noviembre de 2009 tuvo entrada otro escrito de recurso contra la misma resolución presentado por VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, VODAFONE). El citado recurso fue ampliado mediante escrito de fecha 9 de febrero de 2010.

En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en atención al principio de economía procesal y dada la identidad sustancial de ambos recursos e íntima conexión entre los mismos al ser el mismo el acto contra el que se dirigen, se acordó la tramitación acumulada de los mismos en el expediente AJ 2009/1801.

TERCERO.- Alegaciones contenidas en los recursos de reposición presentados

Ambas entidades alegan infracción del artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), al considerar que la resolución vulnera el principio de fomento de una competencia efectiva en la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, manifiestan su desacuerdo por la discrepancia existente entre el informe de los servicios en el trámite de audiencia y la resolución definitiva.

Adicionalmente, la entidad FTE entiende que la resolución carece de motivación infringiendo el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

1.- Alegaciones relativas al tratamiento de las promociones de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.

1.1.- Alegaciones de FTE

Según la entidad recurrente, en ciertas promociones de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) se iguala el compromiso de permanencia al del periodo en el que el precio del servicio está promocionado, por lo que el contrato suscrito entre las partes *“resulta que, más que un contrato de tracto sucesivo como presupone la metodología, es un contrato a un año a cambio de un servicio y una contraprestación determinada”*.

Considera imprescindible la incorporación a la metodología de un control o auditoría que garantice que no se produce en la práctica la concatenación de promociones de TESAU.

1.2.- Alegaciones de VODAFONE

Según la entidad recurrente, el impacto de las promociones combinado con los criterios de ponderación del servicio mayorista equivalente hace que el test de replicabilidad no refleje la realidad del negocio.

Al igual que FTE, pone como ejemplo una promoción de TESAU vigente durante los meses de julio y agosto de 2009: “Duo ADSL6MB+llamadas nacionales:19,90 durante 12 cuotas. Señala que sólo el coste directo del servicio ADSL IP con anterioridad a la reducción de septiembre de 2009 ascendía a 23,25 euros, excluyendo interconexión, costes indirectos y costes asociados al alta.

Según VODAFONE el tratamiento de las promociones es tal, que los operadores alternativos afrontan un coste directo del servicio ADSL un 17% superior al precio minorista durante todo el periodo de vigencia del contrato del cliente (12 meses).



Considera que la política promocional de TESAU ha sido *“especialmente nocivo en el mercado de acceso indirecto”*. Alega irreplicabilidad económica de las promociones de TESAU en las zonas de prestación del servicio por los operadores alternativos con servicio mayorista de acceso indirecto, *“ya que la utilización de un servicio mayorista promediado en la obtención del VAN, en la práctica, oculta la citada irreplicabilidad económica”*.

Por otro lado, según VODAFONE la deficiencia fundamental de la metodología y el grave riesgo que de ella se deriva para la competencia es *“la enorme dificultad, cuando no imposibilidad, de comprobar que no se produce una concatenación de promociones en el tiempo para un mismo cliente, implicando la referida concatenación de promociones para los operadores alternativos una verdadera barrera de entrada en el mercado”*. Por eso considera imprescindible, al igual que FTE, incorporar a la metodología ex ante un control o auditoria que garanticen que no se produce la mencionada concatenación.

Por último, también se muestra disconforme con la posibilidad de que TESAU realice promociones por valor de 1,3xVAN, ya que es *“contrario a los criterios de rentabilidad habituales en las compañías y supone precios predatorios en esa promoción”*.

2.- Alegaciones relativas al análisis de competencia en determinados paquetes de servicios

2.1.- Alegaciones de FTE

En relación con el tratamiento de los empaquetamientos con servicios móviles, no estima adecuado relajar las obligaciones cuando el operador histórico presenta en los mercados afectados cuotas de mercado que nada tienen que ver con las de sus competidores, lo que viene a significar que la introducción de mayor flexibilidad para la comercialización por el operador histórico de productos convergentes puede resultar en un reforzamiento de su posición en detrimento de la competencia.

El grado de inmadurez señalado en la resolución recurrida para considerar que la competencia en estos paquetes está generalizada es *“argumento favorable para analizar con más detalle las cuotas de mercado y la situación potencial de cada operador en los mercados afectados, así como las diferentes economías de escala y alcance de los operadores en dichos mercados”*.

Para FTE no son comparables las mayores economías de escala y alcance del Grupo Telefónica con las de sus competidores en ninguno de los mercados y menos si se consideran ambos de manera conjunta, pues a la *“dominancia incuestionable en banda ancha y en redes fijas se une la ventaja onnet de Movistar”*.

Asimismo señala, que el hecho de que TESAU no haya sido el primero en ofrecer paquetes de banda ancha con servicios móviles no debe servir tampoco de justificación para concluir que la competencia en estos paquetes está generalizada, ya que, según FTE, no existían restricciones legales y tampoco las restricciones de la metodología han impedido el lanzamiento de los referidos productos.

2.2.- Alegaciones de VODAFONE

VODAFONE considera que las conclusiones a las que llega la Comisión en el análisis del nivel de competencia no reflejan la situación real del mercado y dejan abierta la posibilidad de que TESAU lance al mercado ofertas comerciales anticompetitivas e irreplicables desde el punto de vista económico para el resto de operadores. En concreto se refiere al tratamiento de las siguientes ofertas empaquetadas:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Oferta minorista a la RTB y tráfico telefónico fijo para clientes con un gasto inferior a 20 euros mensuales.
- Paquetes de triple y cuádruple oferta, con servicios móviles.

a) Paquetes con acceso minorista a la RTB y tráfico telefónico para clientes con un gasto inferior a 20 euros mensuales

VODAFONE señala que el hecho de que exista un grado de sustituibilidad creciente entre las ofertas de fijo y las de los operadores móviles no conduce en absoluto a la conclusión, como afirma la Comisión, de que la competencia en este tipo de ofertas está generalizada. *“Es precisamente la posición de TESAU en el mercado de acceso minorista a la RTB lo que impide que se pueda hablar de existencia de competencia generalizada en este tipo de segmentos”.*

Asimismo considera contradictorio que el argumento sobre que el grado de implantación del Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) aún es muy bajo, sea utilizado únicamente en el segmento de mercado de clientes con un nivel de gasto superior a 20 euros mensuales y no en el segmento con un nivel de gasto inferior a esa cantidad.

La consecuencia de eximir a TESAU de cumplir con la obligación de pasar el test de precio implícito en este tipo de paquetes con un gasto inferior a 20 euros mensuales introduce gran incertidumbre sobre la posibilidad de replicar comercialmente las ofertas de TESAU con AMLT.

b) Paquetes de triple y cuádruple oferta, con servicios móviles

Según VODAFONE, la conclusión del análisis de competencia para este tipo de ofertas adoptada en la Resolución recurrida es opuesta a la que fue incluida en el informe de los Servicios de la Comisión, sin que se aporten razones objetivas de mercado que justifiquen este cambio.

VODAFONE afirma que los argumentos que la Comisión ha tenido en cuenta para llegar a la conclusión de que la competencia en este tipo de paquetes está suficientemente generalizada, en realidad, conducen al resultado contrario.

Señala que dada la posición que ocupa TESAU en el mercado de banda ancha fija y de servicios móviles, en virtud del principio de prudencia, la Comisión no debería relajar las obligaciones impuestas a dicho operador en el momento actual.

Asimismo pone de manifiesto que la diferencia temporal en el lanzamiento de este tipo de ofertas entre VODAFONE y TESAU no ha sido de tal grado que pueda suponer una ventaja para VODAFONE al haber sido la primera en llegar al mercado, ya que TESAU tiene una capacidad de reacción muy elevada.

Por último considera que la posición de TESAU en el mercado de banda ancha le permite utilizar este tipo de paquetes para mantener o reforzar su posición, más teniendo en cuenta que la competencia se está centrando en los clientes existentes por ralentización de la tasa de crecimiento de mercado.

Adicionalmente la Comisión debería tener en cuenta los siguientes argumentos que demuestran que la competencia en estos paquetes no está generalizada:

- La capacidad de realizar y comunicar empaquetamientos por TESAU a su base instalada de clientes ADSL, que representa el 70,3% de los clientes de ADSL en junio de 2009.



- La progresiva reducción del crecimiento de mercado de banda ancha fija, y mayor competencia en la captación y retención de clientes, con múltiples servicios.
- Los lanzamientos de estos servicios realizados por los operadores alternativos no han reducido la cuota de mercado de banda ancha de TESAU.
- Las posibles diferencias entre la vida media de los clientes de operadores alternativos y de TESAU, que no están reflejadas en la resolución al presentar los datos de TESAU en términos relativos.
- El impacto de las promociones y el empaquetamiento de servicios sobre la cuota de captación neta de clientes de banda ancha de TESAU.
- La falta de control y visibilidad sobre ofertas específicas a clientes en cartera, donde TESAU realiza ofertas agresivas de retención de clientes.

3.- Alegaciones relativas a las hipótesis del cálculo del VAN

3.1.- Alegaciones de FTE

En lo que se refiere a los costes, FTE cree conveniente considerar el estándar del operador razonablemente eficiente en vez del operador igualmente eficiente, *“toda vez que las economías de escala y alcance juegan un papel muy importante en el mercado de las telecomunicaciones, a lo que se añade el incremento de los costes minoristas no recurrentes de comercialización de los operadores alternativos como consecuencia del incremento del churn producido por la política promocional de TESAU”*.

En relación con los ingresos usados en el test, señala la necesidad de *“adecuar la hipótesis de ingresos al vencimiento del compromiso de permanencia a las condiciones de mercado o restringir la duración máxima de las promociones por debajo del compromiso de permanencia; en definitiva, establecer un hito al final del período mínimo de permanencia”*.

3.2.- Alegaciones de VODAFONE

VODAFONE indica que existen costes derivados de ventas que no terminan activándose en el servicio ADSL y que son fruto de problemas técnicos o de falta de información apropiada en los servicios de información OBA, por lo que no son imputables a VODAFONE.

También señala que se debería aumentar el coste por alta establecido debido a que hay un número relevante de casos en que se tiene que desplazar un técnico para realizar la instalación. A este respecto, aporta una tabla donde se muestra el coste incremental de la instalación frente a un servicio autoinstalable.

Por tanto, considera determinante que la Comisión tenga en cuenta los costes derivados de la diferencia entre ventas y activaciones y los costes de instalación en el cálculo del VAN en el marco del test de replicabilidad.

Señala además la necesidad de tomar como referencia el estándar del operador “razonablemente eficiente” en lugar del operador “igualmente eficiente”.

Por lo que se refiere a los ingresos usados en el test, VODAFONE señala que la metodología considera el ingreso nominal más allá del periodo promocional cuando sería más acertado que la Comisión considerara dicho ingreso en un nivel similar al precio medio del mercado o bien en un nivel similar al precio medio de TESAU aplicado al servicio analizado.



4.- Alegaciones relativas al tratamiento de los servicios naked ADSL

Según FTE, el servicio Naked ADSL no incorpora servicios de tráfico telefónico pero sí incluye el servicio minorista de acceso al bucle, y por tanto, se trata de un empaquetamiento entre el servicio minorista de acceso a RTB y el de acceso a Internet de banda ancha.

Para la entidad recurrente, de acuerdo con lo previsto en la metodología sobre aquellos empaquetamientos que incluyen servicios de acceso a RTB, el análisis de replicabilidad económica debería basarse en un test de precio implícito.

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 LRJPAC 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados por FTE y VODAFONE como recursos 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.

Las entidades recurrentes ostentan 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.

Los recursos de reposición han sido interpuestos 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 interpuestos 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, el recurso debe ser resuelto 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 las promociones de TESAU

a) Sobre la ponderación de servicios mayoristas y su impacto en las promociones

Según VODAFONE, el impacto de las promociones combinado con los criterios de ponderación del servicio mayorista equivalente hace que el test de replicabilidad no refleje la realidad del negocio.

Al igual que FTE, pone como ejemplo una promoción de TESAU vigente durante los meses de julio y agosto de 2009: "Duo ADSL6MB+llamadas nacionales:19,90 durante 12 cuotas. Señala que sólo el coste directo del servicio ADSL IP con anterioridad a la reducción de septiembre de 2009 ascendía a 23,25 euros, excluyendo interconexión, costes indirectos y costes asociados al alta.

Para VODAFONE el tratamiento de las promociones es tal, que los operadores alternativos afrontan un coste directo del servicio ADSL un 17% superior al precio minorista durante todo el periodo de vigencia del contrato del cliente (12 meses).

Considera que la política promocional de TESAU ha sido "*especialmente nocivo en el mercado de acceso indirecto*". Alega irreplicabilidad económica de las promociones de TESAU en las zonas de prestación del servicio por los operadores alternativos con servicio mayorista de acceso indirecto, "*ya que la utilización de un servicio mayorista promediado en la obtención del VAN, en la práctica, oculta la citada irreplicabilidad económica*". Asimismo señala que al final del periodo de permanencia no hay garantía de que el cliente mantenga el servicio.

Si bien es cierto que las promociones del incumbente son más elevadas que las de sus rivales, también lo son sus precios de catálogo, lo que provoca que el resultado final sea que los ingresos obtenidos por cada cliente son mayores en el caso de TESAU. Esto ya queda reflejado en la resolución recurrida¹, donde se muestra el precio efectivo abonado por el cliente del servicio 6mbps y para diferentes operadores. En cualquier caso, TESAU, como los otros operadores, es libre de configurar su estrategia minorista siempre que respete las obligaciones que tiene impuestas.

En cuanto a la promoción referida y su irreplicabilidad a partir del ADSL IP, cabe recordar que esta Comisión no usa como costes de red de referencia los de un operador alternativo tan eficiente como TESAU, sino el referente mucho más conservador de los servicios mayoristas que demandaría un competidor tan eficiente como el mercado. Esta Comisión cree que de usarse exclusivamente el ADSL IP como servicio mayorista único de referencia, como solicita

¹ Página 36, ilustración 4.



VODAFONE, se estaría perjudicando injustificadamente al usuario final y el incentivo a la inversión en infraestructuras de los operadores alternativos.

En este sentido, la Resolución AEM 2008/215², señalaba que de no usarse el mix de servicios mayoristas complementarios se *“estaría perjudicando al usuario final limitando la capacidad del operador incumbente para bajar sus precios en beneficio de operadores ineficientes y, por otro, se estaría enviando una señal equivocada al mercado en cuanto a la necesidad de que las bases competitivas de los operadores alternativos se asienten cada vez más (y al propio ritmo marcado por la evolución de los mercados mayoristas) en un modelo de competencia más autónomo y, por tanto, más sostenible a largo plazo.”* Estos criterios, a juicio de esta Comisión, siguen vigentes.

En relación con la garantía de que el cliente permanezca en el servicio, esta Comisión ya tiene en cuenta este factor mediante la evolución de la vida media de los usuarios. Así, las cuotas reducidas (19,90€/mes) son temporales (12 meses) por lo que el operador alternativo que replicase esa misma oferta estaría obteniendo unos 40,90€/mes hasta el final de dicha vida media de los clientes³.

b) Sobre la necesidad de control en la metodología ex ante que evite la práctica de concatenación de promociones

FTES y VODAFONE consideran imprescindible la incorporación de un control o una auditoría que garantice que no se produce en la práctica la concatenación de promociones. Ambos lo argumentan en *“la complejidad del tratamiento ex post de la información necesaria y que una intervención ex post tampoco evitaría el daño en el mercado”*.

En primer lugar, conviene recordar que está Comisión inició con fecha 26 de enero de 2009 el procedimiento AEM 2009/23, que analiza la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia con respecto a la política de promociones de TESAU, y en el que se está analizando si TESAU ha realizado concatenaciones prohibidas.

En cualquier caso la resolución recurrida sí permite expresamente la concatenación de promociones bajo ciertas condiciones, de la misma manera que establece controles para evitar prácticas anticompetitivas derivadas de la mayor flexibilidad que esto aporta a TESAU⁴.

Por lo tanto, esta Comisión considera que se están diseñando los controles ex post suficientes para garantizar que no se realizan concatenaciones anticompetitivas.

c) Sobre la valoración de promociones

VODAFONE se muestra disconforme con la posibilidad de que TESAU realice promociones por un valor máximo del 30% superior al VAN porque afirma que son predatorias.

Como se justifica en la Resolución MTZ 2006/1486⁵, esta Comisión considera que las promociones que superan el VAN sean compensadas durante el mismo semestre con promociones de menor valor, por lo que se asegura la replicabilidad de todas las diferentes modalidades en el periodo de revisión. En efecto, la necesidad de que todas las promociones de TESAU tengan un VAN positivo supone un estándar de prueba demasiado estricto teniendo en cuenta que el análisis por modalidad ya supone una restricción relevante.

² Resolución de 22 de mayo de 2008, por la que se actualizan determinados parámetros de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU

³ Esto es, 24 meses adicionales en el mismo momento que estaba en vigor el precio del ADSL IP que Vodafone compara, o 15 meses para las promociones después de la aprobación de la Resolución recurrida (1 de octubre de 2009).

⁴ Apartado II.3.2.2.2 de la resolución AEM 2009/1106

⁵ Resolución de 26 de julio de 2007, sobre la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU



SEGUNDO.- Sobre la existencia de competencia en determinados paquetes de servicios

a) Paquetes con acceso minorista a la RTB y tráfico telefónico para clientes con un gasto inferior a 20 euros mensuales

VODAFONE señala que el hecho de que exista un grado de sustituibilidad creciente entre las ofertas de fijo y las de los operadores móviles no conduce en absoluto a la conclusión, como afirma esta Comisión, de que la competencia en este tipo de ofertas está generalizada

Asimismo señala que existen una serie de características de los servicios móviles, y concretamente del servicio “Vodafone en tu casa”, que hacen que no se pueda hablar de sustituibilidad completa en este segmento. Las limitaciones a las que se refiere son las siguientes:

- a) No permite servicio de alarmas
- b) No permite servicio de fax
- c) Servicios relacionados como la contratación del pay per view
- d) No permite servicio de teleasistencia

En primer lugar conviene clarificar que los servicios fijos que no soportan los servicios móviles que describe la entidad recurrente tienen escasa demanda en el mercado, más especialmente para los consumidores con el perfil de consumo reducido que contratan los paquetes de acceso y telefonía fijos. Es por ello que esta Comisión considera que no se reducirá la sustituibilidad entre ambos tipos de servicios, tal y como señala la entidad recurrente.

En este sentido conviene traer a colación la resolución de 5 de marzo de 2009, por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales (MTZ 2008/1085), en la que ya se estableció que los clientes que no alcanzaran una facturación de 20 euros mensuales podrían potencialmente sustituir su acceso fijo por móvil.

Adicionalmente VODAFONE afirma que debe tenerse en cuenta la baja implantación del Acceso mayorista a la Línea Telefónica ya que incide negativamente en la falta de competencia en estos paquetes de servicios.

A ello cabe contestar que la baja demanda del Acceso Mayorista a la Línea Telefónica no es significativa, por cuanto, como hemos señalado, la competencia en paquetes de servicios depende en gran medida de los servicios móviles, y no de otras ofertas sobre la red telefónica pública, tal y como pretende VODAFONE.

b) Ofertas empaquetadas que incluyen los servicios de telefonía móvil

VODAFONE señala que *“dada la posición que ocupa TESAU en el mercado de banda ancha fija y de servicios móviles, mi representada considera que, en virtud del principio de prudencia, la CMT no debería relajar las obligaciones impuestas a dicho operador en el momento actual”*.

En primer lugar hay que señalar que el objetivo primordial de la metodología no es restringir la capacidad comercial de TESAU, sino garantizar la replicabilidad de las ofertas minoristas del incumbente, para que pueda existir competencia en el mercado con el objetivo de que los consumidores se beneficien de ella.

Esta Comisión considera que en el análisis de la metodología debe prevalecer el principio de limitar la regulación al mínimo estrictamente necesario para garantizar el objetivo perseguido. De



la descripción aportada en la resolución recurrida sobre la situación competitiva de los paquetes que incluyen servicios móviles, no se extrae que TESAU esté en una posición tal que le permita reforzar su presencia en el mercado y, por ello, limitar innecesariamente la capacidad comercial de TESAU implicaría reducir la competencia en méritos de los operadores limitando las posibilidades de los consumidores de obtener mejores ofertas.

Según FTE el hecho de que TESAU no haya sido el primero en ofrecer paquetes de banda ancha con servicios móviles, no debe servir de justificación para concluir que la competencia en estos paquetes está generalizada, ya que no existían restricciones legales y tampoco las restricciones de la metodología han impedido el lanzamiento de los referidos productos.

Por su parte VODAFONE señala que la diferencia temporal en el lanzamiento de este tipo de ofertas entre VODAFONE y TESAU no ha sido de tal grado que pueda suponer una ventaja para VODAFONE al haber sido la primera en llegar al mercado, ya que TESAU tiene una capacidad de reacción muy elevada.

En contestación a lo anterior, cabe señalar que si TESAU tiene una alta capacidad de reacción, también la tienen los dos operadores recurrentes ya que cuentan con una amplia base de clientes en servicios tanto de banda ancha fija como de servicios móviles. Por otra parte, y al contrario de lo alegado por VODAFONE, no es objeto de la regulación mantener la ventaja del primer operador sino que debe ser éste, compitiendo en méritos, el que asegure su posición de liderazgo ante las estrategias de sus competidores.

Además hay que recordar que, tal y como se manifiesta en la resolución recurrida, existen dudas de la capacidad de TESAU para reforzar su posición mediante la comercialización conjunta de servicios de banda ancha y móviles debido a la relación de independencia existente entre ambos servicios (a diferencia de otros servicios como el acceso fijo y la banda ancha que son considerados más complementarios).

Finalmente, en lo que se refiere a los argumentos adicionales que según VODAFONE demuestran que la competencia en estos paquetes no está generalizada, cabe manifestar que en su mayoría dichos argumentos no se refieren a los paquetes objeto de análisis en sí mismos (como podrían ser su evolución, penetración, número de operadores que los ofrece, etc.), sino que se refieren al mercado de banda ancha en su conjunto. De hecho estos argumentos serían válidos para cualquier paquete que incluyera los servicios de banda ancha. Los servicios de banda ancha se comercializan conjuntamente con el servicio telefónico fijo sin que esto suponga, a pesar de la posición de TESAU en los servicios de banda ancha, una práctica anticompetitiva.

TERCERO.- Sobre la hipótesis del cálculo del VAN

a) Sobre la actualización de los costes de red totales

VODAFONE indica que existen costes derivados de ventas que no terminan activándose en el servicio ADSL y que son fruto de problemas técnicos o de falta de información apropiada en los servicios de información OBA, por lo que no son imputables a VODAFONE.

También señala que se debería aumentar el coste por alta establecido debido ya que hay un número relevante de casos en que se tiene que desplazar un técnico para realizar la instalación

Si bien es cierto que en el pasado reciente se han constatado y sancionado reiterados incumplimientos por parte de TESAU en su obligación de prestar los servicios mayoristas contenidos en la OBA, esta Comisión considera que el test de replicabilidad debe recoger únicamente los costes necesarios para la prestación del servicio minorista concreto por parte de



un operador igualmente eficiente que el operador incumbente. En consecuencia, debe ser en otros procedimientos administrativos, como puede ser el caso de los procedimientos sancionadores, en los que se debe constatar y, en su caso, sancionar este tipo de prácticas denunciadas.

Por lo que se refiere al segundo argumento esgrimido por VODAFONE, esta Comisión considera que la necesidad del desplazamiento de un instalador en determinadas ocasiones para la instalación de la línea en el domicilio puede afectar por igual a TESAU. En cualquier caso, VODAFONE no aporta información suficiente para poder discernir porqué a un operador alternativo le podría afectar de forma más notoria esta situación.

b) Sobre la utilización del test de operador eficiente

En lo que se refiere a los costes, ambas entidades creen conveniente considerar el estándar del operador razonablemente eficiente en vez del operador igualmente eficiente *“toda vez que las economías de escala y alcance juegan un papel muy importante en el mercado de las telecomunicaciones, a lo que se añade el incremento de los costes minoristas no recurrentes de comercialización de los operadores alternativos como consecuencia del incremento del churn producido por la política promocional de TESAU”*.

El apartado III.3 de la resolución recurrida relativo al estándar de eficiencia considerado, expone los motivos por los cuales esta Comisión emplea el test del operador igualmente eficiente desestimando el argumento de las economías de escala. Nos remitimos al citado apartado por cuanto lo consideramos suficientemente motivado y explicativo sin que las recurrentes aporten datos nuevos que lo desvirtúe.

c) Sobre los ingresos usados en el test de replicabilidad

Las entidades recurrentes señalan como carencias en la metodología recurrida que los márgenes promocionales son demasiado altos, permitiendo liderar a TESAU en bajadas de precios, y la falta de control para evitar concatenaciones promocionales.

Por ello, FTE solicita que se establezca *“un hito al final del periodo mínimo de permanencia sobre la rentabilidad del producto de tal manera que no sea inferior a la rentabilidad de los productos ofertados por la competencia en ningún caso”*. Este hito podría ser *“restringir la duración máxima de las promociones por debajo del compromiso de permanencia”*.

Subsidiariamente, ambas entidades solicitan que se emplee en el test un nivel de ingresos que no supere el ingreso medio del mercado o el ingreso medio de TESAU y no el precio nominal durante toda la vida del cliente.

Esta Comisión no puede estar de acuerdo con la afirmación de que los márgenes promocionales de TESAU sean demasiado altos ya que son los mismos que obtendría un operador alternativo ofertando servicios minoristas equivalentes a los del incumbente y contratando para ello los servicios mayoristas disponibles. Así pues, los operadores alternativos tienen la misma capacidad que TESAU para liderar las bajadas de precios.

En cuanto a la petición de establecer que al final de la permanencia se asegure que la rentabilidad de los productos de TESAU no sean inferiores a los de sus rivales, esta Comisión debe garantizar que las modalidades ofertadas por el incumbente sean replicables, no que TESAU gane más o menos que sus competidores. El objetivo es asegurar que los alternativos puedan competir para que finalmente los consumidores disfruten de mejores productos a mejores precios y no el asegurar una rentabilidad mínima a los alternativos. En cualquier caso, debe señalarse que los costes considerados en los cálculos de la metodología incluyen la remuneración del capital.



En cuanto al nivel de ingresos a usar, la realidad del mercado es que TESAU mantiene unas tarifas nominales elevadas y realiza promociones de captación de clientes, reduciendo dichas tarifas durante un plazo de tiempo determinado. Esta Comisión emplea exactamente esta realidad en su test, ya que emplea como ingreso el precio nominal de la modalidad analizada y a partir del margen obtenido, resta el valor promocionado asegurando de esta forma su replicabilidad.

CUARTO.- Sobre la replicabilidad del servicio Naked ADSL

Según FTE, el servicio Naked ADSL no incorpora servicios de tráfico telefónico pero sí incluye el servicio minorista de acceso al bucle, y por tanto, se trata de un empaquetamiento entre el servicio minorista de acceso a RTB y el de acceso a Internet de banda ancha.

Para la entidad recurrente, de acuerdo con lo previsto en la metodología sobre aquellos empaquetamientos que incluyen servicios de acceso a RTB, el análisis de replicabilidad económica debería basarse en un test de precio implícito.

La resolución de 5 de marzo de 2009 estableció que *“el servicio de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija se define como la puesta a disposición de los usuarios finales de los recursos que hacen posible el disfrute del servicio telefónico disponible al público, desde un punto de terminación no móvil”*. Por el contrario, el servicio ADSL naked de TESAU consiste de manera exclusiva en el acceso a internet de banda ancha, sin que el cliente que lo contrate tenga la posibilidad de disfrutar de las características mencionadas que definen el acceso minorista RTB. En consecuencia, resulta incorrecta su consideración como un empaquetamiento de los servicios de acceso a RTB y de banda ancha.

QUINTO.- Desestimación de los motivos de nulidad y anulabilidad alegados

En los escritos de recurso de reposición interpuestos por FTE y VODAFONE encontramos tres motivos de nulidad o anulabilidad invocados para impugnar la resolución AEM 2009/1106, sustentados bajo la argumentación de las alegaciones técnicas rebatidas en los apartados anteriores.

Ambas entidades recurrentes coinciden a la hora de considerar que la resolución recurrida resulta contraria al artículo 3 de la LGtel, ya que no fomenta la competencia efectiva en la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. El motivo de anulabilidad no puede ser acogido por cuanto ya ha sido argumentado por la Comisión en cada una de las contestaciones a las alegaciones de las recurrentes.

Tampoco podemos estimar la pretensión anulatoria de FTE en relación con la alegada falta de motivación de la resolución recurrida.

La motivación de los actos administrativos ha sido definida en innumerables ocasiones por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, como aquella exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo, de tal forma que las partes puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justifican el acto.

El Tribunal Supremo señala que para que un acto sea motivado no se requiere una extensa exposición de razonamientos, por lo que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no puede confundirse con su falta de motivación”* (STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918), sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento*



más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida” (STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819).

De la simple lectura de la Resolución impugnada se desprende que la motivación contenida en la misma es suficiente para que los interesados conozcan las razones por las cuales esta Comisión ha decidido aprobar las modificaciones y actualizaciones de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier caso, la supuesta falta de motivación alegada no les provocaría inseguridad jurídica, indefensión ni constituiría causa de nulidad, puesto que las interesadas siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los correspondientes recursos que proceden de acuerdo con la legislación vigente⁶.

Por último, en contestación a la alegada discrepancia entre el contenido del informe de los servicios en el trámite de audiencia y la resolución definitiva, hemos de señalar que la Audiencia Nacional en su Sentencia de 30 de julio de 2005 (RJCA 2006/26) confirma el carácter no vinculante del informe elaborado por los Servicios de un órgano administrativo, evacuado en el marco del trámite de audiencia, para el órgano decisorio del mismo, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del manifestado 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 que deben tener aquellos actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de fecha 1 de octubre de 2009, sobre la actualización de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (AEM 2009/1106).

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

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000 (RJ 2000/4801)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.