



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 14/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de abril de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U. y France Telecom España, S.A. contra la Resolución de 7 de diciembre de 2010 relativa a la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) de Telefónica de España, S.A.U. (AJ 2011/13).

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Resolución de 7 de diciembre de 2010.

Con fecha 7 de diciembre de 2010 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución por la que se modificó la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica de España, S.A.U. y se aprobó su texto consolidado, unificando las dos ofertas de referencia existentes hasta entonces (alquiler de líneas terminales y de líneas troncales) en una sola que comprende los dos servicios.

El Resuelve de la citada Resolución establece, entre otros, lo siguiente:

“Primero.- Aprobar como texto para la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas mayoristas de Telefónica el resultante de incorporar las modificaciones descritas en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución, y cuyo texto consolidado se incluye anexo.”

La presente Resolución por la que se aprueba la revisión de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas mayoristas de Telefónica así como el texto consolidado de dicha Oferta entrarán en vigor desde el día siguiente a su publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado”.

Un extracto de la Resolución se publicó en el Boletín Oficial del Estado con fecha 13 de diciembre de 2010.



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

Con fecha 10 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión un escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), mediante el cual interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución 7 de diciembre de 2010 citada.

La recurrente fundamenta su impugnación sobre la base de la presunta anulabilidad del acto recurrido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

TESAU centra sus alegaciones de anulabilidad en los siguientes puntos de la Resolución impugnada:

- Revisión de los precios de las líneas troncales submarinas y, en concreto, los del “resto de rutas submarinas” (apartado II.8.2).
- Revisión de los precios de los servicios de líneas alquiladas terminales (apartado II.7).
- Definición del servicio: limitación de distancia de las líneas Ethernet y circuitos de alto coste (apartados II.4.2 y II.4.9).
- Procedimiento de actualización del estado de incidencias (apartado II.6.8).

Tercero.- Recurso potestativo de reposición presentado por France Telecom España, S.A.

Con fecha 13 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de la entidad France Telecom España, S.A. (en adelante, FTE) mediante el que interpuso también recurso de reposición contra la Resolución 7 de diciembre de 2010.

FTE invoca la nulidad de la citada Resolución al amparo de las causas establecidas en el artículo 62 de la LRJPAC, por entender que determinadas medidas adoptadas son desproporcionadas y discriminatorias. En particular, FTE manifiesta su desacuerdo con la forma en la que esta Comisión ha plasmado en la ORLA la posibilidad de prestar el servicio de alquiler de líneas sobre tecnología Ethernet, limitándolo a distancias de más de 35 kilómetros.

Cuarto.- Inicio del procedimiento AJ 2011/13, acumulación de recursos y declaración de confidencialidad.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión, fechados los días 14 y 17 de enero de 2011, se notificó a los interesados el inicio del procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición con número de expediente AJ 2011/13.

Posteriormente, a la vista del recurso presentado por FTE, se notificó mediante sendos escritos de fechas 21 y 24 de enero de 2011, tanto a esta entidad como al resto de interesados, el acuerdo de acumulación del mismo al procedimiento ya iniciado y se dio traslado de este segundo escrito a los efectos de que las partes interesadas pudieran presentar las alegaciones que estimaran convenientes.



Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) y en el artículo 37 de la LRJPAC, con fecha 24 de enero de 2011 se acordó declarar confidenciales y, por tanto, no accesibles ni a los interesados del procedimiento ni a terceros, las partes del escrito de recurso (incluido el CD aportado como Anexo) presentado por TESAU señaladas como tal por la recurrente, por entender que incorporan información que debe quedar en el ámbito del secreto comercial de TESAU.

Quinto.- Alegaciones recibidas de los operadores interesados.

Con fechas 28 de enero, 8, 9, 14 y 15 de febrero de 2011 se recibieron en el Registro de esta Comisión cinco escritos de las entidades Vodafone España, S.A.U., FTE, TESAU, Verizon Spain, S.L. y BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. respectivamente, mediante los cuales presentaron sus alegaciones a los recursos interpuestos.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación de los escritos.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

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

Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados por las recurrentes como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 7 de diciembre de 2010, relativa a la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de TESAU.

Segundo.- 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 de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento MTZ 2009/2042 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.



En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a las dos entidades recurrentes para la interposición de los presentes recursos.

Tercero.- Admisión a trámite.

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

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

En el presente caso, todos los recursos de reposición interpuestos cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se han presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley y se fundamentan en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

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

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

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

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

Primero.- Alegaciones relativas al punto II.8.2 relativo a la revisión de los precios de las rutas submarinas diferentes a Península-Canarias.

En relación con los precios de las rutas submarinas diferentes a la península-canarias, TESAU alega, en primer lugar, indefensión por *“no haberse tenido en consideración las alegaciones presentadas por TELEFÓNICA, limitándose a establecer criterios genéricos y cálculo basado en algunos datos aportados por TELEFÓNICA”*.

Considera, asimismo, que las reducciones de los precios determinadas en la resolución recurrida para las denominadas “rutas submarinas menores” son del todo desproporcionadas y no se encuentran debidamente justificadas. Solicita, por tanto, una revisión de la resolución en la línea de su propuesta realizada en las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia del procedimiento principal, las cuales, según señala, ya incorporaban un importante retail minus sobre los precios minoristas aplicados por ella.

A los efectos de poder apreciar los precios propuestos, la entidad recurrente presenta un cuadro comparativo de los precios aprobados por esta Comisión en la Resolución recurrida con los que TESAU propone, que incluye además el porcentaje de reducción que supone la aplicación de los primeros.

A partir del cuadro citado, la entidad recurrente desarrolla sus alegaciones sobre la base de tres cuestiones: i) propuesta de precios, ii) implicación de los precios en las inversiones y iii) modelo de costes aplicado por esta Comisión.



a) Sobre la alegada indefensión de TESAU y la arbitrariedad de la resolución recurrida.

En su fundamentación revocatoria con respecto a los precios de las rutas submarinas diferentes a la península-canarias, TESAU alega que no se han tenido en cuenta o no se ha dado respuesta a lo largo del procedimiento a todas las alegaciones presentadas por ella *“limitándose a establecer criterios genéricos y cálculo basado en algunos datos aportados por TELEFÓNICA”*. Esta situación, según señala la entidad, le coloca en una clara situación de indefensión.

Esta Comisión considera, contrariamente a la postura mantenida por la recurrente, que a lo largo del procedimiento sí se han tenido en cuenta las alegaciones de los interesados y, por ello, no sólo las formuladas por TESAU sino las de todos los interesados que han participado en el mismo. En este sentido, se ha de señalar que el órgano resolutorio viene obligado a respetar los principios de objetividad e imparcialidad en la acogida de las alegaciones de los interesados, particularmente cuando en el procedimiento se ven afectados una pluralidad de intereses contrapuestos¹.

Por otro lado, y aun en el negado caso de existir un vicio de incongruencia omisiva, no se trataría de un vicio procedimental que se produzca de forma autónoma, sino que para que concurra debe ir acompañado de una real y efectiva indefensión por parte de quien la padece², que en ningún caso se produce cuando el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto y presentar el posterior recurso³, tal como ha hecho TESAU.

Tampoco observamos la existencia de arbitrariedad y falta de proporcionalidad, ni en esta ni en las otras medidas adoptadas en la Resolución objeto de recurso, ya que la presunta infracción de estos principios se diluye con la debida motivación de las decisiones adoptadas, y ésta es, a juicio de esta Comisión, suficientemente extensa y clara tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. Tampoco TESAU ha demostrado lo contrario tal como exige el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de mayo de 2007 (RJ 2007/3313), que señala lo siguiente:

“La resolución se ha adoptado siguiendo el procedimiento adecuado, sin que se aprecie arbitrariedad alguna, ya que se encuentra suficientemente motivada, y la motivación no es errónea ni irracional. En cualquier caso, si la parte recurrente entendía lo contrario, debió acreditarlo con los medios probatorios adecuados, pero esto no se ha realizado. No hay prueba referente a que los precios son injustificados cuando la CMT indica cuales han sido los criterios seguidos para su determinación, criterios que toman como principal referencia los resultados obtenidos de la comparativa internacional, y de la estimación técnica de los elementos de red utilizados para la prestación efectiva del servicio de telefonía móvil”.

Incluso, TESAU en su propio escrito de recurso reconoce el rigor analítico de la resolución, cuando señala que esta Comisión *“hace un detallado análisis en las páginas 80 y siguientes de las circunstancias que justifican los precios que finalmente se aprueban y ello en relación con el punto 5.2 del Anexo 2 donde se contienen las alegaciones de los operadores”*.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6608)

² Sentencia del Tribunal Constitucional número 30/1998, de 11 de febrero de 1998 (RTC 1998/30)

³ Tribunal Constitucional 246/2005, de 10 de octubre de 2005 (RTC 2005/246)



b) Sobre la reducción de precios de las líneas troncales submarinas.

Según TESAU, los precios que propuso en el procedimiento principal incorporaban un retail minus sobre los precios minoristas del entorno del 42% en el caso del E1, el 35% en el caso del E3 y el 31% en el caso del STM-1, por lo que "*dichas reducciones son de por sí muy sensibles y hacen innecesaria la aplicación de mayores descuentos*".

Manifiesta, además, que en relación con el cálculo de los precios a partir de la Oferta minorista OCA-R, si bien esta oferta ha dejado de estar regulada se sigue ofreciendo actualmente en los mismos términos.

En contestación a esta alegación, cabe señalar que esta Comisión, para la aprobación de la modificación de la Oferta de Referencia, constató que los precios medios reales mayoristas que TESAU estaba aplicando en las rutas troncales submarinas eran, en muchos casos, considerablemente inferiores a los que propuso a esta Comisión a lo largo del procedimiento. Por tanto, las reducciones reales de precios aprobadas son muy inferiores a las señaladas por TESAU en sus alegaciones.

Tal y como se observa en el cuadro siguiente, los precios medios que TESAU estaba cobrando en 2008 a los operadores eran considerablemente inferiores a la propuesta de precios que este operador había presentado a esta Comisión.

[CONFIDENCIAL:

:FIN CONFIDENCIAL]

Las reducciones reales se comparan con las señaladas por TESAU en la siguiente tabla:

<i>Ruta</i>	<i>Reducción sobre precios nominales</i>	<i>Reducción sobre precios reales*</i>
Gran Canaria - Lanzarote	-85%	
Mallorca - Menorca	-83%	
Península - Melilla	-66%	

*CONFIDENCIAL el contenido de la columna

No se aprecia, por tanto, desproporción en la medida de reducción de precios aprobada por esta Comisión.

Asimismo, la propuesta de precios de TESAU, basada en un retail minus sobre los precios de la Oferta minorista de TESAU (OCA-R), no puede ser aceptada por esta Comisión por las siguientes razones:

- En primer lugar, la oferta de circuitos minoristas (la denominada OCA-R), sólo recoge los circuitos de hasta 2 Mbit/s. Por tanto, no existen referencias minoristas para calcular los precios de los circuitos mayoristas de 34 y 155 Mbit/s. No sería razonable aplicar un *retail minus* sobre unos precios que no son públicos y que con toda probabilidad tampoco serán los mismos para todos y cada uno de los clientes.



- En segundo lugar, debe señalarse que si bien la OCA-R era una oferta minorista regulada, el mercado minorista de líneas alquiladas dejó de estarlo, por lo que TESAU no está obligada ni a mantener una oferta estándar ni a aplicar los mismos precios a todos los clientes finales.
- Es más, los precios presentes en la OCA-R para los circuitos de 2 Mbit/s están, como se afirma en la Resolución recurrida, totalmente desactualizados. Así, según datos de la contabilidad de costes, los ingresos medios de TESAU por un circuito minorista de 2Mbit/s ascendieron a **[CONFIDENCIAL:]** euros/mes. Sin embargo, los precios OCA-R más reducidos, para un circuito de de 2Mbit/s de 0 Km e incluyendo el efecto del alta, rondan los 700 euros/mes, cifra que supera con creces el ingreso medio real de TESAU, lo que muestra que la OCA-R está desactualizada y que TESAU está facturando unos precios muy inferiores.
- Esta diferencia entre los precios de la OCA-R y los precios medios reales crece considerablemente con la distancia. Por ejemplo, el precio de un circuito de 2 Mbit/s Mallorca – Menorca según los precios de la OCA-R ascendería a unos 2.600 euros/mes, cifra situada a gran distancia de los ingresos medios reales declarados por TESAU para los circuitos de 2 Mbit/s. La diferencia entre los precios señalados se aprecia con claridad en la siguiente gráfica:

[CONFIDENCIAL:

:FIN CONFIDENCIAL]

- c) Sobre las alegaciones relativas a las negativas implicaciones para la inversión de los precios fijados por esta Comisión.

Señala TESAU que los propios operadores inversores han puesto de manifiesto la desproporción de las reducciones efectuadas en estas rutas y el impacto tan negativo que sobre los proyectos de inversión comporta. Y señala que *“tal como indica Cable Submarino de Canarias, S.A. para el caso de las rutas que enlazan las islas de Gran Canaria, Fuerteventura y Lanzarote: la aprobación de los precios propuestos por la Comisión para las rutas submarinas menores que conectan las citadas islas orientales, haría completamente inviable el Proyecto, supondría la pérdida para esta Sociedad de la inversión realizada, y condenaría a estas islas a la inexistencia de redes alternativas a la de Telefónica”*.

En relación con esta alegación, cabe señalar que esta cuestión ya fue debidamente contestada en la resolución recurrida, en la que se indicaba lo siguiente:

“la CMT ha estudiado la viabilidad económica de despliegue de un cable submarino por parte de un operador alternativo en estas rutas, realizando el mismo ejercicio que para la ruta Península-Canarias y el resultado ha sido negativo. Es decir, atendiendo únicamente la demanda potencial originada en estos territorios no es viable desplegar un cable submarino alternativo. Por tanto, para estas rutas no hay ningún umbral B (es decir, no puede determinarse ningún umbral mínimo para los precios de la troncal que permita la viabilidad económica de un cable alternativo, porque ésta no se da en ningún caso)”.



En lo que respecta al caso concreto de Cable Submarino de Canarias, esta Comisión ya indicó que *“CSC no ha presentado un proyecto concreto con un plan de negocio viable de despliegue a corto-medio plazo, por lo que no está nada claro cuando los habitantes de las islas de Lanzarote y Fuerteventura contarían con un cable alternativo que fomentara la entrada de operadores en sus respectivos mercados insulares”*.

Es decir, en sus alegaciones Cable Submarino de Canarias no comunicó su intención de desplegar un cable submarino en el corto o medio plazo, ni tampoco aportó un plan de negocio que mostrase la viabilidad del proyecto.

d) Sobre la alegación relativa al modelo de costes aplicado por la Comisión y los parámetros utilizados para alimentarlo.

TESAU considera que el modelo aplicado por la Comisión (modelo del Regulador francés ARCEP para preciar la ruta París-La Reunión) no es válido para la tipología de las rutas que aquí se plantean.

Según la entidad recurrente, de acuerdo con ARCEP, el valor utilizado para apreciar la ruta París-La Reunión ha sido de 11 años, *“ahora bien, la vida media del conjunto de los cables considerados por CMT es del orden de 9,8 años, que es muy similar al del cable París-La Reunión”*.

Asimismo señala, que idéntico argumento puede aplicarse al WACC en el que esta Comisión *“ha considerado preferible el utilizar el más reciente en lugar de un media de los WACC de los últimos 11 años (11,11%), que reflejaría mejor la evolución de este parámetro dentro de un periodo”*.

Esta cuestión ya fue contestada en la resolución recurrida a la que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias⁴. No obstante cabe añadir que no sería correcto utilizar la vida media de los cables activos, ya que el parámetro del modelo es la vida útil, y la vida media de los cables activos no resulta un buen medidor del mismo. Por el contrario, desde un punto de vista teórico sí sería relevante la media real de los cables submarinos que están inactivos, pero todavía deben pasar bastantes años para que se pueda realizar dicho ejercicio.

Es definitiva, TESAU solicita que se realice el cálculo con la media de los años que llevan en servicio los cables actuales, pero este parámetro no es la vida media útil de los cables submarinos, que es el valor que debe utilizarse en el modelo.

En cuanto a las alegaciones relativas al WACC, a lo ya señalado en la resolución recurrida, debe añadirse que esta Comisión fija los precios de un buen número de servicios de TESAU, muchos de ellos prestados mediante activos con vidas útiles similares e incluso superiores a los cables submarinos. Pues bien, en todos los casos, los costes de estos servicios se calculan de forma anual utilizando el WACC calculado para ese año, no un promedio de los años anteriores. Esta es la forma habitual de calcular los costes que utiliza esta Comisión y el resto reguladores europeos. No existe, por tanto, ninguna razón para tratar los precios de las rutas troncales submarinas de forma diferente.

⁴ página 115, apartado 5.2 del Anexo II



Segundo.- Alegaciones relativas al punto II.7 relativo a los precios de las líneas alquiladas terminales.

Vuelve a invocar la entidad recurrente la existencia de incongruencia omisiva y arbitrariedad en relación con este apartado de la resolución recurrida. Nos remitimos, por tanto, para dar contestación a los motivos de impugnación jurídico-procedimentales, al apartado a) del punto anterior.

a) Sobre las partidas de costes no contempladas por esta Comisión.

La entidad recurrente señala que la resolución no justifica suficientemente porqué no se incluyen determinadas partidas de costes que, a su juicio, podrían darse en la provisión del servicio de conexión. En concreto se refiere a las siguientes partidas:

- Cuotas correspondientes a la ubicación en un *carrier house*.
- Costes de desarrollo de nueva infraestructura cuando no existe acometida.

Pues bien, los motivos para no incluir estas partidas de costes son los siguientes:

- a) TESAU no ha aportado ningún ejemplo concreto relativo a qué sobrecostes le suponen las situaciones que cita. Por ejemplo, esta Comisión desconoce los sobrecostes debidos a que el operador esté ubicado en un *carrier house*, cuando estos centros se caracterizan, justamente, por facilitar la interconexión entre operadores y, por definición, están situados en entornos urbanos.
- b) Al contrario de lo que ocurre con el servicio de enlace, dónde los clientes finales están dispersos por todo el territorio nacional, los Puntos de Presencia de los operadores están en el entorno de las ciudades más importantes del Estado, con los que los costes excepcionales por el desarrollo de infraestructuras serán poco frecuentes.

b) Sobre el precio establecido para los equipamientos de los Servicios de Conexión con líneas tradicionales.

TESAU sostiene que debe poder cobrar al operador el equipamiento completo de inicio *“ya que éste se instalaría con la capacidad indicada por el operador conforme a sus previsiones de ampliación futuras y por tanto debe ser el operador el que debe soportar el riesgo de que esa ampliación se produzca o no conforme a sus previsiones iniciales, cobrando TELEFÓNICA posteriormente el coste únicamente de la agregación de circuitos a esa capacidad”*.

Esta Comisión debe desestimar la petición de TESAU de imputar todo coste del equipamiento al operador solicitante. Así, por ejemplo, si un operador necesitara únicamente un circuito de 2 Mbit/s, su servicio de conexión sería también de 2 Mbit/s, y no es aceptable que TESAU pretenda imputarle los costes de un equipo que permite hasta 63 circuitos de 2Mbit/s. Tampoco es obligación del operador ampliar el servicio de conexión.

TESAU ha diseñado libremente la estructura del servicio de conexión y, si para velocidades reducidas esa estructura no posibilita la prestación del servicio con un equipamiento más reducido, no parece razonable trasladar esas ineficiencias al operador.

Asimismo, para los casos en los que el operador solicite servicios de conexión de pocos servicios de enlace, TESAU siempre tiene la posibilidad de negociar con el operador la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entrega de circuitos punto a punto, en lugar del esquema servicio de conexión más servicio de enlace.

c) Sobre los precios de los subconductos, canalizaciones, cámaras y arquetas (SCCA).

TESAU propuso y, según señala, argumentó con datos concretos, un valor de 175,50 euros/mes. *“Por el contrario, la CMT indica que ha realizado una estimación a partir de datos medios reales, que no se aporta, y obtiene un valor de 113,79 euros/mes”*. TESAU considera que esta Comisión no ha justificado porqué de dicho valor ya que se limita a aplicar una fórmula sin justificar debidamente las diferencias o al menos porqué no acepta la propuesta de precio realizada por TESAU.

A la vista de lo anterior, la entidad recurrente ha realizado un nuevo cálculo, consistente en valorar toda la planta actual en servicio, a precios regulados. El resultado es de 139,3 euros/mes por Km de SCCA. *“La valoración se sitúa en torno al 20% por debajo de la que mi representada había considerado inicialmente, pero está más del 20% por encima de la estimación de CMT, sin que encontremos ninguna causa que pueda justificar esta diferencia”*.

Para el cálculo de los precios propuestos, TESAU ha utilizado los siguientes parámetros calculando, a partir de los mismos, directamente el precio medio mensual por Km:

Número total de solicitudes	N
Importes totales cuotas de alta	Ca
Importes totales cuotas mensuales	Cm
Total metros en servicio	D
Distancia media solicitud	d

Sin embargo, esta Comisión ha calculado los parámetros medios de una solicitud tipo a partir de los datos reales y, utilizando los precios regulados de la oferta MARCo, se ha obtenido el precio de una solicitud tipo.

Los parámetros de la solicitud tipo son los siguientes:

Solicitud tipo	
Metros subconducto	566 m
Número de cámaras	2,76
Número de arquetas	3,6

Utilizando los parámetros anteriores y teniendo en cuenta el efecto de los costes no recurrentes correspondientes al replanteo, se obtiene un resultado de 113,79 €/mes por Km.

Se considera más ajustado a derecho mantener el método utilizado por la Comisión, ya que los parámetros de una solicitud tipo permiten valorar de forma más transparente la razonabilidad de los precios del servicio. Se desestima, por tanto, la petición de TESAU.



Tercero.- Alegaciones relativas al punto II.4.9 relativo a los circuitos de alto coste.

Según TESAU, la Resolución solo considera para alto coste las zonas de cobertura de tipo B, al contrario de lo pretendido por la entidad recurrente que señala que los circuitos de alto coste pueden plantearse tanto en la zona de cobertura A como en zonas de cobertura B. En consecuencia TESAU considera totalmente justificado y probable que puedan darse situaciones de alto coste tanto en zona A como en zona B, sin que ello implique contradicción alguna con el principio de transparencia.

Las alegaciones de TESAU son una reiteración de las ya presentadas en el expediente cuya resolución se recurre, dónde están debidamente contestadas⁵. Sólo cabe añadir que fue la propia TESAU quien comunicó a esta Comisión, en la primera revisión de la ORLA, dónde se definió el servicio Ethernet, las características de las centrales situadas en zona de cobertura A y B, y una de las características de las zonas cubiertas en zona A es que su despliegue de red era tal que hacía altamente improbable un alto coste.

De hecho, si ahora se permitieran los circuitos de alto coste también en zona A, la diferencia entre zona de cobertura A y B dejaría de tener sentido.

Cuarto.- Alegaciones relativas al punto II.6.8 sobre la actualización del estado de las incidencias.

En la Resolución recurrida se señala que *“Telefónica deberá emitir un diagnóstico de la avería en el plazo de dos horas desde la apertura de la misma”*.

Según TESAU, esta obligación no se encontraba recogida en el Proyecto de Medida elaborado por esta Comisión, por lo que resulta una obligación totalmente nueva *“cuya formulación desconocía y frente a la que no ha podido realizar ni oponerse, ni realizar ninguna alegación que modulara o modificara el plazo propuesto”*.

Por otro lado, señala que la obligación es desproporcionada, particularmente si tenemos en cuenta los reducidos plazos establecidos para la resolución de las mismas, y muy gravosa, ya que requerir la realización de desarrollos y suponer una carga adicional de trabajo en la gestión de las averías ya de por sí es muy compleja. En palabras de la recurrente *“Es preciso hacer notar a este respecto que, teniendo en cuenta que los plazos de resolución fijados oscilan entre un mínimo de 6 horas y un máximo de 10. El citado plazo de 2 horas para emitir el diagnóstico supone un porcentaje que va entre un 33,3% y un 20% del tiempo de resolución”*.

Esta Comisión a la vista de las alegaciones de TESAU, considera oportuno matizar que no nos encontramos ante una obligación ex novo en su conjunto. La obligación de TESAU de comunicar el diagnóstico de averías al operador no resulta de nueva incorporación en la ORLA, si tenemos en cuenta que, por ejemplo, en la Oferta de Referencia de 2007 aprobada en el expediente MTZ 2007/219 ya se señalaba que *“dentro del plazo de resolución de cada tipo de avería, Telefónica de España deberá comunicar al Operador un diagnóstico de la avería así como la hora prevista de reparación”*.

Un texto idéntico, por cierto, al previsto en el Proyecto de Medida que fue puesto a disposición de los interesados para que formularan las alegaciones que consideraran oportunas (página 21) y que ahora TESAU entiende no ha sido estrictamente respetado.

⁵ Página 95, apartado 1.5 del Anexo 2



Rechazamos, por tanto, la pretensión anulatoria de TESAU, ya que la base argumental para solicitar la revocación de la resolución es la incorporación ex novo de una medida accesoria, como es el plazo de comunicación de la avería, que en modo alguno desvirtúa la obligación principal de comunicar el diagnóstico de la misma que sí estaba prevista en la ORLA y que es la auténtica esencia de la medida.

Ni siquiera el plazo de dos horas para emitir un diagnóstico por parte de TESAU era ajeno para esta Comisión y los interesados en el procedimiento de modificación de la ORLA, ya que la entidad Verizon Spain, S.L., en su escrito de alegaciones de fecha 8 de febrero de 2010, accesible para todos los interesados incluido TESAU, ya solicitaba la incorporación de este plazo temporal.

Por otro lado, la medida temporal resulta, a juicio de esta Comisión, razonable y proporcionada, si tenemos en cuenta que TESAU ofrece esta facilidad de manera voluntaria en sus ofertas comerciales de circuitos con un plazo que oscila entre 1 y 3 horas en función del tipo de incidencias.

Se desestima la pretensión anulatoria de TESAU, al entender esta Comisión que no hay motivo legal alguno, por cuanto que no se ha introducido una nueva obligación en la resolución del procedimiento que no estuviera prevista en el Proyecto de Medida, y porque además la medida temporal de comunicar el diagnóstico de avería en el plazo de 2 horas resulta razonable y proporcionada. En cualquier caso, la alegada indefensión de TESAU, de existir, habría quedado diluida con la presentación del presente recurso de reposición⁶.

Quinto.- Alegaciones relativas al apartado II.7.3 sobre los puntos de conexión: revisión de precios del servicio de conexión de las líneas alquiladas prestadas con interfaces tradicionales.

El apartado II.7.3 de la Resolución relativo a la revisión de precios del servicio de conexión de las líneas alquiladas prestadas con interfaces tradicionales, antes de entrar en el análisis de los costes, realiza la siguiente aclaración:

“Es el operador, y no Telefónica, quien escoge la central frontera del servicio de conexión. Las únicas limitaciones son que la central frontera sea una de las habilitadas para constituir PdCs y que la distancia en línea recta entre ambas centrales (D1) sea inferior a 30 k”.

Según TESAU la citada aclaración no es tal y advierte que una mala interpretación de la misma constituiría en realidad una modificación de la ORLA que conllevaría importantes implicaciones para la red, por lo que solicita a esta Comisión *“que aclare que la central frontera vendrá determinada por la tipología de red de TELEFÓNICA, al objeto de maximizar la eficiencia de la misma, y que lo que el operador elige es la central de acceso de TELEFÓNICA que da soporte al servicio del servicio de conexión, en función de su despliegue de red”.*

Sobre esta cuestión, debe señalarse que la ORLA ha recogido siempre que la distancia entre el domicilio del cliente y el operador no puede superar los 30 Km. Pues bien, establecer este tipo de límite sólo tiene sentido en un esquema en el que el operador puede escoger la central frontera.

⁶ Tribunal Constitucional 246/2005, de 10 de octubre de 2005 (RTC 2005/246)



El modelo que defiende TESAU implica que la central frontera viene determinada exclusivamente por la ubicación de la central operador. Por tanto, en este esquema no es necesario establecer un límite de distancias, pues es algo que escapa al control del operador.

Asimismo, debe recordarse que en esta revisión se ha establecido un precio por el uso tanto del medio portador (fibra óptica) como por las canalizaciones, arquetas y cámaras de registro que es dependiente de la distancia. Por tanto, los servicios de conexión en los que la central frontera está a mayor distancia de la central del operador se ven, en cualquier caso, adecuadamente remunerados.

Sexto.- Alegaciones relativas al apartado II.4.2 sobre la limitación de distancia de las Líneas Ethernet.

a) Líneas Gigabit Ethernet interinsulares.

Según TESAU, al objeto de evitar posibles problemas de interpretación futuros, sería preciso aclarar en la redacción de la ORLA que, para los circuitos de distancia extendida por encima de 35km, habría que tener en cuenta la singularidad de Canarias y Baleares, donde varias islas pertenecen a una misma provincia. TESAU considera que las distancias máximas, en estos casos, deberían respetar el límite insular y no provincial. En palabras de TESAU *“debería establecerse explícitamente en la ORLA la particularidad de que, en el caso de los circuitos Gigabit Ethernet ofrecidos en las islas, el límite máximo será el de la isla”*.

Por su parte, FTE considera injustificado que esta Comisión no incluya en la ORLA con carácter general la posibilidad de contratar servicios de enlace a cliente Fast Ethernet y Ethernet de más de 35 km, dejando a criterio de TESAU tanto su viabilidad como sus precios.

Por todo ello, considera: *“que la CMT debe instar a TESAU a eliminar cualquier referencia a la limitación de longitud de 35km para dichas líneas, y a establecer, para el caso en que la mismas superen esa distancia, unos precios de alta iguales a los de líneas en zona 3 (de 12 a 35Km) y unas cuotas mensuales que puedan superar como máximo en 485,19 euros las cuotas previstas para el mismo tipo de líneas de zona 3, tal y como ya ha previsto para las líneas GbE en su Resolución esa CMT”*.

Sobre esta cuestión, debe señalarse, tal como afirma TESAU, que esta Comisión no ha introducido la tecnología Ethernet en las rutas troncales submarinas. Por tanto, dado que no existen precios regulados de 1 Gbit/s para las rutas troncales submarinas, no se conoce el precio de un circuito Gigabit Ethernet interislas y, en consecuencia, no están definidas en la ORLA las condiciones de prestación de este tipo de circuitos.

Así pues, existen dos aspectos que han de ser considerados: por un lado, debe garantizarse el derecho establecido en la ORLA para que los operadores puedan solicitar servicios Gigabit Ethernet provinciales de cualquier distancia, con independencia de si son interinsulares o no. En efecto, la ORLA es clara sobre esta cuestión, pues en el punto II.4.2.3 de la Resolución recurrida se indica que:

“[...] con el objeto de garantizar el cumplimiento de la obligación transparencia y no discriminación, Telefónica deberá prestar con carácter general a todos los operadores líneas de más de 35 Km (aunque respetando el límite provincial) en



el caso de las líneas Gigabit Ethernet, tanto solicitadas en el marco de la ORLA como en el marco de la Entrega de Señal de la OBA”.

Por otro lado, debe tenerse presente que los equipos de transmisión habituales de los cables submarinos normalmente utilizan tecnología SDH, pero no Ethernet, y que no existen precios regulados de las líneas troncales submarinas de 1 Gbit/s.

FTE plantea tratar este tipo de solicitudes de la misma forma que esta Comisión resolvió tratar las líneas Mallorca – Ibiza, en las que tampoco existen condiciones reguladas para el tramo submarino al ser una ruta en competencia. En este caso, la ORLA establece que se utilice el precio por Kilómetro establecido con carácter general en la ORLA para las líneas terminales terrestres. Es decir, un circuito Mallorca – Ibiza de 2 Mbit/s de 150 Km tiene el mismo precio que un circuito de esa misma distancia prestado en la Península.

Sin embargo, esta solución no parece razonable en el caso de las líneas Gigabit Ethernet, pues implicaría utilizar directamente el precio de una línea Gigabit de distancia extendida, que es fijo para distancias superiores a 35 Km, y no se tendrían en cuenta en el precio los costes adicionales debidos al tramo troncal submarino.

Por este motivo, esta Comisión considera que una solución más proporcionada al tratamiento de este tipo de líneas es la prestación de un servicio interinsular Gigabit Ethernet sobre tecnología SDH, en concreto sobre STM-4. Esta forma de prestar el servicio hace que este tipo de línea tenga una serie de diferencias respecto una línea Gigabit provincial normal. En concreto:

- La capacidad máxima del circuito vendrá limitada por la utilización de un STM-4 en el tramo submarino.
- TESAU tendrá derecho a repercutir, en la cuota de alta, el coste extra del equipamiento necesario para prestar el servicio de Ethernet sobre SDH. En todo caso, estos costes extras deberán ser debidamente justificados ante el operador, indicando el equipamiento necesario para prestar el circuito.

Sobre esta cuestión, debe señalarse que parece razonable asumir que Telefónica ya dispone y usa para sus propios servicios equipamientos para encapsular Ethernet sobre SDH en aquellas islas en las que TESAU utilice la tecnología Ethernet para conectar sus equipos. En este caso, TESAU deberá imputar únicamente la parte proporcional de los equipos que utilicen los operadores. Por último, debe recordarse que tanto TESAU como el operador tienen la opción de acudir a la CMT si no llegan a un acuerdo sobre este coste adicional.

Teniendo en cuenta estos factores, el precio de una línea Gigabit Ethernet interinsular prestada sobre SDH se calcularía de la siguiente manera (se presenta un ejemplo):

1. Un operador solicita un circuito terminal de 1 Gbit/s a Telefónica de Mahón a Palma de Mallorca con una distancia (según la herramienta web de Telefónica⁷) de 145 Km.
2. La distancia anterior hay que minorarla en los 96 Km indicados en la tabla de precios de las rutas submarina para la ruta Mallorca - Menorca. Se obtiene una distancia de

7

http://www.movistar.es/on/pub/servicios/onTOEntrada/1,,v_segmento+AHOG+v_idioma+es+ambitoAcceso+pub+entrada+circuitos,00.html?servicio=entrada&entrada=circuitos



- 49 Km. Esta distancia implica que hay que aplicar precios Gigabit Ethernet de zona 4. La cuota de alta asciende a 8.121,35 euros, mientras que la cuota mensual de un circuito terminal de esa distancia es de 3.666,05 euros/mes.
3. El tramo troncal submarino se prestará sobre un circuito SDH STM-4, con una capacidad de 622 Mbit/s.
 4. La cuota mensual de un circuito troncal de 622 Mbit/s Mallorca – Menorca es de 7.381 euros/mes.
 5. El precio total del circuito ascendería a:
 - a. Cuota de alta = 8.121,35 euros + costes adicionales debidos a la conversión Ethernet/SDH (debidamente justificados).
 - b. Cuota mensual = 3.666,05 + 7.381 = 11.047,05 euros.

b) Ampliación del límite de distancia para las líneas Ethernet y Fast Ethernet.

En opinión de FTE no existe ningún motivo objetivo que justifique mantener en la ORLA tratamientos diferentes para las líneas sobre dicha tecnología en función de su capacidad. Por ese motivo, del mismo modo que la ORLA contempla la viabilidad con carácter general de las líneas de capacidad GbE y establece un precio regulado para las mismas, debería incluir las mismas condiciones para las líneas Fast Ethernet (FE) y Ethernet.

Esta cuestión ya fue analizada en la Resolución recurrida a la que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias⁸.

A ello, cabe añadir que las líneas Ethernet y Fast Ethernet deben prestarse siempre sobre un Punto de Conexión con TESAÚ, que permite una distancia adicional de 30Km. Además, debe tenerse en cuenta que los 35 Km se miden entre centrales. Por tanto, la distancia máxima efectiva puede llegar a superar los 65 Km entre el cliente final y la central del operador.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades Telefónica de España, S.A.U. y France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 7 de diciembre de 2010 relativa a la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2009/2042).

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.

⁸ Página 9 del apartado II.4.2.2



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.