



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 42/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de diciembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U. y por la Generalitat de Catalunya contra la Resolución de 28 de julio de 2011 relativa al análisis y revisión de los precios de la Oferta de servicios mayoristas del proyecto “Xarxa Oberta” (AJ 2011/1988 y acumulados).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 8 de julio de 2011.

Con fecha 28 de julio de 2011 el Consejo de esta Comisión dictó Resolución, en el expediente número MTZ 2011/302, relativa al análisis y revisión de los precios de la Oferta de servicios mayoristas presentada por la Generalitat de Catalunya en el marco del proyecto “Xarxa Oberta”.

La mencionada Resolución de 28 de julio de 2011 acuerda lo siguiente:

<< Primero.- Autorizar la propuesta de precios de la Generalitat para los siguientes servicios:

- Servicio mayorista Fast Ethernet.*
- Servicio de gran capacidad de 2,5 Gbit/s.*
- Servicio de gran capacidad de 10 Gbit/s.*
- Servicio de alquiler de fibra oscura, tanto urbana como interurbana.*

Segundo.- Autorizar los precios propuestos para el Gigabit Ethernet y las velocidades intermedias entre el 100 Mbit/s y el 1 Gbit/s notificados por la Generalitat en su escrito de fecha 20 de mayo de 2011.

Tercero.- Autorizar los precios de la componente de transporte de todas las velocidades



siempre que se comercialicen de forma conjunta con el servicio de enlace a cliente. En el caso de contratación aislada del servicio de transporte, los precios del mismo no podrán ser inferiores a los a los fijados para el servicio de enlace a cliente.

Cuarto.- La Generalitat deberá solicitar a la CMT autorización para modificar los precios del catálogo de servicios de Xarxa Oberta.>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 1 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 28 de julio de 2011 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con determinados puntos de la citada Resolución por no ajustarse a Derecho y lesionar gravemente sus derechos, sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

1. Muestra su disconformidad con el procedimiento utilizado por esta Comisión para el análisis, valoración y cálculo del precio del servicio mayorista de banda ancha Gigabit Ethernet, que en su opinión sería discrecional y erróneo, sesgando los precios medios a la baja, lo que distorsionaría el mercado y además perjudicaría los intereses de la recurrente.
2. Muestra su disconformidad con la elección de la ciudad de Barcelona como referencia para establecer los precios del servicio Gigabit Ethernet ya que entiende que es una zona altamente competitiva, con precios bajos, y la extensión de esos precios a otras zonas desincentivaría la inversión de otros operadores; además estima que el mercado geográfico relevante debería ser el mismo que el fijado para el análisis de otras ofertas mayoristas, singularmente de las de la recurrente (de ámbito nacional), o si se opta por la segmentación geográfica, debería hacerse de la misma manera con todas las ofertas mayoristas.

Por todo lo anterior TESAU solicita que se estime su recurso y que se revise la Resolución de 28 de julio de 2011 en el sentido de modificar al alza el cálculo de los precios del servicio Gigabit Ethernet y de adaptar el mercado geográfico de referencia al ámbito nacional establecido para fijar los precios de otras ofertas mayoristas.

Asimismo solicita que se declaren confidenciales determinados datos contenidos en su escrito de interposición del recurso, concretamente una tabla de datos insertada en la página 4 del citado escrito con las distancias intercentrales promedio de los circuitos de planta de la ORLA-E, y dos menciones del párrafo primero de la misma página 4 del mismo relativas a las distancias medias intercentrales en Barcelona capital y en el resto de capitales, por tratarse de información de “especial carácter sensible” que a su juicio debería quedar protegida y ser declarada confidencial frente a terceros, y en particular frente a otros operadores del mercado competidores de la recurrente, por afectar a su secreto comercial e industrial.



TERCERO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso y trámite de información a los interesados.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 7 de septiembre de 2011, se informó a la recurrente y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición interpuesto por TESAU, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a los interesados de una copia no confidencial del escrito de interposición del recurso de reposición presentado por TESAU, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

CUARTO.- Declaración de confidencialidad de determinados datos contenidos en el escrito de interposición del recurso de Telefónica de España, S.A.U.

Mediante Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechada el día 7 de septiembre de 2011, se declaró la confidencialidad frente a terceros de los siguientes datos incluidos en el escrito de interposición del recurso de reposición de TESAU:

- La tabla de datos insertada en la página 4 del escrito de interposición de su recurso con las distancias intercentrales promedio de los circuitos de planta de la ORLA-E.
- Las dos menciones del párrafo primero de la misma página 4 del mismo escrito relativas a las distancias medias intercentrales en Barcelona capital y en el resto de capitales.

Dicha declaración de confidencialidad se fundamenta, previa ponderación entre el interés de dicha entidad en que se declare su confidencialidad y el interés posible de terceros a conocer el contenido de dichos datos, en que los datos y documentos señalados como confidenciales por la recurrente tienen carácter sensible, al desvelar algunos aspectos de su estructura de despliegue de red y del estado actual de la misma, es decir, de su estrategia industrial, y cuyo conocimiento por terceros, y en particular por otros operadores competidores de la recurrente, puede afectar a su secreto comercial e industrial.

QUINTO.- Recurso de reposición de la Generalitat de Catalunya.

Con fecha 7 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la Generalitat de Catalunya mediante el cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 28 de julio de 2011 a la que se refiere el antecedente de hecho Primero.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:



1. Discrepa de los precios mayoristas establecidos para determinados servicios por esta Comisión, en especial de los precios más elevados que los de su propuesta inicial comunicada a esta Comisión en su escrito de 20 de mayo de 2011, y de que los mismos además se condicionen además a la contratación del servicio de acceso, ya que entiende que su propuesta inicial estaba alineada con lo establecido en la Decisión CE N-407/2009 de 11 de agosto de 2010 de la Comisión Europea que declaró el proyecto "Xarxa Oberta" compatible con el Derecho Comunitario bajo determinadas condiciones.
2. Expone nuevamente un análisis sobre el servicio mayorista de transporte del proyecto "Xarxa Oberta", sobre el mercado mayorista de líneas alquiladas y sobre los objetivos del del proyecto "Xarxa Oberta".
3. Analiza el impacto de los precios del servicio de transporte establecidos por esta Comisión y estima que desincentivarían la inversión y discriminarían a los operadores que presten servicio fuera del área urbana de Barcelona, además de alterar el plan de negocio del proyecto, todo lo cual contradiría la regulación establecida por la propia Comisión y las directrices europeas sectoriales.

Por todo lo anterior la Generalitat de Catalunya solicita que se mantengan los precios del servicio mayorista de transporte presentados por la recurrente en su escrito de 20 de mayo de 2011, y sin condicionarlos a la contratación del servicio de acceso.

SEXTO.- Notificación del inicio de la tramitación del recurso de la Generalitat de Catalunya y de su acumulación al recurso de Telefónica de España, S.A.U., y trámite de información a los interesados.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 21 de septiembre de 2011, se informó a la recurrente y a los demás interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición interpuesto por la Generalitat de Catalunya, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, y de la acumulación del mismo al procedimiento de tramitación del recurso de reposición de la TESAU antes mencionado en virtud de lo establecido en el artículo 73 de la misma Ley, habida cuenta de la íntima conexión e identidad sustancial del objeto de ambos recursos.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la misma LRJPAC, se dio traslado a los interesados de una copia no confidencial del escrito de interposición del recurso de reposición presentado por la Generalitat de Catalunya, informándoles de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

SÉPTIMO.- Alegaciones de los interesados.

TESAU efectuó alegaciones al recurso de reposición interpuesto por la Generalitat de Catalunya mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 11 de octubre de 2011, en el cual manifiesta lo siguiente:



- Que el recurso de reposición interpuesto por la Generalitat de Catalunya no cumpliría los requisitos legales para ser tramitado ya que sólo realizaría alegaciones de carácter técnico, sin cuestionar la legalidad del acto impugnado ni realizar actividad probatoria alguna.
- Que la actividad de la Generalitat de Catalunya a través del proyecto “Xarxa Oberta” en el mercado de líneas alquiladas se va a desarrollar en zonas en las que existen condiciones de competencia mediante la regulación *ex ante* de esta Comisión, con una Oferta Mayorista de referencia y precios regulados en el ámbito nacional.
- En consecuencia la segmentación geográfica y la reducción de precios propuestas por la Generalitat de Catalunya distorsionarían la regulación y las condiciones del mercado, y establecerían una regulación asimétrica en perjuicio de TESAU, además de ser contraria a la Decisión CE N-407/2009 de 11 de agosto de 2010 de la Comisión Europea y en general a la regulación europea y nacional vigente.

Por todo lo anterior TESAU solicita que se desestime íntegramente el recurso de reposición de la Generalitat de Catalunya.

El resto de interesados en ambos recursos no efectuaron alegaciones.

OCTAVO.- Desistimiento de la Generalitat de Catalunya.

Con fecha 28 de noviembre de 2011 se ha recibido en el Registro General de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un nuevo escrito de la Generalitat de Catalunya mediante el cual, y entre otras cuestiones, se ponía de manifiesto que, al amparo de lo previsto en el artículo 90 de la LRJPAC, la solicitante había decidido desistir de su recurso de reposición y solicitaba el cierre y archivo del procedimiento de tramitación del mismo.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación de los escritos de interposición de los recursos.

El artículo 107.1 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 cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC 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 o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

Las entidades recurrentes, TESAU y la Generalitat de Catalunya, son interesadas directas en el procedimiento administrativo número MTZ 2011/302 en el marco del cual se dictó el



acto impugnado, que es firme en vía administrativa; califican expresamente sus escritos como recursos de reposición e invocando genéricamente varias causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC; y han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos de TESAU y de la Generalitat de Catalunya, presentados los días 1 y 7 de septiembre de 2011 respectivamente, como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011 relativa al análisis y revisión de los precios de la Oferta de servicios mayoristas del proyecto "Xarxa Oberta".

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 potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesados por cuanto que ya lo eran en el procedimiento número MTZ 2011/302 y además ambos se ven directamente afectados por las disposiciones regulatorias adoptadas en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011 que finalizó el mismo: en el caso de la Generalitat de Catalunya, por tener que aplicarla en su integridad; y en el caso de TESAU, por verse directa o indirectamente afectado en cuanto operador del mismo mercado y competidor directo en el mismo segmento de mercado.

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

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Los recursos de reposición interpuestos por TESAU y por la Generalitat de Catalunya cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y vienen fundamentados en varios motivos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley:

- TESAU alude a la existencia de discrecionalidad técnica, arbitrariedad y discriminación en el acto recurrido que vulnerarían la normativa sectorial de telecomunicaciones, en concreto el artículo 9.3 de la Constitución Española y el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Es decir, la recurrente invoca expresamente un incumplimiento de la normativa regulatoria y constitucional vigente,



motivos que pueden ser causa de nulidad y de anulabilidad al estar previstos en los artículos 62.1, letra a), y 63.1 de la LRJPAC.

- La Generalitat de Catalunya alude a que el acto impugnado falsearía la competencia y sería contrario a la Decisión CE N-407/2009 de 11 de agosto de 2010 de la Comisión Europea y en general a la regulación europea y nacional vigente (incluida la regulación *ex ante* aprobada por esta Comisión). Estas alegaciones han de interpretarse en el sentido de que la recurrente invoca de manera genérica un incumplimiento de la normativa regulatoria vigente, motivo que puede ser causa de anulabilidad al estar previsto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite de los recursos de TESAU y de la Generalitat de Catalunya.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición de TESAU y de la Generalitat de Catalunya objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Los citados recursos deberán ser resueltos, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de los mismos que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, 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.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el cálculo de los precios del servicio “Gigabit Ethernet”.

TESAU Muestra su disconformidad general con el procedimiento utilizado por esta Comisión para el análisis, valoración y cálculo del precio del servicio mayorista de banda ancha Gigabit Ethernet, que en su opinión sería discrecional y erróneo porque se sesgarían los precios medios a la baja, lo que distorsionaría el mercado, incumpléndose lo establecido en la normativa sectorial aplicable, y en especial en el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; así como el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Y además afirma que se perjudicarían los intereses de la recurrente.

Por todo ello TESAU solicita modificar al alza el cálculo de los citados precios.

A continuación se procederá a contestar una a una las alegaciones concretas realizadas por TESAU.

III.1.1.- Sobre la utilización de los circuitos de doble acceso en la comparativa de los precios medios de Barcelona.



TESAU no está de acuerdo con la utilización de los circuitos de doble acceso en la comparativa de los precios medios de la ciudad de Barcelona.

A esta alegación, ya realizada en el trámite de audiencia del procedimiento número MTZ 2011/302 finalizado mediante la Resolución recurrida, hay que responder remitiéndose a la contestación efectuada en el apartado "Alegación (3)" del Anexo de contestación a las alegaciones de la citada Resolución de 28 de julio de 2011 (página 22 de la versión confidencial, y página 21 de la versión no confidencial):

Aunque TESAU no preste este tipo de servicios, existen otros operadores con un peso relevante en el mercado de circuitos Ethernet en Barcelona que principalmente prestan circuitos de doble acceso, por lo que para realizar un análisis de precios exhaustivo este tipo de circuitos deben ser tenidos en cuenta. Dado que no es directamente comparable el precio de un circuito de doble acceso con el de un acceso simple, esta Comisión realiza la equivalencia entre ambos tipos de circuitos mediante los cálculos indicados en el apartado III.2.4.2 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución Recurrida (páginas 12 a 14 de las versiones confidencial y no confidencial). Esta equivalencia es necesaria para cumplir el objetivo de estimar el precio medio de los circuitos Ethernet en Barcelona, incluyendo a todos los oferentes de dicho mercado, tanto a TESAU como al resto de operadores que prestan este tipo de circuitos en Barcelona, que también han de ser tenidos en cuenta en la comparativa.

En definitiva, por las razones ya expuestas en la Resolución recurrida y reiteradas en la presente, no cabe calificar de errónea ni de arbitraria la utilización de los circuitos de doble acceso en la comparativa de los precios medios de la ciudad de Barcelona, sino que por el contrario resulta adecuada al caso y está suficientemente motivada.

III.1.2.- Sobre la utilización de la Zona 1 como referencia para las distancias cortas.

TESAU se opone a la utilización de la Zona 1 de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas-ORLA (distancias entre 0 y 2 Kilómetros entre centrales) como referencia para las distancias cortas, ya que las distancias intercentrales de los circuitos en planta de la ORLA Ethernet superan los 2 Kilómetros, y apunta que incluso los circuitos de Barcelona capital tienen una distancia intercentral superior a los 2 Kilómetros. Por tanto, solicita que la referencia para las distancias cortas sea la Zona 2 de la ORLA (distancias entre 2 y 12 Kilómetros).

Esta alegación también fue realizada en el trámite de audiencia del procedimiento número MTZ 2011/302 y sólo cabe remitirse nuevamente a la contestación efectuada en el apartado "Alegación (5)" del Anexo de contestación a las alegaciones (página 23 de la versión confidencial, y página 22 de la versión no confidencial):

La alegación de TESAU únicamente aplicaría para las líneas Fast Ethernet, pues para las líneas Gigabit Ethernet se toman como referencia los precios de Barcelona; además la Decisión CE N-407/2009 de 11 de agosto de 2010 de la Comisión Europea habla de distancias cortas, con independencia de la estructura de red del proyecto "Xarxa Oberta"; y asimismo hay que tener en cuenta una distancia ORLA de 2 Kilómetros puede equivaler a una distancia real entre el cliente final y el operador de unos 4-5 Kilómetros. En



consecuencia, los precios de la ORLA de la Zona 1 de la ORLA, que pueden suponer distancias reales de hasta 5 Kilómetros, se consideran una referencia adecuada para las distancias cortas.

A lo anterior hay que añadir que las distancias intercentrales de los circuitos en planta de TESAU en ningún caso pueden ser una referencia válida para definir lo que es una distancia corta, pues los operadores demandan circuitos de todas las velocidades.

Por lo tanto, no cabe calificar de errónea ni de arbitraria la citada decisión sino que por el contrario resulta adecuada al caso y está suficientemente motivada; en consecuencia esta Comisión se reafirma en su decisión de tomar la Zona 1 de la ORLA como referencia de las distancias cortas.

III.1.3.- Sobre la relación entre los niveles de calidad y los precios de los servicios minoristas del proyecto "Xarxa Oberta".

TESAU señala que no se ha realizado ninguna comparativa de niveles de calidad entre la ORLA y los servicios minoristas del proyecto "Xarxa Oberta", y argumenta que el precio del servicio debe ser mayor si las obligaciones de calidad son elevadas.

A esta alegación hay que responder que esta Comisión coincide con TESAU en que precio y calidad son dos variables del servicio que están relacionadas entre sí, y en este caso los servicios ofrecidos por el proyecto "Xarxa Oberta" son equiparables a los servicios regulados en la ORLA en cuanto a los niveles de calidad, pues en ambos casos se ofrece un transporte transparente de la señal con el ancho de banda garantizado al 100 por 100. Por lo tanto los precios de los circuitos ofrecidos por el proyecto "Xarxa Oberta" y por TESAU son directamente comparables, y en consecuencia la argumentación de la recurrente de que no ha existido ninguna comparativa al respecto carece de fundamento y debe rechazarse.

III.1.4.- Sobre el modelo lineal de precios aprobado para las cuotas mensuales de los circuitos de velocidades intermedias entre los servicios Fast Ethernet y Gigabit Ethernet.

TESAU discrepa del modelo lineal de precios aprobado para las cuotas mensuales de los circuitos de velocidades intermedias entre los servicios Fast Ethernet y Gigabit Ethernet, ya que en su opinión sería práctica habitual en el sector, por criterios de optimización de las infraestructuras, que servicios con una interfaz única y escalabilidad en los caudales presenten una pendiente de precios en función de la capacidad decreciente. Esta es la razón por la que los precios de los servicios de baja velocidad serían, en función de la capacidad contratada, relativamente más altos.

A estas afirmaciones debe responderse que, al contrario de lo que parece desprenderse de su alegación, los precios aprobados por esta Comisión en la Resolución de 28 de julio de 2011 objeto del recurso ya fomentan la contratación de velocidades superiores puesto que los precios de las velocidades más bajas son, en términos relativos, más elevados que los de las velocidades superiores.



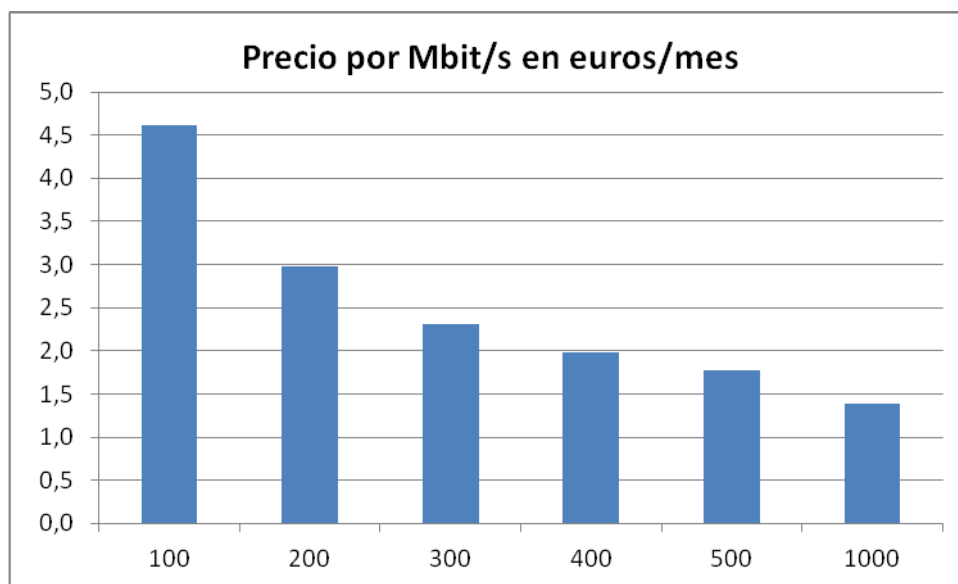
COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como muestra de lo anterior, en la siguiente tabla se recogen los precios del servicio de enlace a cliente de los circuitos alquilados de 100, 1000 Mbit/s y los de velocidades intermedias:

| Velocidad (Mbit/s) | (A) Alta "Entrega del Servicio" | (B) Alta "Enlace a cliente" | (C) Cuota mensual "Enlace a cliente" | Mensualizado enlace a cliente | Precio por Mbit/s |
|--------------------|---------------------------------|-----------------------------|--------------------------------------|-------------------------------|-------------------|
| 100 | 1026 | 547,2 | 407,31 | 461,94 | 4,62 |
| 200 | 2052 | 608 | 503,28 | 595,64 | 2,98 |
| 300 | 2052 | 668,8 | 599,24 | 693,71 | 2,31 |
| 400 | 2052 | 729,6 | 695,21 | 791,79 | 1,98 |
| 500 | 2052 | 790,4 | 791,17 | 889,86 | 1,78 |
| 1000 | 2052 | 1094,4 | 1271 | 1380,25 | 1,38 |

**Precios en Euros*

El precio relativo de cada tipo de servicio (en función de la capacidad disponible) se presenta en la siguiente gráfica comparativa:



Se observa que el precio relativo (por Mbit/s disponible) disminuye de forma relevante con el aumento de la capacidad contratada, cumpliéndose así la práctica comercial habitual señalada por TESAÚ y lo establecido en la normativa sectorial aplicable, y en especial en el artículo 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones invocado por la recurrente. Por tanto, la argumentación de la recurrente de que no ha existido ninguna comparativa al respecto carece de fundamento y debe rechazarse.



III.1.5.- Sobre el efecto en el mercado de los precios del proyecto “Xarxa Oberta”.

TESAU considera que los precios aprobados por la Resolución de 28 de julio de 2011 distorsionan el mercado, ya que considera que son tan reducidos que son imposibles de replicar por parte de los competidores, y en su opinión la decisión de la CMT habría sido arbitraria.

En respuesta a esa alegación cabe señalar que la Decisión CE N-407/2009 de 11 de agosto de 2010 de la Comisión Europea analizó el proyecto “Xarxa Oberta” y lo autorizó teniendo en cuenta que el acceso a los servicios está condicionado en función de las infraestructuras troncales existentes y de la situación competitiva del mercado de banda ancha, y estableciendo los criterios que debían cumplir sus precios mayoristas. En cumplimiento de lo establecido en la citada Decisión, la Resolución de 28 de julio de 2011 de esta Comisión ha fijado los precios mayoristas del proyecto “Xarxa Oberta” de manera motivada, y justificando todos los criterios utilizados sobre la base de los establecidos por la Decisión de la Comisión Europea de constante referencia.

Por lo tanto, no cabe calificar de arbitraria la citada decisión sobre los precios mayoristas del proyecto “Xarxa Oberta” sino que por el contrario está suficientemente motivada y se ajusta a lo establecido por la Decisión CE N-407/2009 de 11 de agosto de 2010 de la Comisión Europea; en consecuencia esta Comisión debe rechazar la alegación de TESAU al respecto.

SEGUNDO.- Sobre la selección de la ciudad de Barcelona como referencia para establecer los precios del servicio “Gigabit Ethernet”.

TESAU muestra su disconformidad con la elección de la ciudad de Barcelona como referencia para establecer los precios del servicio Gigabit Ethernet, ya que entiende que Barcelona es una zona especialmente competitiva en el mercado nacional y que si se utiliza como referencia para fijar los precios de los circuitos a cualquier parte de Cataluña estas zonas dejarán de ser interesantes para los operadores privados; y además estima que el mercado geográfico relevante debería ser el mismo que el fijado para el análisis de otras ofertas mayoristas, singularmente de las de la recurrente (de ámbito nacional), o si se opta por la segmentación geográfica, debería hacerse de la misma manera con todas las ofertas mayoristas. Por lo tanto TESAU solicita adaptar el mercado geográfico de referencia al ámbito nacional establecido para establecer los precios de otras ofertas mayoristas, o como mínimo, para ser coherente con lo establecido en la Decisión CE N-407/2009 de 11 de agosto de 2010 de la Comisión Europea, solicita que se utilicen como referencia los precios medios de las cuatro capitales de provincia catalanas, es decir, de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona.

En respuesta a esta alegación, ya realizada en el trámite de audiencia del procedimiento número MTZ 2011/302 finalizado mediante la Resolución recurrida, hay que responder remitiéndose a la contestación efectuada en el apartado “Alegación (6)” del Anexo de contestación a las alegaciones de la citada Resolución de 28 de julio de 2011 (páginas 23 y 24 de la versión confidencial, y páginas 22 y 23 de la versión no confidencial):

Los criterios para establecer los precios de un operador beneficiario de una ayuda pública no tienen por qué coincidir con los criterios utilizados en la fijación de precios de la ORLA,



dónde se regulan los precios de TESAU por haber sido designado operador con poder significativo de mercado. Además, en el primer caso los precios del operador se circunscriben a un área geográfica concreta (los municipios del proyecto, que se limita al ámbito territorial de Cataluña), mientras que tanto los precios del servicio minorista MetroLAN de TESAU como los regulados en la ORLA son nacionales.

Asimismo hay que poner de manifiesto que la Decisión CE N-407/2009 de 11 de agosto de 2010 de la Comisión Europea establece que pueden tomarse como referencia los precios de zonas más competitivas, pero en ningún momento indica que esa referencia deba ser necesariamente los precios medios de las cuatro capitales de provincia catalanas. Por tanto, la Decisión de la Comisión Europea daba libertad a esta Comisión para determinar la zona más competitiva en Cataluña, y tras analizar los datos del mercado y otras variables objetivas, transparentes y proporcionadas se decidió que la referencia de zona más competitiva en Cataluña debía ser, lógicamente, la ciudad de Barcelona, por lo que se ha cumplido plenamente con lo establecido en la normativa sectorial aplicable, y en especial en los artículos 8.4 y 11.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

No obstante lo cual hay que añadir que en el hipotético caso de haberse realizado el promedio de las cuatro ciudades capitales de provincia de Cataluña, el precio medio resultante no sería muy diferente si el cálculo promediado se realizase ponderando en función del número total de circuitos contratados, pues el número de circuitos Ethernet contratados en Barcelona supondría la mayoría del número total de circuitos a promediar.

TERCERO.- Sobre el desistimiento de la Generalitat de Catalunya.

La LRJPAC prevé en su artículo 87.1 como uno de los modos de terminación del procedimiento la figura del desistimiento de su solicitud por parte del interesado:

"Artículo 87. Terminación. 1.- Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad. (...)."

Los artículos 90 y 91 de la misma norma legal regulan el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento:

"Artículo 90. Ejercicio. 1.- Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos. 2.- Si el escrito de iniciación se hubiese formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado."

"Artículo 91. Medios y efectos. 1.- Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia. 2.- La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. 3.- Si la cuestión suscitada por la incoación del expediente entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración"



podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento."

Del contenido de los preceptos citados se desprende que todo interesado, y en este caso la Generalitat de Catalunya, podrá desistir de su solicitud en cualquier momento (artículo 90.1 de la LRJPAC).

Dicho desistimiento ha de realizarse por cualquier medio que permita su constancia (artículo 91.1 de la LRJPAC), requisito que cumple el escrito de la Generalitat de Catalunya recibido en esta Comisión el día 28 de noviembre de 2011, tal y como se expone en el Antecedente de Hecho Octavo de la presente Resolución.

En consecuencia, tras ejercitar la Generalitat de Catalunya su derecho de desistimiento regulado en los citados artículos 90.1 y 91.1 de la LRJPAC, esta Comisión ha de aceptar de plano dicho desistimiento, declarar concluso el procedimiento únicamente en lo que respecta al recurso formulado por la Generalitat de Catalunya y proceder al cierre y archivo del mismo sin más trámite (artículo 91.2 de la LRJPAC), puesto que no se da un interés general para continuar la tramitación de su recurso de reposición ni se estima conveniente ni necesario sustanciar la cuestión objeto de aquél para su definición y esclarecimiento, a tenor de lo deducido de los datos y documentos que obran en el Expediente de referencia. Por lo tanto se continúa el procedimiento únicamente para la resolución del recurso formulado por TESAU.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2011, dictada en el expediente número MTZ 2011/302, relativa al análisis y revisión de los precios de la Oferta de servicios mayoristas presentada por la Generalitat de Catalunya en el marco del proyecto "Xarxa Oberta", por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Aceptar el desistimiento presentado por la Generalitat de Catalunya en relación con su recurso de reposición y, consecuentemente, declarar concluida su tramitación, procediéndose al cierre y archivo del mismo sin más trámite, por no existir motivo alguno que justifique su continuación.

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 pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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