



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión num. 40/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de diciembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, DE FECHA 26 DE JULIO DE 2007, POR LA QUE SE APRUEBA LA METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS EX ANTE DE LAS OFERTAS COMERCIALES DE LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL (AJ 2007/1038)

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTES) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 26 de julio de 2007, por la que se aprobó la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., Sociedad Unipersonal (en adelante, TESAU), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 40/2007 del día 4 de diciembre de 2007, la siguiente Resolución:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HECHOS

PRIMERO.- Definición y análisis de los mercados de acceso y tráfico telefónico, y de banda ancha al por mayor.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) incorporó al Derecho español un conjunto de Directivas comunitarias en materia de comunicaciones electrónicas, en el que se diseñaba un nuevo régimen de definición y análisis de los mercados de referencia y de declaración de los operadores con poder significativo en el mercado (PSM).

A su vez, mediante el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, se aprobó el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados), que vino a desarrollar el procedimiento para la aplicación de aquel nuevo régimen aplicable, así como las posibles obligaciones a imponer a los operadores declarados con PSM.

Dentro del marco configurado por la normativa comunitaria y española, la Comisión aprobó, entre otros, la definición y análisis de los siguientes mercados:

- a) Mercados 3 a 6 previstos en la Recomendación de la Comisión Europea¹: servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, de servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para clientes residenciales, de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para clientes no residenciales y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para clientes no residenciales (Resolución de fecha 9 de febrero de 2006, recaída en el seno del expediente AEM 2005/1411).
- b) Mercados 1 y 2 previstos en la Recomendación: acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales (Resolución de fecha 23 de marzo de 2006, recaída en el seno del expediente AEM 2005/1442).

¹ Recomendación de la Comisión Europea de fecha 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Recomendación).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como consecuencia de los citados procedimientos, se impusieron a TESAU (operadora declarada con PSM en los mismos), entre otras obligaciones, la prohibición de incurrir en prácticas anticompetitivas, así como la obligación de transparencia, consistente en la comunicación de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de referencia.

- c) Mercado 12 de la Recomendación: acceso mayorista de banda ancha (Resolución de fecha 1 de junio de 2006, recaída en el seno del expediente AEM 2005/1554).

En el citado expediente, se impusieron a TESAU (operadora declarada con PSM en el referido mercado), entre otras, la obligación de proporcionar servicios mayoristas a los competidores de forma que sus ofertas minoristas fueran replicables por todos ellos, así como las obligaciones de transparencia y no discriminación, prohibiendo la realización de prácticas anticompetitivas tales como la predación, el pinzamiento de márgenes o el empaquetamiento abusivo.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento para la determinación de la metodología ex ante de las ofertas de TESAU (Expediente MTZ 2006/1486).

Habida cuenta de las obligaciones impuestas en los mercados 1 a 6 y 12 a los que se refiere el antecedente de hecho anterior, esta Comisión estimó conveniente iniciar el procedimiento para la determinación de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU.

TERCERO.- Apertura del trámite de consulta pública y notificación del Proyecto de Medida.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 30 de marzo de 2007 se acordó, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y 5.1 del Reglamento de Mercados, la apertura de un trámite de información pública para que cualquier persona pudiera examinar el procedimiento y efectuar alegaciones que estimar convenientes en relación con el Proyecto de Medida elaborado por los Servicios de la Comisión. El citado anuncio se publicó en el BOE número 86, de 10 de abril de 2007.

Asimismo, mediante escrito del Presidente de la Comisión de fecha 30 de marzo de 2007, se acordó, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.3 de la Directiva Marco² y 5.3 del Reglamento de Mercados, notificar a la

² Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión Europea y a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, el Proyecto de Medida. La notificación a la Comisión Europea tuvo lugar el día 10 de abril de 2007.

CUARTO.- Alegaciones a la consulta pública y comentarios de la Comisión Europea.

En contestación a la consulta pública, presentaron alegaciones ASTEL, FTES, VODAFONE ESPAÑA, S.A., CABLEEUROPA, S.A.U. y TENARIA, S.A. (en adelante, ONO), ENTER (Centro de Análisis de la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones) y TESAU.

Por otra parte, el día 10 de mayo de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de la Dirección General de la Sociedad de la Información (DG INFSO) de la Comisión Europea, en virtud del cual efectuaba observaciones al Proyecto de Medida notificado.

QUINTO.- Resolución del Consejo de la Comisión aprobando la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU y publicación de la misma (MTZ 2006/1486).

Con fecha 26 de julio de 2007, el Consejo de la Comisión aprobó la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU mediante Resolución en la que se acordó lo siguiente:

***“Primero.** Aprobar la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. especificada en el Fundamento de Derecho Tercero y en Anexo 1 que se adjunta a la presente Resolución.*

***Segundo.** Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U la obligación de comunicar cualquier modificación, nueva tarifa o promoción sobre las mismas de acuerdo con los parámetros incluidos en el Anexo 3.*

***Tercero.** Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U la obligación de responder, cada seis meses, al requerimiento de información adjuntado como Anexo 2.*

***Cuarto.** Comunicar a la Comisión Europea la metodología de análisis ex-ante que esta Comisión utilizará respecto de las ofertas comerciales de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto. *Acordar la publicación del presente acto en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.*

Sexto. *La presente Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”*

El día 3 de octubre de 2007, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10.1 de la LGTel, se publicó la citada Resolución en el BOE.

SEXTO.- Recurso potestativo de reposición presentado por FTES.

Con fecha 12 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por la entidad FTES, en virtud del cual interponía recurso de reposición contra la Resolución de fecha 26 de julio de 2007 mencionada anteriormente.

En dicho escrito FTES muestra su disconformidad con la Resolución impugnada por entender que la misma incurre en nulidad de pleno de derecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LRJPAC, al no haber incluido el comentario efectuado por la Comisión Europea en las observaciones que esa Comisión realizó al Proyecto de Medida que le fue notificado. Ello supone, a entender de la recurrente, una vulneración del ordenamiento jurídico y, concretamente, de las normas de competencia, comunitarias y nacionales.

A su vez, la operadora entiende que en determinados aspectos la Resolución impugnada adolece de falta de motivación, ocasionándole indefensión, por lo que solicita en relación con ellos la anulabilidad de aquélla, de conformidad con lo establecido el artículo 63.2 en relación con el artículo 54, ambos de la LRJPAC.

Concretando lo anterior, los motivos que justificarían, a juicio de la recurrente, tanto la nulidad de pleno derecho como la anulabilidad de la Resolución impugnada, en virtud de los artículos 62.2 y 63.2 de la LRJPAC, respectivamente, son:

1º.- Nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada por infracción del Derecho de la Competencia.

La recurrente alega que se vulnera por medio de la Resolución impugnada el Derecho de defensa de la competencia, tanto a nivel comunitario como nacional, al no haberse incluido en aquélla la observación realizada por la Comisión Europea en su escrito de 10 de mayo de 2007 consistente en la inclusión por este Organismo del siguiente comentario:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“la aplicación del marco regulador y de cualquier obligación impuesta por la CMT a la empresa regulada es sin perjuicio de cualquier procedimiento presente o futuro relativo a la aplicación del artículo 82 del Tratado CE por la Comisión, la autoridad nacional de competencia o un tribunal, y no da lugar a ninguna expectativa legítima en relación con ninguno de los eventuales procedimientos³”.

Según FTES, la falta de reconocimiento de la observación en cuestión vulnera el ordenamiento jurídico por dos razones:

- dispone la no aplicación de la normativa comunitaria y nacional relativa a competencia en preeminencia de la normativa sectorial.
- niega tanto a las autoridades de competencia (nacionales y supranacionales) como a la jurisdicción ordinaria sus competencias de actuación reconocidas por la propia normativa de competencia.

2º.- Anulabilidad de determinados aspectos de la Resolución impugnada por falta de motivación.

Las alegaciones concretas en las que se fundamenta este motivo de impugnación son:

- En la aplicación para el test de imputación del método de flujos de caja descontados para estimar los ingresos por cliente, puede arrojar un “falso margen positivo” contaminado por ingresos que no se hubieran producido en un entorno competitivo.
- Uso de una tasa de descuento de los flujos que equivale al WACC de TESAU.
- Para el análisis de los planes de precios del servicio telefónico fijo, de todos los ingresos del consumo medio mensual de cliente, pueden arrojar “falsos márgenes positivos” al considerar como ingresos los consumos medios del cliente.
- En relación con el empleo de una ponderación determinada para el cálculo del precio medio del servicio mayorista para la prestación del servicio de banda ancha, la Comisión estaría determinando qué nivel de inversiones considera apto por parte de los operadores alternativos, penalizando a aquéllos que no hayan alcanzado el mismo, ya que, para el análisis de eventuales estrechamientos de márgenes se tomará, como coste asumido por dichos operadores, el resultante de la ponderación propuesta por esta Comisión.

³ Último párrafo de la página 6 del escrito de la Comisión Europea en el que efectuaba observaciones al Proyecto de Medida notificado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Tratamiento menos restrictivo en cuanto al análisis de las promociones, bajo la justificación de la necesidad de otorgar mayor flexibilidad a TESAU.
- Solicita la recurrente que se adopte un tiempo de vida económica medio de 24 meses de los clientes de banda ancha para el análisis de las ofertas de banda ancha de acuerdo con la formulación planteada por la Comisión Europea.
- En cuanto al análisis de los clientes de paquetes de doble y triple oferta que incluyan el servicio de televisión, solicita que se aplique el test de precio implícito en los análisis en los que intervengan las modalidades de acceso indirecto al bucle y que se considere un tiempo de vida medio del cliente no superior a 12 meses, en concordancia con la estimación de vida de la Comisión Europea, por el carácter incipiente de este servicio.
- En la estimación del VAN de las ofertas del servicio telefónico fijo solicita, de una parte, que se establezca el tiempo de vida medio para estos clientes de 18 meses, y de otra, que en la estimación de los costes del encaminamiento de las llamadas locales, se tenga en cuenta el tránsito metropolitano en lugar del tránsito local.

SÉPTIMO.- Notificación a los interesados y ampliación de plazo para presentar alegaciones y/o aportar documentos u otros elementos de juicio.

Tras la recepción del recurso de FTES, se dio traslado del mismo a los interesados en el expediente que dio lugar a la Resolución impugnada, indicándoles la posibilidad de presentar alegaciones y/o aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimaran pertinentes en el plazo de 10 días contados desde el siguiente al recibo de dicha notificación.

Con fecha 26 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el registro de la Comisión un escrito de ONO solicitando la ampliación del referido plazo. El acuerdo de ampliación del mismo le fue notificado el día 5 de octubre de 2007, sin que, finalmente, la operadora haya presentado alegaciones.

Los demás interesados en el procedimiento tampoco han presentado alegaciones ni aportado documentos u otros elementos de juicio.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERA.- Calificación del escrito.

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.

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

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso 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 la Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito presentado por FTES como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de la Comisión, de fecha 26 de julio de 2007, por la que se aprobó la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU.

SEGUNDA.- Legitimación de la entidad recurrente.

En la medida en que la Resolución impugnada supone la concreción de algunas de las obligaciones impuestas a TESAU en su calidad de operador declarado con PSM en los mercados 1 a 6 y 12 de la Recomendación, entre las que se encuentra la prohibición de realizar prácticas anticompetitivas y la obligación de garantizar que los servicios mayoristas permiten replicar las ofertas minoristas de TESAU por parte de los operadores alternativos, y en tanto FTES es competidora de TESAU en éstos, ostenta legitimación para interponer el presente recurso.

TERCERA.- Competencia para resolver.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la LRJPAC, corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto por FTES



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contra la Resolución de 26 de julio de 2007, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

CUARTA.- Admisión a trámite.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones que deciden sobre el fondo del asunto, podrá interponerse recurso de reposición por parte de los interesados, con fundamento en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 de la misma ley.

En el presente caso, el recurso presentado por FTES se basa en la nulidad de pleno derecho y anulabilidad de ciertos aspectos de la Resolución de 26 de julio de 2007, por entender que la misma infringe el Derecho de la competencia y adolece de falta de motivación.

Habida cuenta de que el recurso presentado, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1 de la LRJPAC, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley y ha sido presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, resulta procedente su admisión a trámite.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada por infracción del Derecho de la Competencia.

La recurrente sostiene que la Resolución impugnada adolece, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LRJPAC, de nulidad de pleno derecho, al no haber incorporado los comentarios realizados por la Comisión Europea al Proyecto de Medida enviado por la Comisión, otorgando preeminencia a la normativa sectorial de telecomunicaciones sobre la normativa de competencia y negando, a su vez, las competencias de las autoridades correspondientes sobre determinados asuntos si éstos están basados en decisiones fundamentadas en la normativa sectorial.

En su escrito, la recurrente alude expresamente al artículo 62.2 de la LRJPAC debiendo advertirse, a priori, que el mismo no resulta aplicable en el presente supuesto, por cuanto alude a la nulidad de pleno derecho de las “*disposiciones administrativas*” que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, dicho precepto alude a la nulidad de las disposiciones contempladas en los artículos 51 y 52 de la LRJPAC, que se refieren a las normas reglamentarias elaboradas por el Gobierno siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En tanto la Resolución impugnada no tiene la consideración de disposición administrativa, su nulidad habría de estar motivada, no en el artículo 62.2 de la LRJPAC, sino en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho o anulabilidad contempladas en relación con los actos administrativos en los artículos 62.1 y 63 de la LRJPAC.

Tratándose, en el presente caso, de la impugnación de un acto administrativo de carácter resolutorio (y no de una disposición de carácter general), de acuerdo con el principio antiformalista que rige la actuación de la Administración Pública, debe analizarse si la Resolución impugnada podría resultar nula de pleno derecho o anulable, en virtud de lo dispuesto en alguno de los preceptos mencionados.

Por lo que se refiere al motivo objeto de análisis en este apartado, en cuanto alude a la infracción por la Resolución impugnada del Derecho de la competencia, dicho vicio podría ser determinante de anulabilidad, de conformidad con el artículo 63.1 de la LRJPAC, por lo que resulta procedente analizar si se habría incurrido en aquélla en la referida infracción, que como decíamos se concretaría en dos aspectos: en la negación de la aplicabilidad de la normativa de competencia por un lado y en la negación de sus facultades a las autoridades de la competencia.

Estas infracciones vendrían, en ambos casos, del hecho de no haber introducido en aquélla la observación realizada por la Comisión Europea al Proyecto de Medida consistente en el siguiente reconocimiento explícito:

“...la aplicación del marco regulador y de cualquier obligación impuesta por la CMT a la empresa regulada es sin perjuicio de cualquier procedimiento presente o futuro relativo a la aplicación del artículo 82 del Tratado CE por la Comisión, la autoridad nacional de la competencia o un tribunal, y no da lugar a ninguna expectativa legítima en relación con ninguno de los eventuales procedimientos”.

Pues bien, aunque resulta obvio que el mero hecho de no recoger dicha mención en la resolución no supone conculcación de precepto alguno de derecho de la competencia (ni siquiera la habría en el caso de que la resolución negara lo anterior, puesto que esta Comisión no tiene la potestad ni de legitimar ni impedir la actuación de otros organismos) y esta consideración



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relevaría de cualquier ulterior argumento, daremos cumplida contestación a este motivo de recurso, diferenciando las dos infracciones denunciadas.

a) Negación de la aplicabilidad de la normativa de competencia

Dado que parece entender FTES que las observaciones realizadas por la Comisión Europea tienen carácter vinculante para la CMT resulta preciso recordar a la recurrente el régimen establecido en la Directiva marco a este respecto. La Directiva marco otorga a la Comisión Europea capacidad de veto, exclusivamente, para la definición de los mercados y la identificación de operadores con PSM en los mismos, pero no en el establecimiento de las obligaciones a imponer a los operadores así identificados. En lo que se refiere a estas obligaciones las ANR deberán “tener en cuenta en la mayor medida posible las observaciones de otras Autoridades Nacionales de Reglamentación y de la Comisión”.

Quiere ello decir, por tanto, que las observaciones que la Comisión Europea efectúa respecto de las medidas que le son comunicadas no tienen, necesariamente, que ser incorporadas en la decisión final de la ANR concernida.

En tal sentido la Resolución impugnada cumplió con las obligaciones impuestas a las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en adelante, ANRs) por la normativa sectorial comunitaria y nacional, sin que en ésta se prevea la obligación de aquéllas de incluir en sus decisiones un comentario como el efectuado por la Comisión Europea, que, en definitiva, venía a obligar a este Organismo a reconocer expresamente que su intervención podría ser ulteriormente revisada por las autoridades de competencia (se aludía a que las decisiones de la CMT se adoptarían “*sin perjuicio*” de lo que resultara de los procedimientos de aplicación del artículo 82 del Tratado CE, lo que implicaría, si acaso, la indicación de la Comisión Europea de dar prevalencia a las normas de competencia sobre la normativa sectorial) cuestión que, en todo caso, no correspondería dilucidar ni a las ANRs ni a la Comisión Europea, sino, en su caso, a los Tribunales de Justicia en los supuestos concretos en los que no estuvieran claros los límites de la aplicación de una u otra disciplina normativa.

En efecto, procede señalar que la Comisión dio oportuno cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva Marco, concretamente, a lo establecido en los artículos 6 y 7, al remitir, tal y como se ha expuesto, el Proyecto de Medida a la Comisión Europea con el fin de que ésta pudiera realizar observaciones al mismo. Asimismo, ha tenido en cuenta, en la medida de lo posible, las observaciones de la Comisión Europea⁴, entendiendo, en lo que se refiere a la

⁴ El artículo 7.5 de la Directiva Marco establece que las ANRs tendrán en cuenta, en la mayor medida posible, las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

observación sobre el comentario relativo a la posible ulterior revisión por la vía de la aplicación del artículo 82 del Tratado CE de las decisiones que adopte este Organismo en aplicación de la metodología para el análisis de las ofertas de TESAU, que la *“inclusión que sugiere la CE se asentaría en el reconocimiento de una suerte de prevalencia, o de independencia “ciega” de las normas de competencia ex post respecto de las soluciones sectoriales ex ante (para las mismas situaciones y en los mismos mercados), que dejaría a éstas sujetas a revisión de facto por la vía de la aplicación de aquéllas y, por tanto, desprovistas de la eficacia que requieren los mercados regulados, comprometiendo con ello la garantía de los objetivos fijados que, en modo alguno, resulta amparada en lo establecido en el marco comunitario aplicable”*.

Y, en todo caso, en tanto la metodología aprobada suponía la concreción de algunas de las obligaciones impuestas en los mercados 1 a 6 y 12 de la Recomendación de Mercados, como se señaló en la Resolución impugnada, las mismas se impusieron en mercados en los que el Derecho de la competencia se consideraba insuficiente.

Así pues, de acuerdo con el Considerando 27 de la Directiva Marco resulta esencial que las obligaciones reglamentarias ex ante sólo puedan imponerse cuando no exista competencia efectiva, esto es, en los mercados en los que existan una o más empresas con un peso significativo, y *“cuando las soluciones previstas en la legislación sobre competencia nacional y comunitaria no basten para remediar el problema”*.

Asimismo, resulta procedente recordar a la recurrente que la definición y análisis de los mercados por las ANRs y la imposición de obligaciones a los operadores que en los mismos sean declarados con PSM no resulta ajena a la normativa de competencia.

Como señala la propia Comisión Europea en sus Directrices⁵, los mercados que son objeto de regulación se definen de conformidad con los principios de la legislación europea sobre competencia (apartado 1.1.5) y en tales mercados *“las ANR sólo intervendrán para imponer obligaciones a las empresas cuando se considere que en ellos no existe competencia efectiva por hallarse dichas empresas en posición dominante o equivalente en el sentido del artículo 82 del Tratado CE...Por consiguiente, en el nuevo marco regulador, al contrario que en el de 1998, la Comisión y las ANR aplicarán los principios y metodologías de la legislación sobre competencia para definir los mercados que pueden ser*

observaciones de otras ANRs y de la Comisión Europea a los Proyectos de Medida. No se establece, por tanto, la obligación de incorporar automáticamente estas observaciones sino tan sólo de tenerlas en cuenta en tanto sea posible.

⁵ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

regulados ex ante y evaluar si las empresas tienen peso significativo en el mercado (PSM) en dichos mercados”.

En virtud de ello, como se ha dicho, este Organismo, procedió a definir y analizar los mercados 1 a 6 y 12 de la Recomendación de Mercados teniendo en cuenta los principios de la legislación europea sobre competencia, al entender que los mismos no se desarrollaban en competencia y declarando en ellos con PSM a TESAU. Como resultado de tal definición y análisis, y de algunas de las obligaciones impuestas en ellos (prohibición de llevar a cabo prácticas anticompetitivas, obligación de transparencia, obligación de proporcionar servicios mayoristas de banda ancha a todos los operadores garantizando la replicabilidad y prohibición de discriminación), se aprobó posteriormente la metodología para el análisis de las ofertas de TESAU, por lo que dicha metodología debe considerarse también como una medida que pretende evitar que se falsee o restrinja la competencia.

En este sentido, resulta que, según la Directiva Marco (artículo 8) y, por tanto, según la normativa comunitaria sectorial, corresponde a las ANRs fomentar la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas, velando porque no exista falseamiento ni restricción de la competencia y promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.

Pero con independencia de lo anterior, sobre todo, la falta de inclusión del comentario efectuado por la Comisión Europea en la Resolución impugnada se debe al pleno respeto que las diferentes autoridades, de competencia y sectoriales de telecomunicaciones, deben garantizar de la normativa que les corresponde aplicar, debiendo estarse a lo establecido en cada de ellas (competencia y telecomunicaciones) para determinar cuándo resulta procedente la aplicación de una u otra, y correspondiendo, en último término, a los Tribunales determinar los términos en que una u otra resultarían de aplicación en los supuestos en los que una ANR como este Organismo hubiera intervenido previamente imponiendo obligaciones en un mercado concreto y se suscitara dudas en relación con la aplicación posterior del Derecho de la competencia por las autoridades de competencia.

Con carácter general, procede aclarar que el hecho de que, por vía de un acto concreto de quien debe aplicar una norma, se establezca que ésta resulta o no de aplicación en un determinado supuesto, no significa que efectivamente la misma lo sea o no, y podría ser objeto de revisión judicial.

Debe añadirse, además, que la Comisión Europea, al indicar la conveniencia de incluir el comentario citado, debió hacerlo en cumplimiento de una misión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asignada por la normativa sectorial comunitaria de telecomunicaciones (prevista en el artículo 7 de la Directiva Marco), y no en su condición de autoridad de competencia, sin que esta condición pudiera, en cualquier caso, otorgarle la facultad de hacer prevalecer, a través del ejercicio de aquélla misión, el Derecho de la competencia sobre el Derecho sectorial.

No es éste, de ningún modo, el planteamiento contenido en el Ordenamiento Comunitario. El principio rector de las relaciones entre la regulación sectorial y el Derecho de la competencia no es de prevalencia sino de aplicación coordinada.

La propia Comisión Europea señala en las Directrices sobre análisis de mercado y designación de operadores con poder significativo de mercado (2002/C 165/03, de 11 de julio de 2002) que *“para evitar cualquier efecto adverso sobre el funcionamiento del mercado interior, las ANR deben garantizar una aplicación coherente de las disposiciones a que son aplicables estas directrices. Tal coherencia sólo se podrá lograr mediante una coordinación y colaboración estrechas con otras ANR, con las ANC y con la Comisión, tal y como establece la Directiva marco y recomienda la Sección 5.3 de las presentes directrices”.* (Apdo. 23)

Estas Directrices no son sino reiteración de los principios largamente aplicados por la propia Institución, que ya se recogían en la Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/02, de 22 de agosto de 1998) en cuyos apartados 12 y 14 se prevé, para los casos de intervenciones de órganos y autoridades de regulación y/o competencia y la propia Comisión, la necesidad de evitar la duplicación de procedimientos, señalando además que las normas comunitarias de competencia no bastan para resolver la multitud de problemas de todo tipo que se plantean en el sector de las telecomunicaciones, reconociendo a las ANR un ámbito de actuación más amplio en el desempeño de “una función importante y de gran trascendencia en la reglamentación del sector”.

Igualmente ya en su comunicación sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso del año 1998, se indica que ha de plantearse “de qué forma se han de aplicar las normas y procedimientos de competencia a los acuerdos de acceso, tanto en el contexto de la normativa armonizada de la CE como de la legislación nacional en el sector de las telecomunicaciones..... el marco legal establecido por la normativa de liberalización constituye el entorno en el que se ha de enmarcar cualquier iniciativa que adopte la Comisión para la aplicación de las normas de competencia tanto la normativa de liberalización como la de armonización están destinadas a lograr los objetivos de la comunidad, tal y como establece el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

artículo 3 TCE y especialmente el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común”.

El apartado 57 la citada Comunicación señala que los artículos 81 y 82 “no pueden entrar en conflicto con otras normas comunitarias, porque el Derecho comunitario constituye un sistema normativo coherente” añadiendo el apartado 58, después de afirmar que las normas de competencia siguen aplicándose en aquellas circunstancias en las que son aplicables otras disposiciones, que “en el contexto de los acuerdos de acceso, las disposiciones sobre mercado interior y competencia del Derecho comunitario son a la vez importantes y complementarias para el buen funcionamiento del sector” concluyendo explícitamente que “por consiguiente, a la hora de llevar a cabo una evaluación en el marco de las normas de competencia, la Comisión tratará de apoyarse, en la medida de lo posible, en los principios establecidos en la Normativa de armonización..... se debería tener así mismo en cuenta que algunos de los principios de las normas de competencia también están sujetos a normas específicas en el contexto del marco de la ONP”.

Teniendo en cuenta lo anterior, no procede la incorporación del comentario sugerido por la Comisión Europea que yendo más allá del puro recordatorio de la necesaria aplicación coordinada de ambos cuerpos normativos, pretende la advertencia explícita de la posibilidad de que, posteriormente, en base a decisiones de las autoridades de competencia puedan verse afectadas las decisiones adoptadas por la CMT en el ejercicio de sus competencias.

Todo ello reiterando la importancia ya aludida en la Resolución impugnada de la coordinación que debe existir entre las previsiones ex ante de la normativa sectorial y ex post de la normativa de competencia, de forma que la aplicación del artículo 82 del Tratado CE no suponga en ningún caso un instrumento de revisión de la regulación sectorial impuesta por este Organismo.

b) Negación de las funciones de las autoridades de la competencia

Por otro lado, sostiene FTES que la Resolución impugnada niega a las autoridades de competencia (nacionales y supranacionales) y a los jueces y tribunales sus competencias de actuación reconocidas por la normativa de competencia.

Pero malinterpreta también en este caso la operadora lo establecido en la Resolución de 26 de julio de 2007, en tanto que no se cuestionan en ningún momento en ésta las competencias de dichas autoridades, sino que se alude al papel de las ANRs, al considerar que son necesarias, de acuerdo con el marco regulador, para el desarrollo de la competencia en los mercados recientemente liberalizados. En particular, como se ha dicho, en aquellos mercados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

identificados por la propia Comisión Europea como susceptibles de ser regulados *ex ante*, en los que la aplicación de la normativa de competencia no es suficiente para evitar el posible falseamiento de la competencia por el operador tradicional en virtud de la Directiva marco.

También se ha dicho que los mercados a que se refiere la Resolución objeto de recurso han sido ya notificados de acuerdo con el artículo 7 de la Directiva Marco. De esta forma, el conjunto de obligaciones vigentes en los mismos, de los que la Resolución no deja de ser una concreción, se impusieron de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Directiva Marco, sin que la Comisión Europea haya cuestionado su legalidad. Por este motivo, debe entenderse que son coherentes con los objetivos establecidos por el artículo 8 de la citada Directiva Marco.

Por tanto, no es admisible, en aras de la seguridad jurídica necesaria para el correcto desarrollo de cualquier mercado en competencia, una actuación tal como la propuesta por la Comisión Europea que pudiera comprometer la actividad *ex ante* de este Organismo, básica, por las razones anteriores, para el correcto desarrollo de los mercados de las comunicaciones electrónicas y la consecución, en el medio y largo plazo, de una competencia efectiva en estos mercados.

No puede ser acogido, en virtud de lo anteriormente expuesto, el motivo invocado por FTES según el cual la Resolución *“supone una clara vulneración del ordenamiento jurídico, al disponerse en dicha Resolución claramente la no aplicación de la normativa comunitaria y nacional relativa a la competencia en preeminencia de la normativa sectorial, aún cuando la primera también resulte aplicable”*.

Segundo.- Sobre la anulabilidad de determinados aspectos de la Resolución impugnada por falta de motivación de la misma, provocando indefensión a la recurrente.

a) Uso de un test de “flujos de caja” descontados para estimar los ingresos por cliente.

FTES alude a un comentario de la Comisión Europea⁶ con arreglo al cual los test de flujos de caja suponen un riesgo ya que pueden incorporar ingresos futuros derivados de la comercialización de una oferta que sean incompatibles con un entorno competitivo.

⁶ Ver nota al pie de página número 1.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según la recurrente, no hay ninguna garantía de que esto no suceda en el caso del test propuesto por la Comisión y de que dicho test no pueda arrojar un “falso margen positivo” como resultado de la contaminación de los ingresos al incorporar algunos que no se hubieran producido en competencia. Adicionalmente los test de flujos de caja no especifican cómo deben recuperarse los costes en los distintos períodos y, según FTES, la Comisión Europea considera necesario que en cada sub-período se cubran los costes asignados mediante la tecnología contable.

En tal sentido, indica la recurrente que la Resolución impugnada debería haber motivado las razones por las que su propuesta no implicaba tal contaminación de “márgenes”. Al no haberlo hecho, indica que debería anularse el contenido de la Resolución relativo al test de flujos de caja, volviendo a examinarse el mismo para garantizar que las ofertas que supongan un estrechamiento de márgenes, aun temporal, no superen el mismo.

Frente a lo expuesto por FTES, en la Resolución impugnada se daba respuesta al comentario de la Comisión Europea sobre el test propuesto. En particular, en la Resolución se enfatizó la mayor adecuación a los fines perseguidos del método empleado por la Comisión con relación al método “período a período” y se dio respuesta a las alegaciones ahora reiteradas por FTES, afirmándose lo siguiente:

“Con respecto a estos comentarios, la CMT recuerda que la metodología propuesta supone una herramienta complementaria para la concreción de las medidas impuestas a TESAU como operador PSM, en el marco regulador ex ante. Por tanto, la aplicación de un método periodo a periodo no es factible en tanto que, en el momento de producirse el análisis, es decir cuando se produce el lanzamiento de un nuevo producto o servicio, la modificación en sus condiciones tarifarias, o la promoción comercial de los mismos, esta Comisión no contaría con los datos contables necesarios para realizar la revisión propuesta. (...)”

Por otra parte, esta Comisión considera que el método de los Flujos de Caja Descontados es adecuado en tanto que los operadores de telecomunicaciones, para determinar el precio de un servicio, contemplan al cliente como un generador de flujos de caja durante toda una vida económica y no período a período. Ignorar esta circunstancia nos llevaría a que, para detectar comportamientos anticompetitivos, estaríamos utilizando una herramienta que, por un lado, no tiene en cuenta cómo funciona la competencia en el mercado y, por otro, tampoco considera las características propias de un mercado como el de las telecomunicaciones altamente intensivo en capital, donde el criterio de evaluación sobre la rentabilidad esperada de las inversiones en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ningún caso podría basarse en un enfoque de recuperación de periodo a periodo. (...)

También se explicó la razón por la que el método propuesto no supondría un riesgo de falsos positivos, al señalarse:

“Finalmente, la hipótesis planteada por la Comisión Europea respecto de los “falsos positivos” resulta altamente improbable. Por el contrario, esta Comisión considera que la probabilidad de “falsos positivos” es mayor con la consideración de ingresos y costes periodo a periodo dado el enfoque tomado por la CMT de un análisis individualizado de las ofertas. En efecto, la revisión de los servicios minoristas se realizará producto a producto, evitando, por tanto, los subsidios cruzados entre segmentos de mercados diferentes. Se evita de esta forma la posibilidad de que un operador integrado y presente en todos los segmentos del sector de las comunicaciones electrónicas, como es el caso de TESAU, pueda excluir a operadores de nicho. Igualmente tampoco se permite la subvención entre clientes nuevos y existentes, elemento importante en este caso dadas las diferencias en el número de suscriptores de este operador con respecto a sus competidores, pudiendo repartir los costes de captación y comunes entre una base mayor. (...)

La revisión semestral de los parámetros de partida de la metodología (precios minoristas, mayoristas y costes de prestación) reduce sustancialmente los riesgos resaltados por la Comisión dado que permite su modificación en plazos relativamente cortos de tiempo.”

Adicionalmente, debe manifestarse que cualquier test de estrechamiento de márgenes ha de considerar los flujos de caja de un operador tan eficiente como el operador cuya práctica es analizada -tanto si se consideran flujos para un año o tres, mensuales o anuales, tanto si se descuentan los flujos multi-periodo (como sería razonable) como si no-. Realmente, la probabilidad de falsos positivos depende de:

1. La unidad en consideración (es mucho más laxo efectuar un control de márgenes de grupos de servicios- por ejemplo el margen de los servicios minoristas de ADSL de un operador- que un control de márgenes de un servicio en concreto; es mucho más laxo efectuar un control de márgenes para un grupo de consumidores amplio que para un grupo de consumidores pequeño).
2. Qué supuestos se hacen sobre la evolución de los costes e ingresos en el periodo en consideración. En particular, los tests de estrangulamiento de márgenes son especialmente susceptibles de resultar en falsos positivos si se hacen previsiones de la demanda o previsiones de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

márgenes crecientes que podrían precisamente reflejar los efectos anticompetitivos de la práctica.

3. La duración del período de referencia, que tiene un efecto ambiguo sobre la severidad del test dependiendo de cuales sean los supuestos sobre los márgenes y demandas futuras.

Pues bien, la Comisión emplea un test en el que la unidad en consideración es cada una de las ofertas minoristas de TESAU y no grupos de ofertas, por lo que se imposibilitan los subsidios cruzados. En dicho test la unidad de referencia es el consumidor medio y se asumen márgenes constantes e iguales a los presentes, es decir, el test no incorpora futuras economías de escala o eficiencias derivadas de una mayor demanda para la oferta analizada. En el test se emplean costes medios, por lo que los márgenes considerados son menores que los que resultarían de emplear costes incrementales o marginales. Y, por último, el test considera para cada servicio la vida media del consumidor en cuya estimación se ha considerado no solamente la vida media del cliente de TESAU sino también las vidas medias de los clientes de otros operadores, precisamente para no incorporar en el test a través de este dato la posibilidad de una mayor inercia de los consumidores del operador histórico.

Por todas estas razones esta Comisión considera que el test es estricto y la probabilidad de falsos positivos baja.

b) Uso de una tasa de descuento de los flujos que equivale al WACC de TESAU.

Según FTES, la tasa de retorno empleada por la Comisión no basta para que un prestador con suficiente eficiencia obtenga un beneficio normal, tal y como predica el estándar de competidor razonablemente eficiente, explicado en la Comunicación de la Comisión Europea, de fecha 22 de agosto de 1998, sobre la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Según la recurrente, como el acceso a la financiación es más gravoso para operadores alternativos, la tasa de descuento a emplear en el test es un 14%.

La metodología de la Comisión se basa en el estándar de costes del operador eficiente. Esto es así porque se considera que, dado el estado del proceso de liberalización y de la competencia en los distintos mercados minoristas, es necesario que se paralice una oferta únicamente si dicha oferta no es replicable por un operador al menos tan eficiente como TESAU. Otra opción supondría retrasar la traslación de los beneficios de la competencia a los consumidores españoles.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así pues, procede considerar que los costes de capital no deben diferenciarse del resto de los costes, en tanto el estándar de imputación sea el de costes eficientes. Adicionalmente, varios de los rivales en el mercado español son filiales de empresas multinacionales cuya financiación no puede distar en métodos y costes finales de lo que la Comisión aprueba en sus Resoluciones de tasa de capital.

c) Consideración, en el análisis de los planes de precios del servicio telefónico fijo, de todos los ingresos del consumo medio mensual de cliente.

FTES discrepa de la consideración de todos los ingresos del consumo medio mensual del cliente en el análisis de los planes de precios del servicio telefónico fijo, porque los ingresos “adicionales” al plan analizado no serían percibidos por el operador que compitiera con TESAU en el plan de precios en cuestión, ya que incluirían ingresos de servicios suplementarios al acceso solamente disfrutados por TESAU.

Además, según FTES, la consideración de los ingresos por el tráfico no incluido en el plan supone analizar el producto como si fuera un servicio empaquetado y, por tanto, debería aplicarse la metodología descrita en la sección de empaquetamientos. Así, la emulabilidad conjunta de los servicios de tráfico no sería suficiente si se apalancara en márgenes de servicios donde la competencia es menor, tal y como sucede, por ejemplo, en los servicios de acceso a numeración de red inteligente.

Por último, dice FTES que el cliente de un plan considera este plan en sí mismo y no como parte de la contratación de un conjunto, por lo que debe evaluarse por la Comisión la replicabilidad individual del plan.

En relación con estas alegaciones, debe afirmarse que la Resolución impugnada indica claramente que los ingresos incorporados en los vanes de los servicios telefónicos por la Comisión son únicamente los derivados de los tráficos telefónicos.

En su respuesta a la pregunta número 11 de la consulta pública efectuada en el procedimiento que dio lugar a la Resolución impugnada, FTES manifestaba que entendía perfectamente que en su cálculo la Comisión no incorporara ingresos de otros servicios. La pregunta número 11 era: “¿Está usted de acuerdo con la consideración de los ingresos por el tráfico no incluido en el plan de precios objeto del análisis?”. FTES manifestó:

“La consideración de los ingresos por el tráfico no incluido en el plan de precios supone, a la postre, analizar el producto como un servicio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

empaquetado. En este sentido sería de aplicación lo señalado en el apartado de empaquetamientos. De esta manera, la superación del análisis de replicabilidad económica conjunta que supone la incorporación de los ingresos/costes derivados de tráficos no incluidos en el plan de precios objeto de análisis no es condición suficiente para permitir el plan de precios si se apalanca en márgenes de servicios donde el nivel de competencia es menor como pueden ser los servicios de acceso a numeración de red inteligente, que siguen sin ser siendo prestados mediante preselección”.

De este modo, a pesar de lo que ahora alega la recurrente, en su día la operadora entendió que el cálculo no incluía la prestación de servicios suplementarios como el acceso. Tampoco incluye los ingresos derivados de los servicios de acceso a numeración de red inteligente, precisamente porque no pueden ser prestados utilizando servicios de preselección global, razón por la que el Anexo 6 no detalla los costes de estos servicios. Por si hubiera alguna duda más, los únicos ingresos que se incorporan en el cálculo son los de los tráficos de llamadas metropolitanas, provinciales, interprovinciales, internacionales y a móviles.

Como se puede comprobar, el punto 2.2. (ii) del recurso interpuesto por FTES, que insiste en que se debería utilizar la metodología de empaquetamientos para analizar los tráficos telefónicos, es una repetición de la respuesta de la operadora a la pregunta número 11 de la consulta pública.

De ahí que la Resolución impugnada ya respondiera a este punto ampliamente, enfatizando que no existían riesgos a la competencia resultantes de la decisión de considerar conjuntamente los ingresos de los distintos tráficos porque:

“el análisis de los datos de tráfico residenciales del mercado muestra que la mayoría de operadores ofertan todo tipo de tráficos, incluyendo tráfico internacional, y que no existe una especialización de éstos en uno u otro ámbito. (...)

Por último, dados el servicio de preselección global, la OIR y la posibilidad de contratar servicios mayoristas de terminación internacional de la misma TESAU u otros carriers, la posibilidad hipotética de que un operador con una fuerte especialización en un ámbito no pueda hacer frente a la oferta conjunta de TESAU ofertando también otros tipos de tráfico es a día de hoy irrazonable. Esto se manifiesta en que la gran mayoría de los operadores oferta todo tipo de tráficos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consideración de todo esto, la CMT considera que el razonamiento de FTES no es adecuado.”

Finalmente, la afirmación de que el consumidor considera el plan en sí mismo y no como parte de la contratación de un conjunto es difícil de concebir, dado que los consumidores probablemente consideran todo tipo de ofertas al decidir sus consumos.

d) Empleo de una ponderación determinada en el cálculo del precio medio del servicio mayorista para la prestación del servicio de banda ancha.

Afirma FTES que el uso de una ponderación de los costes de los tres servicios mayoristas que permiten una oferta minorista de banda ancha implica una determinación exacta por parte del regulador de los niveles de inversiones que considera aptos por parte de los competidores de TESAU dado que el test penaliza a operadores cuya estructura mayorista no sean acorde con el “mix” de referencia de esta Comisión.

FTES añade que en España no se ha asegurado un mínimo retorno a los operadores entrantes que les permitiera el proceso de subida en la escalera de inversión y que una obligación establecida sobre el ritmo de “subida” de la escalera de inversión pone en mayor riesgo esta garantía de retorno mínimo.

Por último, FTES alega que esta ponderación es extemporánea, no coherente con la decisión de la Comisión Europea en el asunto Wanadoo España contra TESAU (COMP/C-1/38.784) y con la regulación de orientación a costes que resulta de aplicación en el mercado mayorista de acceso de banda ancha.

Frente a alegaciones de la recurrente en relación con la utilización de un precio mayorista de referencia para los servicios de banda ancha compuesto por la combinación de los tres servicios mayoristas regulados, no puede más que ponerse de manifiesto que esa es la estructura de costes que afronta TESAU en los mercados minoristas. Efectivamente, las obligaciones mayoristas impuestas en virtud del mercado 12 establecen que existirá una modalidad técnica de acceso indirecto suficiente para replicar todas las ofertas minoristas de banda ancha en los niveles regional y nacional.

Por lo que se refiere a las condiciones económicas, se estableció que se debían orientar en función de los costes de forma coherente con los incentivos a la competencia en redes, reconociendo, a su vez, el progresivo acceso de los operadores alternativos a servicios en peldaños superiores en la escalera de la inversión con menores costes. Por tanto, FTES confunde la imposición de unos compromisos inversores con los objetivos impuestos a la Comisión del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mercado de las Telecomunicaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva Marco.

En cuanto al argumento de FTES relativo a la particularidad de esta situación en España, donde parece no garantizarse *“un retorno a las inversiones suficiente como sí ocurre en otros países de nuestro entorno”*, lo que explica la cuota de mercado de TESAU (en torno al 71% en los servicios de banda ancha), no puede darse acogida al mismo.

Parece obviar la recurrente la existencia de operadores que prestan sus servicios a partir de infraestructuras alternativas (operadores de cable) que colocan a TESAU en una cuota de mercado en torno al 55%. Por otra parte, la existencia de dos servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle regulados no es, ni mucho menos, la norma general en los países europeos. De acuerdo con el ERG (en particular, con el informe *“Broadband market competition report”*, de 25 de mayo de 2005), solo tres países cuentan con una oferta mayorista tan completa, de acuerdo con la tabla siguiente:

Country	Resale	BSA	Shared access	Full un-bundl.	Cable ¹⁶	New entrant DSL market share	New entrant BB market share	BB penetr.
France	1999 ¹⁷	ATM 03 IP 4Q/03	2002	2001	-	53%	57%	10.9%
Italy	-	1Q/00	1Q/01 ¹⁸	1Q/00	-	23%	27%	8.2%
Spain	2Q/99	2Q/99	1Q/01	1Q/01	X	29%	47%	8.4%
Portugal	-	4Q/00	4Q/01	1Q/01	X	10%	19%	8.5%
Switzerl.	2001	-	-	-	X	39%	61%	18.5%
Austria	-	1Q/00	4Q/04	2Q/99	X	33%	64%	10.1%
UK	2Q/00	2Q/02	4Q/00	2Q/00	X	64%	75%	10.5
Germa.	2Q/04	-	2Q/01	1998	-	17%	20%	8.4%
NL	-	-	4Q/01	3Q/00	X	25%	54%	18.9%
Norway	-	1Q/01	2Q/00	2Q/00	-	42%	48%	14.7%
Sweden	2Q/00	n/a ¹⁹	Q2/01	Q2/00	X	40%	60%	14.8%
Ireland	-	2Q/02	1H/02	1H/02	-	23%	33%	3.4%
Malta	2000	-	1Q/05	1Q/05	X	56%	74%	9.5%

Por tanto, muy al contrario de lo que alega FTES, la escalera completa de servicios regulados y orientados a costes existente en España otorga a los competidores basados en los servicios mayoristas xDSL una situación ventajosa para competir en los mercados minoristas con respecto a otros Estados Miembros en los que el único servicio mayorista existente es el bucle desagregado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

e) Tratamiento menos restrictivo de las promociones de TESAU.

Según FTES, la Resolución propone un tratamiento más benévolo de las promociones de TESAU, para las que propone, bajo ciertos supuestos de duración acotada, un control ex ante más laxo acompañado de un control a posteriori. Cuestiona la operadora cómo podría garantizarse a base de un análisis ex post que una concatenación de promociones no va a comportarse como un plan de precios permanente, insinuando que el control ex post propuesto en la Resolución tendría lugar una vez que el daño a la competencia ya se hubiera producido.

Además, argumenta la operadora que la motivación de otorgar mayor flexibilidad a la oferta de TESAU es insuficiente e injustificada. Según *“el objetivo de la metodología estudiada debe ser asegurar que las ofertas comerciales de TESAU no supongan obstáculos a la competencia, no garantizar la adecuada flexibilidad a tal empresa para configurar determinadas ofertas”*.

Según FTES, la promediación de un VAN negativo durante todo un año permitiría a TESAU reforzar su campaña de Navidad, no solo para captar clientes sino también para fidelizar clientes que al término del plazo mínimo de contratación hubieran pensado migrar a otro operador. Esto asfixiaría, según la recurrente, a los operadores alternativos que concentran en esos períodos la práctica totalidad de la captación anual, a diferencia de TESAU con una presencia más continua durante todo el año. Por esta razón, FTES solicita que el coste máximo de promoción se limite a un 1,1 veces el VAN.

En la Resolución impugnada la Comisión opta por analizar ex ante una a una las promociones de los servicios de TESAU para garantizar que no sean excesivas (tanto en sus importes, como en su duración) y efectuar una comprobación semestral ex post, para garantizar que las distintas promociones de un servicio tengan un margen medio semestral que permita cubrir los costes medios semestrales (ponderación por el número de altas).

Debe aclararse que en el caso de que la promoción de un servicio suponga un importe superior al 30% del VAN aprobado para dicho servicio, TESAU debería compensar dicho exceso en un semestre y no en un año, como por el contrario FTES parece sugerir. Es decir, el importe promedio de todas las promociones del servicio en un semestre ponderado por el número de altas de cada promoción no debería superar el VAN del servicio.

Adicionalmente, la Resolución establece que se justifica la paralización cautelar ex ante de promociones bajo los siguientes supuestos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. La inexistencia de promociones similares en el mercado.
2. La duración superior a 3 meses, es decir, si existen promociones individuales que resulten en un VAN negativo y que duren mas de 3 meses (individual o concatenadamente), la Comisión considerará que pelagra el cumplimiento de la condición ex post de VAN promedio positivo, y en consecuencia paralizará la promoción.
3. Un importe máximo de la promoción que esté limitado por un valor de 30% superior al VAN del servicio.
4. Afecta al servicio de acceso. En particular, la Resolución establece que *“las promociones que afecten a dicho mercado deben ser consideradas individualmente, debiendo ser su VAN positivo”*. Es decir, no se aceptarán promociones del servicio de acceso cuyo importe exceda al valor del VAN.

Así, como máximo en un año podrían darse dos promociones cuyo importe superara al VAN de un servicio -siempre no concatenadas- con la condición de que el margen medio semestral de dicho servicio superara el test ex post.

Si en algún caso una promoción fuera tal que no se superara el pertinente test ex post semestral, la Resolución incorpora una serie de penalizaciones y restricciones de la actuación futura de TESAU que impedirían que tal situación conllevara un cierre de mercado para los rivales. Dichas penalizaciones y restricciones son:

1. Se aprobaría una Resolución posterior en la que se modificaría el VAN del servicio, de modo que se sustrajera del VAN el importe negativo del semestre anterior (por ejemplo, si la promoción supusiera un coste del 10% superior al VAN del periodo, se rebajaría en el siguiente semestre el VAN del servicio en un 10%), y
2. A partir de ahí, todas las promociones del servicio informadas por TESAU a la Comisión deberán tener un importe menor al VAN con penalización (“disminuido”) referenciado en la sección anterior.
3. Si estuvieran en curso promociones del servicio de TESAU cuyo importe superara el VAN con penalización, la Comisión las paralizaría cautelarmente.

Con todas estas condiciones no puede existir un efecto como el que describe FTES, inclusive aún cuando TESAU pueda comercializar promociones navideñas con un importe mayor a 1,3 veces el VAN del servicio.

En el caso de que una de dichas promociones navideñas provocara un efecto como el que FTES describe, dicho servicio no superaría el test ex post semestral a principios de junio. Esto implicaría una penalización en el VAN de servicio a partir de junio e impediría a TESAU efectuar promociones de coste



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayor a dicho importe hasta el siguiente mes de noviembre. Así, TESAU se vería imposibilitada de promocionar su servicio por encima del valor del VAN con penalización en la también importante campaña vacacional y preescolar.

Por todas estas razones, debe considerarse que el test ex post conlleva una fuerte penalización, suficiente para detener cualquier intento de llevar a cabo un comportamiento anticompetitivo por parte de TESAU.

Tal y como se indicó en la Resolución impugnada, en el sector de las comunicaciones electrónicas las promociones son un mecanismo común de comercialización de los servicios minoristas. Adicionalmente, las promociones pueden constituir una explicación racional alternativa a la de una conducta anticompetitiva, especialmente cuando son promociones “defensivas” que se originan como respuesta a la competencia y sí crean condiciones favorables a la demanda de nuevos servicios o al impulso de servicios ya existentes.

El efecto necesario para que una práctica de disminución de precios sea considerada anticompetitiva es que conlleve un cierre de mercado para la competencia que perjudique al consumidor. Dada la temporalidad de las promociones es poco probable que esto ocurra, más aún cuando es la misma competencia la que está usando este tipo de mecanismos.

Consecuentemente, no debe ni puede imponerse a TESAU una prohibición de promocionar sus servicios, puesto que le imposibilitaría competir en igualdad de condiciones. Esta premisa es implícitamente aceptada por FTES, que propone en su escrito la posibilidad de dejar a TESAU compensar promociones con un coste 1,1 veces el VAN mediante el resto de captaciones del mismo servicio en un año.

f) Estimación de la vida económica de los clientes de banda ancha.

FTES solicita que se considere una vida media de los clientes de banda ancha de 24 meses en lugar de 36.

Aunque con motivo de la consulta pública anteriormente mencionada, FTES aceptó la estimación de 36 meses, ahora revisa el valor, manifestando que emplea la metodología de la Comisión Europea en el Asunto COMP/38.874 – Wanadoo España contra TESAU. FTES manifiesta que el empleo de esta metodología sería deseable para garantizar la coherencia entre Administraciones Públicas.

A tal efecto, debe señalarse que para la valoración de la vida económica de los clientes de banda ancha, este Organismo investigó la vida media de los clientes de varios operadores y no solamente de los de TESAU, obteniendo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vidas medias que variaban según el operador y el método. Tras este ejercicio, se llegó a la conclusión de que era razonable utilizar una estimación de la vida económica de los clientes de banda ancha de 3 años.

Este valor coincide con el valor considerado por la Comisión Europea en el Asunto mencionado, por lo que no parece que el valor propuesto sea incoherente con la decisión de la Comisión Europea. En particular, en el párrafo 489 de la Decisión de la Comisión Europea se dice:

“Habida cuenta de lo anterior, la Comisión considera que el periodo apropiado para amortizar los costes de captación de abonados de TESAU a los efectos de la presente Decisión es de tres años. Tres años es el periodo máximo utilizado por las autoridades nacionales de competencia y las autoridades nacionales de reglamentación, incluida esta Comisión (que utiliza dos años). Por tanto, este periodo es más apropiado que el utilizado por la Comisión en Wanadoo. (...)”

Es decir, en el párrafo citado la Comisión Europea indica que escoge el período utilizando referencias externas y no conforme a una u otra fórmula, sin manifestarse sobre la bondad de las distintas metodologías, por lo que es incorrecto manifestar que existe una metodología que emplea la Comisión que resulta mejor que la empleada por este Organismo, sobre todo cuando la Comisión Europea admite que las autoridades de competencia y las autoridades nacionales de reglamentación utilicen el período de tres años.

No obstante lo anterior, deben realizarse algunas observaciones sobre la propuesta metodológica de FTES.

No parece evidente que deba utilizarse una fórmula que corrija el cálculo de la vida media del consumidor de TESAU a la baja por la presencia de cláusulas de permanencia, cuando las ofertas de TESAU no suelen incluir este tipo de cláusulas⁷. Es decir, serían más adecuadas aquellas metodologías que no incorporan tal corrección.

Adicionalmente, se desconocen los datos que ha podido emplear FTES para llegar a la conclusión de que el *churn* mensual de los clientes de banda ancha es un 8%. Para efectuar tal cálculo se necesitan datos de bajas y planta inicial de cada mes y estos datos ni siquiera están a disposición de este Organismo, que solamente tiene datos de bajas anuales de los distintos operadores. Si FTES tiene a su disposición este tipo de datos y puede sustentar sus cálculos (con la fórmula correcta) debió indicarlo con motivo de la consulta pública en la

⁷ En una Resolución de fecha 12 de julio de 2007 el Consejo de la Comisión paralizó cautelarmente cinco promociones de ofertas de TESAU que incluían una cláusula de permanencia con duración de 1 año. La CMT consideró que dicha cláusula era anticompetitiva por cuanto suponía una discriminación anticompetitiva e incluía un descuento fidelizador con potenciales efectos negativos sobre la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se le dio la oportunidad de manifestar su opinión sobre este aspecto o bien en el recurso de reposición que presentó.

Por último, empleando los datos de bajas mensuales para distintos operadores, se calculó la vida media de los clientes de estos operadores a partir de distintas fórmulas, llegando a la conclusión de que había que fijar la vida media de los clientes de banda ancha en 3 años.

g) Análisis de los paquetes que incluyen televisión.

FTES reitera que para analizar la emulabilidad de dichos paquetes la Comisión debería emplear el test de precio implícito, sugiriendo adicionalmente que para analizar paquetes de banda ancha y otros servicios se considere un tiempo de vida medio del cliente no superior a los 12 meses, tal y como se deduce de la metodología de estimación de tiempos de vida de la Comisión Europea.

En relación con dicho argumento, la Resolución impugnada analizaba si existían suficientes rivales de TESAU que pudieran ofertar paquetes con televisión, concluyendo de la siguiente manera:

“Por el lado de la demanda, se constata que este tipo de empaquetamiento es una realidad en el mercado; sobre todo, teniendo en cuenta que fueron los operadores de cable quienes han hecho de esta oferta uno de sus principales instrumentos para competir y captar clientes, siendo los primeros en lanzarlas al mercado. Este hecho se refleja en el mayor nivel de aceptación de los paquetes de triple oferta de los operadores de cable en comparación con sus competidores, incluido TESAU. Por tanto, sorprende que ONO solicite que el análisis se base en el nivel de aceptación, en vista de que han sido los operadores de cable los principales impulsores de estas ofertas comerciales.

Por el lado de la oferta, la CMT estudia en qué medida el alcance de las ofertas de los competidores es parecido con el objeto, precisamente, de no llegar a una conclusión simplemente atendiendo únicamente a la existencia de estas ofertas en el catálogo de las empresas competidoras sino también considerando el mercado potencial que pueden cubrir. De esta forma, la CMT ha elevado el nivel de exigencia para concluir que la competencia en paquetes de triple oferta está realmente generalizada.

De este análisis conjunto, se concluye que esta forma de empaquetamiento es habitual en el mercado y que el alcance de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

misma, en términos de clientes potenciales, es similar para TESAU y los operadores de cable (y, en menor medida, para los operadores que han desagregado bucles de abonado). Por tanto, TESAU debe estar en disposición de lanzar estos paquetes de triple oferta que superen el test de replicabilidad conjunta; de lo contrario, se estaría restringiendo de manera injustificada su capacidad de competir por atender un segmento de mercado concreto.”

Procede matizar, además, en relación con la afirmación de FTES según la cual se “*contradice el objetivo de la Resolución, cual es la de garantizar que TESAU proporcione los servicios mayoristas suficientes que garanticen la replicabilidad de todos los servicios minoristas que comercialice el Grupo Telefónica*”, que no se trata aquí de decidir qué servicios mayoristas son necesarios sino de garantizar que los precios de las ofertas minoristas de TESAU no conlleven un estrechamiento de márgenes. La cuestión sobre qué servicios mayoristas son necesarios para replicar los servicios minoristas se dirime en otro tipo de expedientes (de análisis de los mercados), en los que, tras analizar la competencia en los mercados minoristas y mayoristas, se concluye con decisiones sobre qué elementos mayoristas se considera necesario regular.

Además, en relación con la indicación de FTES según la cual “*Los servicios mayoristas que ofrece Telefónica no han garantizado el desarrollo hasta la fecha de ofertas alternativas que incluyan la televisión*”, tampoco puede considerarse cierta en la medida en que el servicio mayorista de acceso al bucle es suficiente técnicamente para ofrecer el servicio de televisión.

Tal y como se señaló en la Resolución impugnada, la cobertura de las centrales en las que, a fecha de 31 de enero de 2007, los rivales se habían cubricado y habían desagregado bucles y la presencia de operadores de cable en España es tal que no existían diferencias significativas entre el mercado potencial de las ofertas de TESAU y las de estos rivales.

Sobre la consideración de un tiempo de vida medio del cliente no superior a los 12 meses, ciertamente, no se ha calculado la vida media de estos clientes dado que este Organismo no tiene datos sobre las bajas de los clientes de ofertas empaquetadas de los distintos operadores. Ante la ausencia de información, se asimiló la vida media de las ofertas de banda ancha a la vida media de los paquetes que contienen banda ancha. FTES no ofrece información sobre cuál es el origen de su cálculo, ni tampoco sobre qué valor del *churn* se justifica el establecimiento de una vida media para los clientes de televisión y de banda ancha de 1 año. Tal y como se ha mencionado anteriormente, las ofertas de TESAU en España no tienen una cláusula de permanencia, por lo que el uso de fórmulas que incorporen una penalización en ese caso resulta erróneo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, tampoco explica la recurrente cuál es la razón para diferenciar la vida media del cliente de banda ancha de la vida media del cliente de servicios empaquetados de banda ancha y televisión. A priori, los costes de sustitución de los clientes que compran los dos servicios no pueden ser menores que los de los clientes que solo compran banda ancha y, por lo tanto, la vida media de estos últimos debería ser, si acaso, menor.

h) Estimación del VAN de las ofertas del servicio telefónico fijo.

FTES alega que la vida media de los clientes de preselección es de 18 meses y no de 3 años, como se establece en la Resolución impugnada.

Sin embargo, al igual que para los clientes de banda ancha, la Comisión ha estimado las vidas medias de los clientes de telefonía concluyendo que era razonable estimar la vida media de dicho tipo de cliente en 3 años. La recurrente llega a la conclusión de que la estimación de la vida media de los clientes de “preselección” es de 18 meses, pero no da ninguna explicación razonable.

Por un lado, no existen datos públicos sobre las bajas mensuales del servicio de telefonía. En relación con la descripción que FTES aporta sobre la fórmula que emplea para efectuar el cálculo, la operadora no comenta, sin embargo, qué fuente emplea o cuál es la tasa de *churn* del servicio que considera.

Por otro lado, aunque en lugar de datos de bajas mensuales, FTES hubiera considerado (erróneamente y sólo como aproximación) las variaciones mensuales de los clientes de preselección (sí disponibles públicamente) no resultaría una vida media de 18 meses sino otra mayor, dado que la mayoría de los clientes que tienen contratado un servicio de preselección lo tienen contratado en un paquete con banda ancha.

Y por último, reiterando lo expuesto en la Resolución impugnada, aquel valor será revisable en el futuro con el objeto de reflejar los cambios en los mercados.

En relación con la alegación de FTES sobre la falta de justificación de la hipótesis del tránsito metropolitano en lugar del nivel local para la estimación de los costes del encaminamiento de las llamadas locales, argumenta que en las áreas metropolitanas de las grandes capitales, en las que las llamadas locales representan un alto porcentaje del total, el encaminamiento real es metropolitano y no local.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frente a ello, a pesar de que resulta cierto que en las áreas metropolitanas de Madrid y Barcelona, TESAU dispone de un número considerable de centrales locales, cabe contestar, sin embargo, que, a nivel estatal, las cifras son las que se indicaron en la Resolución impugnada, es decir, más de 500 distritos telefónicos y alrededor de 700 centrales locales abiertas a la interconexión. Así pues, un gran número de llamadas metropolitanas se resuelven sin duda en el ámbito de la misma central local. Asimismo, se ha constatado que el nivel de interconexión metropolitano no es muy utilizado por los operadores alternativos, por lo que no se considera adecuada su inclusión para la estimación de los costes de este tipo de llamadas.

Debe también desestimarse, por tanto, en este punto, la solicitud de FTES.

Finalmente, habiendo sido debidamente rebatidas en esta Resolución las alegaciones formuladas por la recurrente, puede advertirse que la mayoría de ellas fueron ya planteadas y contestadas minuciosamente en el procedimiento anterior, sin que pueda tener acogida, por tanto, el motivo de impugnación invocado por FTES consistente en la falta de motivación de la decisión adoptada.

Más allá de ello, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 301/2000, de 13 de noviembre, afirmó que *“el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentados de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla...”*, añadiendo la Sentencia 187/2000, de 10 de julio, que *“no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión”*.

En relación con la motivación de los actos administrativos, la exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, puede tenerse en cuenta, entre otras⁸, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), en la que se señalaba lo siguiente:

“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.

Resultando, pues, que la Resolución impugnada detalló debidamente las razones de los términos en los que la misma fue aprobada, debe descartarse, asimismo, que se produjera indefensión a la recurrente.

Como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9625) se produce indefensión por la falta de motivación de una resolución cuando se desconocen las razones por las que se ha aprobado ésta, impidiendo una defensa adecuada al impugnarse la misma (*“el defecto de falta de motivación de la resolución originaria, incluso en el caso que existiera, no puede tener la trascendencia, que se predica, de generar la nulidad de tal resolución, pues la falta de motivación, conforme también a reiterada jurisprudencia, tiene trascendencia, cuando sitúa al afectado en situación de indefensión, al desconocer las razones o motivos por los que se le deniega una petición y no poder hacer la defensa adecuada”*).

En el presente caso, habida cuenta del recurso de reposición interpuesto por FTES y, asimismo, la contestación detallada que tanto en la Resolución impugnada como en la presente Resolución se da a las alegaciones de la recurrente, debe rechazarse el motivo invocado por FTES sobre la falta de motivación de la Resolución impugnada.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE

⁸ Véanse también las Sentencias de fecha 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000, (2000/3166) 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486), 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), 12 de diciembre de 1990 (1990/9918).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de la entidad Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 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.

Vº Bº
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu