



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 30/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de septiembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por Jazz Telecom, S.A.U., France Telecom España, S.A., y Vodafone España, S.A.U. contra la resolución sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U. (AJ 2011/1176).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones inició de oficio un procedimiento administrativo con el objeto de revisar los precios de las ofertas de referencia de Telefónica. El acuerdo de inicio fue notificado a los interesados y publicado en el BOE en julio de 2010.

Durante la instrucción del procedimiento se incorporaron varias solicitudes de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica) en los que solicitaba la revisión de la cuota mensual del par desagregado. También se realizaron varios requerimientos de información relativos a las infraestructuras de planta externa y otros aspectos de la oferta de acceso mayorista a registros y conductos (oferta MARCO) así como de los costes de sus sistemas de información.

Tras la instrucción del procedimiento, se acordó la apertura del trámite de audiencia y se notificó a la Comisión Europea el proyecto de medida.

Finalmente, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobó la resolución recurrida, de fecha 7 de abril de 2011, sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica (DT 2010/1275), en la que se acordaba modificar los correspondientes apartados de precios de la OBA, la AMLT y la oferta MARCO.

El tenor literal de su parte dispositiva es el siguiente:



PRIMERO.- *Modificar el apartado de precios de la OBA, de manera que la cuota mensual de prolongación de par en acceso completamente desagregado y el recargo mensual para las conexiones de acceso indirecto sin servicio telefónico se establecen en los valores indicados en los apartados 1 y 5.*

SEGUNDO.- *Modificar el apartado de precios de la oferta de AMLT, de manera que las cuotas mensuales de la línea analógica y del acceso básico de RDSI pasan a ser las indicadas en el apartado 6.*

TERCERO.- *Modificar el apartado de precios de la oferta MARCo, de manera que las cuotas mensuales pasen a ser las indicadas en el apartado 7.*

CUARTO.- *Los nuevos importes, salvo indicación expresa en otro sentido, serán de aplicación a partir de la fecha de aprobación de la presente Resolución.*

QUINTO.- *Comunicar a la Comisión Europea la presente Resolución.*

SEXTO.- *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.*

SEGUNDO.- Recursos de reposición.

Contra la anterior resolución han presentado varios recursos de reposición Jazz Telecom, S.A.U. (Jazztel), France Telecom España, S.A. (France Telecom) y Vodafone España, S.A.U. (Vodafone).

El primero de ellos tuvo entrada el día 12 de mayo de 2011 y en él Jazztel solicita su reposición en el sentido de que no se modifique el precio del acceso al bucle desagregado previsto en la OBA hasta que esté disponible el nuevo modelo de contabilidad de costes de Telefónica.

Los motivos en los que se basa esta petición son, en síntesis, los siguientes:

1. La revisión de los precios mayoristas, en especial la relativa a la cuota mensual del par completamente desagregado, no fomenta la competencia en el mercado ni garantiza la inversión en infraestructuras.
2. La comparativa internacional en la que se sustentaría la subida de los precios mayoristas es inadecuada porque no pondera las circunstancias específicas de cada país.
3. La contabilidad de costes de Telefónica del ejercicio 2008 contiene graves inconsistencias que suponen la sobreestimación de los costes pertinentes.

Por su parte, el recurso de France Telecom, tuvo entrada en el Registro Electrónico el día 18 de mayo de 2011. Las concretas alegaciones en las que se basa la petición de nulidad son las siguientes:

1. La infracción del artículo 3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), por cuanto que la contabilidad de costes arroja márgenes favorables a favor de Telefónica en algunos servicios, como el acceso compartido y el acceso indirecto, y no se reduce el precio mayorista, mientras que en el supuesto contrario, es decir, cuando la contabilidad de costes arroja pérdidas, si se aumenta éste.



2. La existencia de inconsistencias en la contabilidad de costes de Telefónica que reflejaría la falta de déficit en el servicio mayorista de acceso desagregado al bucle.
3. La inadecuación de la comparativa internacional, ya que no ponderara, a su juicio, las circunstancias específicas de cada país y la referencia al aumento del precio en otros países es inexacta.
4. La incongruencia omisiva, por la falta de respuesta a la alegación relativa a la doble imputación de los costes de mantenimiento a la cuota mayorista de acceso compartido y a la cuota mensual de abono.
5. La falta de revisión de la cuota mensual de acceso indirecto.
6. La incongruencia omisiva consistente en la falta de respuesta a las alegaciones relativas a la necesidad de deducción de la financiación del coste neto del servicio universal, que se estarían considerando para calcular los costes del servicio AMLT.
7. La falta de transparencia debido a la confidencialidad de los datos relativos a la contabilidad de Telefónica.

Finalmente, el recurso de Vodafone tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 25 de mayo de 2011. La recurrente solicita que se declare nula de pleno derecho la resolución recurrida por las siguientes razones:

1. Porque se ha vulnerado el plazo previsto para la presentación de alegaciones durante el trámite de audiencia y el procedimiento especialmente previsto en la normativa comunitaria para la adopción de medidas que incidan significativamente en el mercado pertinente.
2. Porque es contradictoria con el objetivo del fomento de la competencia previsto en el artículo 3 de la LGTel.
3. Porque la contabilidad de costes de Telefónica contiene inconsistencias relativas a la falta de transparencia, la falta de extensión a ejercicios anteriores del mayor desglose introducido y la sobreestimación de ciertos costes debido a: i) la consideración de los bucles activos en lugar de los instalados; ii) la doble contabilización de los costes de la red de acceso que serían remunerados por las aportaciones al fondo de financiación del servicio universal; iii) la inclusión del coste de bucles no desagregables por el despliegue de redes de nueva generación o de infraestructuras civiles no costeadas por Telefónica y iv) la aparición de nuevas instalaciones por la implantación de aplicaciones de georeferencia.
4. A partir de la consideración de que los resultados contables no permiten determinar el precio de los servicios mayoristas, Vodafone alega en su recurso la inadecuación de la comparativa internacional para dicho fin, por existir condiciones de mercado y métodos de fijación de precios muy diversos entre los países considerados y porque cree necesario esperar a que la Comisión Europea adopte su Recomendación sobre metodología de costes para ofertas mayoristas y que se finalice el modelo *bottom-up* por parte de esta Comisión.



CUARTO.- Recurso contencioso-administrativo presentado por Telefónica.

Además de los recursos en vía administrativa cuya resolución es objeto de la presente resolución, Telefónica de España ha anunciado la presentación de un recurso contencioso-administrativo que se tramita bajo el número de autos Juicio Ordinario 715/2011 en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación de los escritos.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, 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 su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC 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.

Las recurrentes se refieren a sus escritos expresamente como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificarlos como recursos de reposición contra la Resolución de fecha 7 de abril de 2011, sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U.

SEGUNDO.- Legitimación de las recurrentes.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se considerarán interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

Las recurrentes tienen la condición de interesados porque ya lo eran en el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida. Asimismo, se trata de operadores que acuden a las ofertas mayoristas de Telefónica para la provisión de sus servicios minoristas.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a los recurrentes para la interposición de sus respectivos recursos potestativos de reposición.



TERCERO.- Admisión a trámite y acumulación.

Los tres recursos acumulados en este procedimiento han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se han presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que se admitieron a trámite por acto del Secretario de fecha 24 y 31 de mayo de 2011.

Al tratarse de recursos contra una misma resolución, se ha acumulado su tramitación, tal y como prevé el artículo 73 de la LRJAP y PAC.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver los presentes recursos corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado (artículo 116.1 de la LRJAP y PAC).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al de su interposición. Tal como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los motivos de nulidad alegados relativos a vicios en el procedimiento.

Se analiza, en primer lugar, la alegación de Vodafone relativa a la insuficiencia del plazo concedido para verificar el trámite de audiencia, por referirse a un defecto durante la instrucción del procedimiento que no se remite al fondo de la resolución recurrida. Para la recurrente, el plazo de diez días es insuficiente a la vista de la complejidad del expediente. Asimismo, considera injustificada la denegación de la ampliación del plazo para presentar sus alegaciones. También alega que el procedimiento a seguir en este caso es el previsto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva Marco)

La nulidad de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido a la que se refiere el artículo 62.1.e) de la LRJAP y PAC exige la ausencia total, manifiesta y ostensible del procedimiento o de un trámite esencial para conformar la voluntad administrativa y garantizar los derechos de los interesados, de manera que no basta la omisión de alguno de los trámites para producirse la nulidad del acto. A este respecto, lo primero que debe señalarse es que es evidente que no nos encontramos ante un supuesto de ausencia de procedimiento o de alguno de sus trámites esenciales, como hubiera ocurrido en el caso de no verificarse la audiencia a los interesados una vez concluida la instrucción del procedimiento.



En lo que se refiere a la adecuación del procedimiento, la Resolución de los mercados 4 y 5 impuso a Telefónica obligaciones de transparencia que incluían la publicación de una oferta de referencia. La resolución recurrida se dictó precisamente al amparo de lo previsto en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, que se refiere a la facultad de esta Comisión para introducir cambios en las ofertas de referencia que hagan efectivas las obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados mayoristas. Los cambios previstos en la resolución recurrida no suponen los de las obligaciones específicas impuestas a Telefónica, sino tan sólo la actualización de los precios a la vista de la contabilidad de costes de ese operador. Ni la LGTel ni el propio Reglamento de Mercados prevén que el procedimiento a seguir en estos casos deba ser el mismo que el previsto para el análisis de los mercados, que incluye los necesarios trámites de consulta pública y notificación. La falta de previsión expresa remite necesariamente a las normas generales de los procedimientos administrativos contempladas en la LRJAP y PAC.

Respecto de la duración del trámite, con carácter general, el artículo 47 de la LRJAP y PAC prevé la obligatoriedad para la administración y para los interesados de los términos y plazos legalmente previstos. A esta regla general se exceptiona la posibilidad de ampliarlo a solicitud del interesado o de oficio cuando las circunstancias lo aconsejen y no se perjudique intereses de terceros. La ampliación de los plazos no es un derecho de los interesados sino una potestad discrecional (ni siquiera reglada) de la administración instructora, por lo que si a la recurrente no le asiste tal derecho, con menor motivo el rechazo de su petición puede justificar la reposición del acto recurrido.

En cuanto a la supuesta infracción de la Directiva Marco, debe señalarse que su artículo 6 se refiere a un “plazo razonable”, tratándose éste de un concepto jurídico indeterminado y como tal no contradice “*per se*” el previsto en el artículo 84 de la LRJAP y PAC. En efecto, el plazo de entre diez y quince días previsto en nuestra ley reguladora del procedimiento es el que ha considerado razonable el legislador con carácter general para el cumplimiento del trámite de audiencia en los procedimientos administrativos. La razonabilidad del plazo debe ponerse en relación, tal y como alega Vodafone, con la complejidad del expediente, pero también con las posibilidades de acceso de los interesados a su contenido. A este respecto, baste recordar el derecho de los recurrentes, en su calidad de interesados, a acceder a los documentos que obran en el expediente en cualquier momento de su tramitación. Pues bien, hasta la apertura del trámite de audiencia, en febrero de 2011, habían transcurrido más de siete meses desde la incoación del procedimiento y su notificación individualizada (además de su publicación en el BOE) a los interesados, entre ellos Vodafone, la incorporación de los escritos de Telefónica en los que solicitaba la revisión de la cuota mensual del par en acceso desagregado. La recurrente pudo conocer durante la instrucción del procedimiento la totalidad de los documentos obrantes en el expediente administrativo, por lo que el plazo de doce días para realizar alegaciones se considera suficiente a tal fin, ya que su objetivo no es exclusivamente que el interesado se informe del contenido del expediente (lo que puede hacer en cualquier momento con anterioridad), sino que una vez finalizada la tramitación del procedimiento alegue a la vista de todo lo actuado en él.

Por su parte, el artículo 7 de la Directiva Marco prevé que el plazo de un mes se aplique exclusivamente a la audiencia de la Comisión Europea y del resto de autoridades nacionales de reglamentación, no a los interesados. Además, se refiere a procedimientos específicos, como la definición y el análisis de los mercados, la imposición de obligaciones de interconexión o acceso en determinadas circunstancias y de tarifas para el acceso a la red telefónica pública.



En todo caso, ha de señalarse que las referencias a Directivas comunitarias y a su aplicación al caso que nos ocupa debe realizarse con cautela, al carecer de efectos directos, sobre todo cuando ya han sido expresamente transpuestas al ordenamiento jurídico interno.

Además de lo anterior, cabe recordar que la falta del trámite de audiencia es un defecto no invalidante porque la posible indefensión creada, de existir, puede subsanarse por posteriores recursos (STS de 22 de abril de 2002; STS de 5 de noviembre de 2001, entre otras muchas). En efecto, la omisión del trámite de audiencia podría suponer la anulabilidad de la resolución y la retroacción de las actuaciones al momento en el que se debería haber ofrecido a los interesados. En este caso Vodafone ha tenido ocasión de manifestar cuanto ha estimado conveniente en defensa de su derecho mediante la interposición del presente recurso de reposición. En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado que en aquellos casos en que el demandante pudo combatir el acto en el recurso de reposición, sería inútil retrotraer las actuaciones para que se diese un nuevo trámite de audiencia, siendo así que las alegaciones que pudiera formular el interesado ya fueron expuestas en el recurso administrativo, por lo que la retroacción de actuaciones supondría una repetición innecesaria (p.e. STS de fecha 12 de diciembre de 1995; STS de fecha 4 de mayo de 1998; STS de fecha 24 de mayo de 2004, entre otras muchas).

Pues bien, si la omisión del trámite no supone *per se* y en todo caso la nulidad del acto, con mayor motivo debe descartarse que se produzca en el caso que nos ocupa, de supuesta insuficiencia material del plazo otorgado y menos aún cuando dicho plazo está comprendido dentro de los límites establecidos en el artículo 84 de la LRJAP y PAC.

Finalmente, Vodafone alega que se ha omitido el trámite de información pública al que se refiere el artículo 86 de la LRJAP y PAC, que sería el procedente en lugar del de audiencia de su artículo 84. Con carácter general, la apertura de un periodo de información pública es un trámite potestativo, pues el órgano instructor debe decidir su apertura solamente cuando aprecie que la naturaleza del procedimiento lo requiera. No obstante, este trámite tendría carácter preceptivo en el caso de que la norma que regule el procedimiento específico así lo previera. Descartada la aplicación de los trámites fijados en la Directiva Marco para el análisis de mercados y la imposición de obligaciones, según se ha expuesto más arriba, el carácter preceptivo del trámite de información pública excluye como causa de nulidad su falta de apertura.

Además, en el supuesto que nos ocupa, a la recurrente se le ha notificado personalmente no sólo la apertura del trámite de audiencia, sino incluso el acuerdo de inicio, reconociéndole la condición de interesado desde el principio de la instrucción y por ello ha tenido fehacientemente más facultades que la mera posibilidad de alegar sobre lo actuado que le otorga el trámite de información pública (de incierto conocimiento, como todo acto publicado en un diario oficial) cuando se realiza al acabar la instrucción. Por ello, no se comparte la supuesta indefensión alegada por Vodafone (indefensión que, por otra parte, no ha explicado). En efecto, un interesado ya personado en el expediente administrativo y al que se le ha notificado individualmente la apertura del trámite de audiencia no puede alegar la falta de oportunidades para realizar las alegaciones que mejor convengan a sus intereses. No obstante, es cierto que Vodafone se refiere a la mayor amplitud del plazo que el artículo 86 de la LRJAP y PAC concede la información pública, frente al plazo de como máximo 15 días previsto para el trámite de audiencia a los interesados, y no tanto a la sustitución de un trámite por otro. A este respecto, baste lo ya señalado sobre la suficiencia del plazo y, en su caso, el carácter de defecto no invalidante de la concesión de uno menor.



SEGUNDO.- Sobre la denunciada infracción del artículo 3 de la LGTel y del principio de fomento de la competencia.

Varios de los recurrentes oponen como motivo impugnatorio que la resolución recurrida, en la medida en que aumenta los costes mayoristas de algunos servicios, contradice el principio de fomento de la competencia en el mercado de telecomunicaciones al que se refiere el artículo 3, letra a), de la LGTel. A su juicio, esta medida debería haberse complementado con la bajada del precio de aquellos servicios en los que Telefónica mantiene márgenes positivos según su propia contabilidad.

El citado principio, presente en el artículo 8.2 de la Directiva Marco, es uno de los principios sobre los que pivota el nuevo marco normativo comunitario y que informa, más allá de la mera eliminación de barreras legales (como los derechos exclusivos o especiales), la actuación de las autoridades nacionales de reglamentación

No obstante, el fomento de la competencia en el mercado no es un principio absoluto, puesto que debe conjugarse con el resto de los previstos en el citado artículo de la LGTel, entre los que se encuentra, por ejemplo, el fomento de la inversión eficiente y la innovación, el desarrollo del sector y el despliegue de redes.

En un mercado en el que compiten varios operadores todas las medidas que impongan limitaciones a uno de ellos, particularmente al incumbente, pueden ser percibidas como una ventaja para los demás y, en consecuencia incentivadoras de la competencia en el mercado. En el caso que nos ocupa, de fijación de precios mayoristas, la relación es todavía más evidente. De aplicarse esa lógica, que confunde fomento de la competencia con protección de los competidores, todas las decisiones del regulador deberían orientarse a beneficiar a los operadores alternativos a través de la imposición de obligaciones más onerosas al operador con poder significativo de mercado.

Sin embargo, la consecución del resto de objetivos regulatorios, a los que se refiere el artículo supuestamente infringido, obliga a ponderar las consecuencias de las decisiones que puedan afectar a las condiciones del mercado bajo un prisma global.

A tal objeto, debe tenerse en cuenta que la imposición de obligaciones regulatorias, en la medida que suponen una intervención administrativa limitativa de derechos, debe estar presidida por los principios de proporcionalidad, necesidad e intervención mínima. En lo que se refiere a la imposición de precios mayoristas, la resolución recurrida alude a la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), que en su artículo 13 se refiere a la necesaria toma en consideración de la inversión realizada por el operador y la obtención de una suficiente tasa de rendimiento en relación con el riesgo asumido. También el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004 (Reglamento de Mercados), se refiere en su artículo 11, dedicado a las obligaciones de control de precios y contabilidad de costes, a la necesidad de que los precios prevean una tasa razonable de rendimiento de las inversiones.

El objetivo de esa previsión es favorecer las inversiones en nuevas redes y servicios, tanto del operador sometido a obligaciones regulatorias, que de esta manera encontrará incentivos para acometerla, como de los operadores alternativos, obligados a invertir en nuevas redes que



aseguren su competitividad a largo plazo y, en definitiva, asciendan en la llamada “escalera de inversión”.

Asimismo, la necesaria ponderación entre los principios regulatorios debe realizarse partiendo de la situación real del mercado y de los costes reflejados en la contabilidad de Telefónica. En este sentido, la resolución recurrida recuerda la evolución a la baja de la cuota de alquiler de par, realizadas tras sucesivas revisiones por parte de esta Comisión, y hace referencia a la introducción de nuevas tecnologías en las redes de acceso, tanto de cable como de fibra, lo que exigía abandonar la metodología de costes ascendentes en beneficio de una contabilidad de costes desagregados que permitiera conocer sin distorsiones el coste de cada servicio. Asimismo, se tiene en cuenta la comparativa con la situación de países de nuestro entorno. También debe tenerse en cuenta que no todos los servicios mayoristas regulados tienen la misma incidencia en la inversión y el desarrollo de nuevas redes. Finalmente, no puede dejar de reconocerse que la imposición de un precio mayorista inferior al avanzado por la contabilidad de costes difícilmente puede ser calificado con contrario al fomento de la competencia.

La motivación de la resolución se completa con la remisión a la mejora de las condiciones económicas globales del servicio mayorista de referencia que han supuesto otras decisiones regulatorias, tales como la revisión de los precios de energía o las contraprestaciones por portabilidad.

Finalmente, debe señalarse que la subida de la cuota mensual del par desagregado acordada en la resolución recurrida es de aplicación gradual en atención a un criterio de prudencia y ante la provisional falta de desarrollo de un modelo de costes incrementales.

Esta enumeración de motivos descarta que la resolución recurrida esté insuficientemente motivada, sea arbitraria o contradiga los fines que la normativa impone a la actividad reguladora.

Así las cosas, al contrario de lo alegado por algunos recurrentes, en especial France Telecom, la discrecionalidad técnica de la que goza esta Comisión para aplicar el concepto de “orientación a costes” no puede causar la nulidad o anulabilidad de la resolución impugnada mientras se trate de una opción admisible en lo jurídico, que no incurra en arbitrariedad y no se aparte del fin perseguido en la norma. La LGTel prevé la posibilidad de imponer la obligación de orientación de los precios a costes, no su estricta sujeción, como remedio regulatorio de control de precios, tal y como ha confirmado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2010 en los siguientes términos:

“... Este es en efecto otro elemento de legalidad que la Administración había de respetar. Pero es oportuno dejar sentado que "orientación a costes" no significa "equivalencia con costes", ni comporta exclusión de márgenes; de modo que la Ley introduce aquí un parámetro referencial contenido en un concepto jurídico indeterminado de evidente amplitud y que está necesitado de integración.

Y a este respecto el Tribunal Supremo ha dicho, por ejemplo en su STS de 3 de noviembre de 2005, que «la fórmula general de "orientación a costes" permite varias soluciones igualmente válidas en derecho, de modo que difícilmente podría anularse una decisión del organismo regulador que, en los límites de su capacidad, entendiera el término "costes" en un sentido más o menos amplio...».

La falta de modificación de las cuotas de acceso indirecto no es, en sí misma considerada, una opción ilegal. Para que así fuera sería necesario que con esta decisión de no actuar se lesionase



otros intereses legalmente protegidos, como el fomento de la competencia. En todo caso, la genérica exigencia de no discriminación entre servicios no tiene porqué suponer el desvío respecto a los fines pretendidos en el artículo 3 de la LGTel. Sería el caso, por ejemplo, de que se desincentivara la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos.

Lo anterior no ocurre en el supuesto que nos ocupa, pues como explica la resolución recurrida, por ejemplo, la evolución del servicio de acceso indirecto ha sido positiva tras la reducción del margen adicional aplicado al precio mayorista.

En todo caso, en la fijación de precios mayoristas subyacen potestades discrecionales técnicas de esta Comisión, ya que es a ésta a quien le incumbe decidir, en el momento concreto y teniendo en cuenta la situación del mercado, si la consecución de los fines de la intervención del regulador aconseja un tratamiento idéntico de todas las cuotas mayoristas o si, por el contrario, está justificado mantener unas y modificar otras para conjugar los intereses concurrentes y, en ocasiones, opuestos. En definitiva, el tratamiento desigual de las diversas cuotas no puede ser ilegal por desigual; otra cosa sería que ambos mercados estuvieran en las mismas circunstancias y compartieran dinámicas parecidas, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa.

TERCERO.- Sobre la adecuación de la comparativa internacional.

La resolución recurrida parte del hecho de que la contabilidad de costes del ejercicio 2008 de Telefónica arroja un coste de cada par superior a la cuota mayorista. El traslado automático de esta diferencia puede suponer un evidente perjuicio a las dinámicas competitivas del mercado debido a la importancia que en ellas tienen los servicios de desagregación de bucle.

Sin perjuicio de la elaboración a medio plazo del modelo de costes incrementales para que los precios del bucle se orienten al coste de los servicios y no a los costes distribuidos totales a su valor corriente, tal y como refleja la contabilidad de costes de Telefónica, la resolución impugnada argumenta que es conveniente revisar la cuota mayorista de desagregación del bucle y la ajusta, prudentemente, según los resultados obtenidos de una comparativa internacional.

Los recurrentes se oponen, por diferentes razones, a la aplicación de esos resultados. Así, Vodafone considera que la revisión debería esperar a la elaboración del modelo *botton-up* y a la aprobación de la Recomendación sobre metodología de costes para ofertas mayoristas por parte de la Comisión Europea. France Telecom, por su parte, cree que la comparativa no tiene en cuenta las circunstancias de cada mercado, especialmente los costes laborales, y que la tendencia al incremento de las cuotas no es uniforme. Finalmente, Jazztel alega que la comparativa internacional obvia criterios que oscilan en cada país, como el nivel de renta de sus ciudadanos o la existencia de redes alternativas ampliamente desarrolladas.

Al respecto, cabe señalar que la propia resolución reconoce que acudir a una comparativa internacional no es la solución óptima, aunque sí que es adecuada a corto plazo para amortiguar la subida de la cuota que cabe esperar a la vista de los resultados contables de Telefónica. Asimismo, señala que el precio del bucle no se revisa sobre la base de la comparativa internacional, sino que las referencias así obtenidas se emplean como referencia temporal para modular a la baja hasta disponer de un modelo de costes ascendentes.

En todo caso, debe indicarse que en la comparativa internacional realizada por esta Comisión se ha considerado países con características muy diversas (nivel de renta, densidad de población,



orografía, etc.) y que obtiene precios medios parecidos a los considerados por otros operadores y reguladores europeos. Pese a ello, se ha comprobado que las cuotas del par desagregado comparten valores cercanos y el valor establecido sigue estando por debajo de la media, en atención a un criterio de prudencia, pues no es la media obtenida del *benchmarking*, sino uno intermedio entre esa media y la cuota actual. En estas circunstancias, no parece que una comparativa más exhaustiva hubiera arrojado un precio de referencia inferior.

CUARTO.- Sobre la supuesta sobrestimación del coste del bucle desagregado y las observaciones a la contabilidad.

Los recurrentes cuestionan el resultado obtenido en la contabilidad de costes de Telefónica porque, a su juicio, emplea criterios que conducirían a la sobrestimación de los costes del alquiler del bucle desagregado.

En primer lugar, debe señalarse que la contabilidad de costes de Telefónica para el ejercicio 2008 ha sido objeto de comprobación, verificación y aprobación administrativa. Ciertamente, el deber de objetividad que consagran los artículos 103 de la Constitución Española y 3.1 de la LRJAP y PAC no asegura el acierto de las decisiones de las administraciones públicas. Sin embargo, conforme a jurisprudencia reiterada, los órganos de la Administración promueven y aplican los criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, de forma que concurre una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa que se apoya en la especialización y la imparcialidad de los órganos preestablecidos para realizar la calificación. Esta presunción "*iuris tantum*" puede desvirtuarse si se acredita la infracción del ordenamiento jurídico o el error técnico del organismo.

En lo que se refiere al número de pares empleado para calcular el coste unitario y en respuesta a las alegaciones de los interesados en el procedimiento, la resolución recurrida considera que el mayor coste obtenido se explica, principalmente, por la referencia directa a la contabilidad de costes de Telefónica y no tanto por la disminución del número de pares activos. Precisamente, el uso de esta magnitud (los pares activos en lugar de los pares totales) tiene una explicación que los recurrentes no han desvirtuado ni acreditando que sea irrazonable o infundada. En efecto, la utilización de modelos de costes ascendentes (completados con otros criterios), al realizar el reparto de costes sobre la totalidad de la planta instalada, permitían una disminución progresiva debido a la mejora de la eficiencia de Telefónica. Sin embargo, tal y como explica la resolución recurrida, la introducción de mejoras tecnológicas en las redes de acceso que sustituyen gradualmente la planta de cobre supone un aumento de la planta vacante que, para evitar distorsiones, no debe tener el mismo tratamiento a estos efectos que los bucles activos.

Aunque este criterio no coincide con el empleado hasta la actualidad en otras resoluciones de esta Comisión, la vulneración del precedente administrativo no supone necesariamente la nulidad o anulabilidad del acto si éste va acompañado de la suficiente motivación. En este sentido, el artículo 54.1.c) de la LRJAP y PAC prevé que los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes será motivado. Es decir, que un acto que contradice otro anterior del mismo órgano es ajustado a derecho si está suficientemente justificado y motivado. La resolución que nos ocupa justifica la consideración de la planta activa suficientemente y con carácter prospectivo por la influencia de tecnologías sustitutivas del cobre en el despliegue de nuevas redes.



Este criterio tampoco es irracional, pues lo cierto es que un porcentaje de los pares instalados, en la medida que son susceptibles de desagregación, están disponible para todos los operadores. Ciertamente, la solución óptima (incluir en el denominador la suma de la planta en servicio más los pares potencialmente desagregables de manera que no se incorpore su coste asociado) sería en este momento inabordable, pues la estimación de éstos no es posible con los datos disponibles. De esta manera, el criterio adoptado tiene por objeto evitar que Telefónica ofrezca su red sin coste para los operadores alternativos.

Asimismo, France Telecom alega que la utilización de pares vacantes precisa en cualquier caso el traslado de un operario al domicilio del abonado y que ese coste debería aislarse para no ser incluido en el precio mayorista de alquiler desagregado del bucle. En este extremo, debe señalarse que la cuota mensual no incluye esas actuaciones, ya que la contabilidad distingue los costes recurrentes de los que no lo son.

En lo que respecta a la solicitud de reconsideración de los márgenes totales del servicio de acceso desagregado y el mantenimiento del precio del alquiler del bucle en 7,79 euros, o al menos su compensación mediante la reducción de las cuotas no recurrentes, a partir de los datos de ingresos reales por Telefónica, debe partirse de que los márgenes en la contabilidad de costes de los ejercicios 2008 y 2009 son negativos. France Telecom parece referirse al hecho de que el epígrafe "Acceso al bucle de abonado" sí ofrecía un margen positivo de 39,9 millones de euros en 2008. Sin embargo, ello se debe a que en esa agrupación de cuentas "98006 Acceso al bucle de abonado" se incluyen tanto el acceso desagregado como el acceso indirecto. Tampoco debe pasarse por alto que durante la mayor parte del año 2008 la cuota mensual fue de 9,72 euros.

Sin perjuicio del hecho de que el margen total del acceso desagregado, en todo caso, es negativo, los resultados de la contabilidad para la cuota mensual del alquiler del bucle señalan que ese precio debe aumentarse, tal y como hace la resolución recurrida.

Otro de los aspectos que, según la recurrente, aumentaría el coste real del servicio y trasladaría las ineficiencias de Telefónica al resto de operadores es incluir el coste de las llamadas "falsas averías" y otros costes de mantenimiento. Según los recurrentes, si las incidencias así calificadas se incluyen como un coste, Telefónica se beneficiaría de una doble remuneración.

A este respecto, tal y como hace la resolución recurrida, la consideración de esta incidencia, de difícil identificación con la actual metodología de coste, al igual que otras de las señaladas por los recurrentes, supondría la reducción del coste mayorista identificado. Sin embargo, eso justificaría una mayor reducción si el precio acordado de forma provisional en la resolución impugnada estuviera directamente vinculado a ese coste. Precisamente las incidencias señaladas sirven para motivar la fijación de un precio inferior al que arrojaría la contabilidad de costes de Telefónica. Dicho de otra manera, de disponer de un desglose de la doble remuneración, en su caso, percibida por ese concepto, la cuota obtenida de la contabilidad auditada permitiría una reducción consecuente (en todo caso de limitado alcance), pero no de un valor discrecionalmente fijado por esta Comisión al acudir a otros métodos orientativos, como el empleado.

Otro de los motivos impugnatorios compartidos por varios recurrentes es la supuesta sobreestimación del coste unitario del par por la consideración de costes en infraestructuras de acceso en nuevos desarrollos urbanísticos, y en concreto de obra civil, que no habría asumido Telefónica, sino la empresa constructora. Sin embargo, al incluir esos costes, los operadores estarían sufragando inversiones que Telefónica no ha realizado.



En lo que se refiere a esta alegación, debe reiterarse lo más arriba apuntado sobre los motivos que han llevado a acordar a esta Comisión un precio mayorista del alquiler del bucle inferior al obtenido directamente por la contabilidad de costes.

En todo caso, la inclusión de los costes de infraestructuras como propios del operador incumbente a precios similares al resto de su planta externa no es un criterio novedoso, y es el resultado de la aplicación del estándar de costes corrientes, que incluyen todos aquellos en los que incurriría un operador que quisiera construir su propia red.

Lo anterior no impide para que en el futuro, con ocasión de la elaboración de la nueva metodología de coste, se tengan en cuenta las posibles discrepancias apuntadas por los recurrentes en este y otros aspectos.

QUINTO.- Sobre la información disponible para los interesados.

Otro de los principales motivos impugnatorios comunes a varios de los recursos es la falta de transparencia del procedimiento, pues gran parte de la información aportada por Telefónica habría sido calificada como confidencial.

Nuevamente, tal y como reconocen los recurrentes, concurren dos intereses que merecen protección jurídica, como son el derecho al secreto comercial e industrial de Telefónica y el de acceso de los interesados en el procedimiento administrativo. La ponderación entre ambos realizada por esta Comisión tiene en cuenta la relevancia de ambos derechos y el grado de incidencia en la esfera jurídica de sus titulares.

La contabilidad, especialmente la de ejercicios recientes, es un dato susceptible de revelar la estrategia comercial de un operador o su estructura de costes y que, por lo tanto, merece el tratamiento confidencial previsto en el artículo 9 y en la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel. En este sentido, la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de Diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53,54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial, enumera, entre aquellas materias a las que se asigna ese carácter, en la que se califica como confidencial, sin carácter de exhaustividad, los métodos de evaluación de costes o su estructura.

Sin embargo, no es menos cierto que la transparencia es un principio fundamental en la actuación de las administraciones públicas en la medida que permita a los interesados fiscalizar su actuación. En este sentido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se refiere en su Capítulo I, relativo a la mejora de la calidad de la regulación, a los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y los instrumentos para la mejora regulatoria, con especial atención, entre otros, a la transparencia

Los procedimientos de aprobación de la contabilidad de costes de los operadores declarados con poder significativo de mercado reúnen una serie de garantías tendentes a asegurar su objetividad, pues es sometida a dos auditorías externas y posteriormente revisada por los servicios de esta Comisión. En dichos procedimientos administrativos el resto de operadores destinatarios de las ofertas mayoristas no son parte en el expediente, por lo que no han podido ejercer las facultades que a éstos otorga la LRJAP y PAC, tales como acceder a los documentos que contiene, proponer pruebas, hacer alegaciones o presentar recursos. Por el contrario, en expedientes como el que



concluyó con la resolución impugnada, en los que se parte de datos reflejados en la contabilidad de costes de Telefónica, otros operadores tienen la cualidad de interesados, pero podrían ver limitadas sus posibilidades de defensa en la medida en que su acceso al expediente está condicionado por la confidencialidad de los datos acordada anteriormente.

Ahora bien, con carácter general, deben rechazarse todas las alegaciones relativas a una supuesta indefensión que no concretan en qué ha consistido ésta. En el caso que nos ocupa, los operadores alegan desconocer qué conceptos están incluidos en sus cuotas mayoristas, pero no justifican la indefensión que eso les causa, pues de hecho han podido discutir los extremos recogidos en sus respectivos recursos que se refieren a las incidencias en la contabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en fechas recientes la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha confirmado el criterio mantenido por esta Comisión y ha sido muy contundente al confirmar que los costes de Telefónica son datos que se refieren a su secreto industrial o comercial y por ello debe garantizarse su confidencialidad (Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia de 19 enero 2011; Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia de 24 enero 2011):

“... Y habida cuenta de que el deber de transparencia no implica que la Comisión pueda vulnerar el deber de proteger la confidencialidad de la información que le es suministrada cuando ésta contiene datos que puedan desvelar la estrategia competitiva de la operadora.

Comparte la Sala el criterio expuesto por la CMT de que los costes de TESAU pertenecen al ámbito de su secreto comercial o industrial, por lo que debe protegerse su confidencialidad, sin que la sustracción de tales datos del conocimiento por otras operadoras les cause una grave indefensión, de la que pueda derivarse la nulidad del procedimiento y de la resolución que pone fin al mismo.”

En ambas ocasiones la Audiencia Nacional, confirmando el criterio de esta Comisión, y en supuestos en los que se discutía la cuantificación del coste neto de la prestación del servicio universal, ha señalado que debe prevalecer el derecho al secreto comercial e industrial frente al principio de transparencia y acceso de los interesados que informa el procedimiento administrativo.

No obstante lo expuesto más arriba, esta Comisión está comenzando a aplicar criterios que, sin perjudicar el derecho al secreto comercial e industrial de los operadores, favorezcan la transparencia en los procedimientos relativos a los costes de provisión de los servicios mayoristas.

SEXTO.- Sobre el precio del acceso indirecto al bucle.

Sin perjuicio de lo ya expuesto respecto de la supuesta infracción del artículo 3 de la LGTel, y el principio de fomento de la competencia, se analiza a continuación las alegaciones de France Telecom sobre si la falta de reducción del precio de acceso indirecto, reclamadas por varios de los operadores interesados en el procedimiento, menoscaba la competencia.

Fundamente esta afirmación en que los operadores alternativos tienen que pagar un incremento del 20% sobre el coste, lo que impide atraer a suficientes clientes como para abrir nuevas centrales. Esta Comisión habría considerado la evolución positiva de este tipo de acceso tras la reducción de su cuota, detectada desde septiembre de 2009, pero habría olvidado la reducción paulatina que venía acusando el número de accesos el año anterior por el elevado *mark-up*. Asimismo, los reducidos márgenes (3,4 euros) no permitirían competir con Telefónica, por lo que su cuota es muy elevada cuando no puede desagregarse el bucle.



En lo que se refiere al supuesto margen señalado por France Telecom, se obtiene a partir de un ingreso mensual por conexión minorista que agrega las conexiones con servicio telefónico con las que no lo incluyen, que representan cerca del 40%. Según los datos contenidos en el Primer Informe Trimestral del 2011 publicado por esta Comisión, el ingreso mensual medio por conexión mayorista con servicio telefónico es inferior en 3,5 euros al global.

En todo caso, las anteriores consideraciones no desvirtúan lo expuesto en la resolución recurrida sobre la adecuación de los precios de este servicio en relación con los de los demás servicios de acceso y su coherencia. Así, el avance hacia el acceso desagregado está condicionado a los incentivos a los operadores para optar por el acceso indirecto, especialmente el precio de éste, de manera que un margen excesivo desincentivará el despliegue de nuevas redes y la inversión en infraestructuras.

También debe tenerse en cuenta que el margen sobre el precio mayorista no ha aumentado, por lo que las posibilidades de competir con Telefónica a través del acceso indirecto no se ven alteradas.

Finalmente, debe señalarse que las decisiones acordadas en la resolución recurrida relativas al servicio de acceso indirecto no son extensibles al nuevo servicio denominado NEBA, cuyos precios se determinarán en el expediente expresamente instruido al efecto¹, en el que se tomarán en cuenta las particularidades propias del nuevo servicio mayorista, tales como cobertura, características técnicas o proyección futura.

SEPTIMO.- Sobre el precio del servicio AMLT.

Al igual que en otros servicios, France Telecom estima que se está contabilizando dos veces ciertos costes derivados de la prestación de este servicio mayorista porque se estarían incluyendo costes sufragados por el mecanismo de compensación del coste neto del servicio universal. A su juicio, dicha alegación no fue debidamente respondida en la resolución impugnada, por lo que se vulneraría el artículo 89 de la LRJAP y PAC, relativo a la congruencia de las resoluciones. En concreto, considera insuficiente la remisión realizada en relación con el acceso desagregado. Sin embargo, en el caso de la oferta AMLT es de mayor importancia la financiación de las líneas TRAC, pues es uno de los componentes de la red "AMLT línea analógica" considerados. En concreto, de los 72 millones de euros calculados como coste del servicio universal de telecomunicaciones para el año 2008, 42 millones se corresponderían con el acceso rural a través de líneas TRAC. Esa suma habría sido financiada a través del fondo de financiación del servicio universal.

A este respecto, debe señalarse que, a juicio de esta Comisión, France Telecom está mezclando conceptos diferenciados, como son la financiación del coste neto del servicio universal con el coste del servicio mayorista de constante referencia. En efecto, mientras que el primero es un cálculo destinado a asegurar que a su prestador no le suponga una carga injustificada prestar, entre otros servicios, el servicio telefónico en áreas donde un operador eficiente no encontraría rentable hacerlo, el precio orientado a costes del servicio AMLT incluye líneas que no siempre están soportadas con acceso rural TRAC. De esta manera, France Telecom, y el resto de operadores, puede contratar accesos AMLT a un precio regulado único en todo el territorio, con independencia de que se encuentren en zonas rentables a efectos del cálculo del coste neto del servicio universal o de que usen accesos TRAC. En este último caso, se daría la circunstancia de

¹ DT 2011/739 (revisión precios NEBA).



que se estaría beneficiando de tener a su disposición líneas sufragadas por el fondo de financiación del servicio universal.

Además de lo anterior, no debe pasarse por alto el hecho de que Telefónica contribuye a la financiación del servicio universal proporcionalmente a sus ingresos, de manera que el coste neto que le supone su prestación no está totalmente compensado con las aportaciones del resto de operadores. En este sentido, su contribución no deja de ser un coste asociado a las líneas deficitarias.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar los recursos de reposición interpuestos por Jazz Telecom, S.A.U., France Telecom España, S.A., y Vodafone España, S.A.U. contra la resolución sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de Telefónica de España, S.A.U.

Este certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a 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, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud 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.