



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de octubre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A LA PROMOCIÓN DE VERANO DEL SERVICIO LÍNEA IMAGENIO, BAJO LA OPCIÓN DE ACCESO A INTERNET DE FACTURACIÓN POR VOLUMEN, PROPUESTA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (AEM 2005/845)

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la promoción de verano del servicio Línea Imagenio, bajo la opción de acceso a internet de facturación por volumen, propuesta por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. 35/05, la siguiente Resolución:

Resolución de 6 de octubre de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/1051

HECHOS

PRIMERO. En fecha 9 de junio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la resolución en virtud de la cual se adoptaban las medidas cautelares que TESAU habría de respetar con respecto a la promoción de verano del servicio "Línea Imagenio", bajo la opción de acceso a internet de facturación por volumen. La citada Resolución, acordaba lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“**Primero.** Se impone a TESAU, en sede cautelar, la prohibición de comercializar el servicio Línea Imagenio bajo la opción de acceso a Internet de facturación por volumen, en las condiciones establecidas en la promoción de verano, a partir del día siguiente en que se le haya notificado la presente resolución.”*

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha de 8 de julio de 2005, con entrada en el Registro de esta Comisión ese mismo día, TESAU interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida, solicitando que se revisara el contenido de la misma sobre la base de las siguientes alegaciones:

- 1. Que la resolución recurrida no contempla una replicabilidad considerando el 100% del bucle desagregado para determinar la cantidad máxima promocionable.**

Argumenta TESAU que esta Comisión reconoció en el lanzamiento del servicio Imagenio que la replicabilidad del mismo se sustentaba en el acceso desagregado al bucle, por lo que sostiene que sería necesario reflejarlo en los cálculos que se realizan para determinar la cuantía máxima promocionable en el presente supuesto. De este modo, siguiendo todos los criterios establecidos en el estudio costes realizados para la duplicación de velocidades y aplicando un porcentaje de bucle desagregado del 100% se obtienen unos límites promocionables superiores y no existiría pinzamiento de márgenes.

- 2. Que la resolución recurrida calcula el valor de la promoción considerando una duración errónea.**

El recurrente manifiesta asimismo su disconformidad con el mecanismo que esta Comisión ha empleado para determinar los periodos en que los clientes se benefician de las promociones lanzadas por TESAU. En este sentido, no considera razonable que respecto a determinados elementos de coste que incorporan variables temporales, se tome como periodo de referencia el periodo máximo durante el cual un cliente podría beneficiarse de los descuentos o bonificaciones.

- 3. Que aceptando esta Comisión cualquiera de los aspectos mencionados por la recurrente, la promoción no pinzaría márgenes.**

Concluye TESAU que la estimación por parte de esta Comisión de cualquiera de los argumentos esgrimidos en su recurso, la promoción estaría dentro de los límites marcados por la regulación vigente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 13 de julio de 2005, se cumplió el trámite de información al interesado previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

CUARTO. Asimismo, mediante escrito del Secretario de la Comisión de esa misma fecha se declaró la confidencialidad de determinados datos contenidos en el escrito de interposición de recurso de TESAU, dada la estrecha relación de estos datos con la política comercial de la operadora, protegida por el secreto comercial e industrial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107 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.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 9 de junio de 2005.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

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

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el art.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de la entidad TESAU ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la alegación de que la Resolución no contempla una replicabilidad considerando el 100% del bucle desagregado.

Según TESAU, esta Comisión reconoció en el lanzamiento del servicio Imagenio que la replicabilidad del mismo se sustentaba en el acceso desagregado al bucle. Por tanto, TESAU no comparte los límites establecidos por esta Comisión ya que entiende que no está teniendo en cuenta lo que estipuló respecto a la replicabilidad del servicio Imagenio. Por el contrario, según dicha operadora, se debería aplicar un porcentaje de bucle desagregado del 100%.

No obstante, no procede admitir el argumento de TESAU ya que precisamente las medidas cautelares se adoptaron tomando en consideración los límites establecidos por esta Comisión para la emulabilidad de las ofertas relativas al servicio ADSL y "Línea Imagenio", tal y como se ponía de manifiesto en la Resolución recurrida, al establecer lo siguiente:

"En la Resolución del Expediente MTZ 2005/589¹, se establece que la cantidad máxima que se puede destinar a promociones es independiente de la comercialización del servicio Imagenio (la cantidad máxima permitida para el paquete 1 -ADSL 24 horas y Plan de precios 3- y el paquete 7 -ADSL 24 horas y Plan de precios 3 e Imagenio- es la misma y lo mismo aplica a los Paquetes 2 y 8)"

(...)

"El informe preceptivo para la aprobación del servicio "Línea Imagenio" trata de preservar que los servicios de ADSL se presten de forma no

¹ Resolución de 6 de mayo de 2005 por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la OBA como consecuencia del lanzamiento por TESAU de ofertas empaquetadas que incluyen el servicio de acceso a Internet a través de ADSL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

discriminatoria mediante Imagenio o la red tradicional, esto es, sean emulables por un operador alternativo con independencia de que el servicio ADSL se comercialice conjuntamente con el servicio "Línea Imagenio".

Bajo este enfoque, se pretende que cualquier servicio ADSL ofrecido conjuntamente con Imagenio sea emulable de la misma forma que lo sería si el mismo servicio ADSL se hubiera prestado de forma individual. De esta forma se impide que TESAU esté en disposición de reducir injustificadamente la capacidad competitiva de los rivales en el mercado de los servicios de banda ancha gracias a la comercialización conjunta del servicio ADSL e Imagenio.

Y es por ello que se aplica el límite establecido por esta Comisión para el servicio minorista de ADSL por volumen "ADSL 12/04", actualizando el porcentaje de líneas disponibles para acceso desagregado, de acuerdo con la Resolución del Expediente MTZ 2005/589. Dado que la promoción propuesta por TESAU excede la cantidad máxima permitida para ese fin, se entiende que no es emulable por terceros.

En consecuencia, en contra de lo manifestado por TESAU, la Resolución recurrida se funda en las citadas Resoluciones previas adoptadas por esta Comisión en el análisis de las diferentes ofertas de ADSL minoristas lanzadas por TESAU que, a su vez, constituyen el marco de análisis vigente, conocido por todos los agentes que intervienen en el mercado. En este sentido, un cambio de criterio por parte de la Comisión no resultaría procedente en el ámbito de las medidas cautelares y prejuzgaría la Resolución del procedimiento.

SEGUNDO.- Sobre la alegación de que la Resolución calcula el valor de la promoción considerando una duración errónea.

TESAU pone de manifiesto su discrepancia con la Comisión al respecto de que en los elementos de coste que incorporan variables temporales, se tome como periodo de referencia el periodo máximo en el que un cliente podría beneficiarse.

Según la recurrente, el parámetro que puede aproximarse con mayor fiabilidad es el periodo medio de contratación, que se calcula como el periodo máximo bonificado dividido por dos. Bajo este supuesto, el coste asociado al descuento del 100% de las llamadas metropolitanas es 2,60€ (en vez de 5,22€) y el coste asociado a la bonificación de cuotas de abono es 37,82€ (en vez de 75,65€) y, consecuentemente, el coste de la promoción ascendería a 123,87€ (en vez de 164,32€).

Esta Comisión exige que, en el análisis de las propuestas de TESAU, se estime el coste de la promoción para el caso más extremo correspondiente a un cliente que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

explota al máximo las ventajas asociadas a la promoción, esto es, que dispone del servicio desde el primer día posible.

En cualquier caso, y en lo que respecta a la promoción en cuestión, se constata que la adopción de los supuestos propuestos por TESAU no alteraría la conclusión ya que el coste de 123,87€ sigue excediendo la cantidad máxima permitida de 110,19€.

TERCERO.- Sobre la alegación que señala que la promoción no pinzaría márgenes de estimarse cualquiera de los argumentos esgrimidos en el recurso.

Por todo lo anterior, no cabe admitir la conclusión final de TESAU en virtud de la cual habría de admitirse que la promoción no pinzaría márgenes.

Finalmente cabe destacar que la medida cautelar adoptada respeta los límites jurisprudenciales impuestos al artículo 72 de la LRJPAC, tal y como se argumenta en la Resolución recurrida, sin que dicho extremo se haya discutido por TESAU en su escrito de interposición de recurso. Como consecuencia, un análisis pormenorizado de la oferta y su impacto únicamente procede en la Resolución que ponga fin al procedimiento, sin que proceda por ello la modificación de la Resolución recurrida con base en las alegaciones efectuadas.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 9 de junio de 2005, sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la promoción de verano del servicio "Línea Imagenio", bajo la opción de acceso a Internet de facturación por volumen, propuesta por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por estar plenamente ajustada a derecho.

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, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera