

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 30 de mayo de 2013, por la cual se aprueba la revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de este operador y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados. (Expediente nº AJ 2013/1356).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D^o Eduardo García Matilla.

D^o Josep María Guinart Solá.

D^a Clotilde de la Higuera González.

D^o Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Barcelona, a 17 de diciembre de 2013

Visto el expediente relativo al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 30 de mayo de 2013, por la cual se aprueba la revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de este operador y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA, en su sesión núm. 11/13, acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Resolución por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 26 de julio de 2007 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) aprobó la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), de aplicación a los servicios prestados por el operador en el marco de los

mercados regulados de acceso y tráfico telefónico y de banda ancha al por mayor (mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados)¹.

Segundo.- Resolución por la que se aprueba la revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales TESAU y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados.

En noviembre del año 2012 la CMT acordó iniciar de oficio el procedimiento para la actualización de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU, y, con fecha 30 de mayo de 2013, aprobó Resolución por la cual se aprueba la revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (MTZ 2012/2259).

La citada Resolución resuelve:

*“**PRIMERO.-** Aprobar la revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados.*

*Los nuevos parámetros de la metodología, recogidos en los epígrafes III y IV, serán de aplicación **a partir del 1 de enero de 2014.***

***SEGUNDO.-** Imponer a Telefónica de España, S.A.U. las obligaciones de información contenidas en el punto VI.1 del Anexo 1.*

***TERCERO.-** Modificar las obligaciones ex ante vigentes en virtud de la Resolución de 13 de diciembre de 2012 sobre la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija y la Resolución de 22 de enero de 2009 sobre la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, de acuerdo con las previsiones incluidas en el punto VI.2 del Anexo 1.*

***CUARTO.-** La aplicación con carácter exclusivo de las disposiciones contenidas en la presente Resolución relativas a la revisión de la metodología, así como la modificación de las obligaciones de comunicación ex ante vigentes en virtud de la Resolución de 13 de diciembre de 2012 sobre la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija y la Resolución de 22 de enero de*

¹ Recomendación de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, 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.

2009 sobre la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, se realizará de acuerdo con el punto VII del Anexo 1 y el Anexo 2, y tras la adopción por parte de la CMT de la correspondiente Resolución declarando la finalización del período transitorio.

QUINTO.- (.....)

SEXTO.- (.....)".

La Resolución se notificó telemáticamente a la entidad TESAU el día 3 de junio de 2013, tal y como figura acreditado en el expediente.

Tercero.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.

Con fecha 8 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito, presentado en Correos el día 3 de julio de 2013 en nombre y representación de TESAU, por el que interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de la CMT de 30 de mayo de 2013 a la que se refiere el Antecedente anterior.

Sin manifestar expresamente su pretensión de anulación del acto impugnado, la entidad recurrente expresa su disconformidad con ciertos aspectos de la Resolución de 30 de mayo de 2013. En particular considera que la revisión de metodología implica un incumplimiento del marco jurídico sectorial vigente en relación con la imposición de obligaciones ex ante a los operadores con poder significativo de mercado al imponer obligaciones desproporcionadas y que generan inseguridad jurídica.

Por un lado, la recurrente cuestiona que se mantenga la obligación de control de sus ofertas minoristas cuando el análisis de la competencia en el mercado indica que este control ex ante ya no sería procedente y, por otro lado, entiende que las características de la nueva metodología (test de replicabilidad agregado) implican de facto la introducción de un nuevo modelo de control de contabilidad de costes que resulta desproporcionado por la inversión que supone su implementación.

Cuarto.- Inicio del procedimiento, declaración de confidencialidad y alegaciones recibidas.

Mediante escritos del Secretario de la CMT de fechas 19 de julio y 2 de agosto de 2013 se notificó a los interesados el inicio del procedimiento de resolución del recurso de reposición.

Por otro lado, sobre la base del artículo 37.5 d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), TESAU solicitaba en su recurso que se declararan confidenciales ciertos datos contenidos en el mismo que serían, a su juicio, comercialmente sensibles y cuya divulgación a terceros perjudicaría gravemente sus intereses.

Tras procederse a la subsanación de la solicitud de declaración de confidencialidad mediante la presentación de una nueva versión confidencial del recurso, el 12 de septiembre de 2013 el Secretario de la CMT dictó un acto por el que se declaraban confidenciales determinados datos incluidos por TESAU en las alegaciones de su recurso.

Por último, con fechas 8 y 13 de agosto de 2013 tuvieron entrada en el Registro de la CMT dos escritos presentados en nombre y representación de Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A.U., respectivamente, mediante los que presentaban alegaciones al recurso de TESAU y solicitaban su desestimación íntegra.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera 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 entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, aunque no alude expresamente a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas por la LRJPAC. Según el sentido de sus alegaciones, se desprende que la recurrente pretende la anulabilidad del acto impugnado por infracción del ordenamiento jurídico (causa de anulabilidad, artículo 63.1 de la LRJPAC) al referirse a la presunta vulneración del marco jurídico sectorial de telecomunicaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior y que la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pone fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere 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 consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

De acuerdo a lo señalado, la entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente procedimiento por cuanto las medidas que establece la Resolución impugnada tienen incidencia en sus derechos e intereses legítimos.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición fue interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC y además, cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma, procediendo su admisión a trámite.

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

Aun cuando la recurrente no alude expresamente en su escrito a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en dichos artículos, en virtud del principio antiformalista² que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a esta Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad, por lo que debe admitirse a trámite el recurso interpuesto por TESAU al desprenderse de sus alegaciones que la recurrente pretende la anulabilidad del acto impugnado por infracción del ordenamiento jurídico (causa de anulabilidad, artículo 63.1 de la

² En efecto, el Tribunal Supremo, y entre otras, en la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\6627) declara que no constituye razón suficiente para la inadmisión de un recurso la no expresión de “la razón de la impugnación”. Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha aplicado reiteradamente el principio antiformalista y *pro actione* en el ámbito administrativo, entre otras, en las SSTC 158/2000 de 12 de junio, 40/2007 de 26 de febrero, 3/2008 de 21 de enero y 117/2008 de 13 de octubre.

LRJPAC) al referirse a la presunta vulneración del marco jurídico sectorial de telecomunicaciones.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

La Resolución recurrida fue dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

De acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la misma Ley 3/2013, los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

Por lo tanto, una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el recurso de reposición presentado por TESAU es la Sala de Regulación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Por su parte, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. 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, según establece el artículo 43.2 de la misma Ley.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Sobre la presunta vulneración de la normativa que habilita a la CMT para la imposición de obligaciones específicas a los operadores con poder significativo de mercado en los mercados de referencia.

La entidad recurrente entiende que el contenido de la Resolución impugnada supone una vulneración de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y el Reglamento sobre mercados de

comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración³ (en adelante, Reglamento de Mercados), en lo relativo a la regulación del ejercicio de las competencias del regulador para imponer obligaciones específicas a los operadores con poder significativo de mercado en los mercados sujetos a regulación *ex ante*.

Principalmente, la entidad recurrente observa un incumplimiento de este marco jurídico en dos aspectos de la nueva metodología:

- i) El mantenimiento de las medidas de control de las ofertas minoristas de TESAU habiendo mejorado la situación competitiva del mercado, tanto en el plano minorista como en el mayorista, que las haría improcedentes por innecesarias y desproporcionadas, y;
- ii) El modelo del Test de replicabilidad agregado que introduce la Resolución, que supone en la práctica, a su juicio, la introducción de una nueva obligación de contabilidad de costes que se suma a las ya existentes, y cuya implementación supone un importante coste para el operador, máxime cuando se han desestimado las propuestas planteadas por éste para simplificar diferentes aspectos de la información contable que periódicamente debe proporcionar.

En ambos casos entiende que se trata de medidas desproporcionadas que generan inseguridad jurídica.

En contestación a la primera de las cuestiones, relativa a la procedencia de la supresión de las medidas de control de ofertas comerciales a las que está sujeta TESAU, se analizará el marco legal que rige el desarrollo e implementación de las medidas regulatorias impuestas en el marco de los procedimientos de definición y análisis de los distintos mercados susceptibles de regulación *ex ante*.

El objeto del procedimiento MTZ 2012/2259, al que pone fin la Resolución de 30 de mayo de 2013, es la revisión de la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de TESAU para su adaptación a la situación competitiva actual del mercado, en la que se apreciaban ciertos cambios significativos con respecto a la fecha en la que fue aprobada.

La aplicación práctica e implementación de los nuevos parámetros introducidos requería, a su vez, de la modificación de algunos aspectos concretos de las obligaciones de información y comunicación impuestas a TESAU en el marco de los mercados 1 y 5⁴, en particular, reduciendo el control previo a las ofertas de duración indefinida y modificando el plazo de comunicación (apartado VI.2 de la Resolución impugnada).

³ Aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

⁴ Resoluciones recaídas en los procedimientos MTZ 2012/1302 y 2008/626, que más adelante se citan.

El artículo 48.4, letras e) y g), de la LGTel reconoce facultades a la CMT (actual CNMC) para el fomento de la competencia sectorial mediante el ejercicio de la regulación *ex ante*.

Como bien señala la recurrente, la LGTel (artículos 10 y 13) y el Reglamento de Mercados (artículos 4 y 5) establecen el régimen y procedimientos a seguir para precisamente proceder a la imposición, mantenimiento, modificación y supresión de obligaciones específicas a los operadores declarados con poder significativo de mercado en un determinado mercado. El procedimiento se caracteriza por la realización previa de la definición y el análisis de mercado y la declaración de operadores con poder significativo de mercado en éste, cuyos resultados son los justifican y habilitan al regulador para acordar la conveniencia de imponer ciertas obligaciones al operador incumbente que restrinjan en cierta medida su margen de actuación y libertad de empresa en aras de garantizar un adecuado proceso competitivo.

Entre estas medidas específicas están las obligaciones de transparencia en relación con los precios minoristas, concretadas, entre otras, en las obligaciones de comunicación previa de las ofertas minoristas y de contabilidad de costes en relación con los servicios de acceso a la red telefónica pública y servicios de banda ancha. Ambos tipos de obligaciones han sido impuestas a TESAU en las últimas revisiones de los Mercados 1 y 4 y 5 (véanse Resoluciones recaídas en los procedimientos MTZ 2012/1302⁵ y 2008/626⁶).

En definitiva, tratándose la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas un ejercicio de implementación de la obligación de comunicación previa de las ofertas minoristas, el objeto de la Resolución de 30 de mayo de 2013, por la que se revisa esta metodología supone simplemente la concreción o desarrollo de una obligación regulatoria, la de transparencia, ya impuesta en el marco de la definición de los mercados 1 y 4 y 5, y no la modificación de una obligación existente o la imposición de obligaciones *ex ante* nuevas.

Así se ha venido entendiendo por la CMT en las sucesivas modificaciones de la metodología que han tenido lugar desde su aprobación en 2007 (Resolución de fecha 26 de julio de 2007), y asimismo lo prevé expresamente la propia Resolución de imposición de medidas del mercado 1, por ejemplo (Anexo 2, punto 3, de la Resolución de 13 de diciembre de 2012 sobre la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija), cuando señala que:

⁵ Resolución de 13 de diciembre de 2012 sobre la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija.

⁶ Resolución de 22 de enero de 2009 sobre la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor.

“Las Resoluciones de esta Comisión relativas a la actualización de la Metodología para el análisis ex ante de las ofertas minoristas de TESAU concretarán el contenido de esta obligación de transparencia aplicable a TESAU en función del marco finalmente establecido para dicho análisis. En virtud de esta obligación de transparencia, la Metodología que apruebe la CMT podrá incluir obligaciones de comunicación previa de las ofertas minoristas del operador con PSM, información sobre condiciones de comercialización y sus costes subyacentes, etc.

En tanto se apruebe la citada actualización de la Metodología para el análisis ex ante de las ofertas minoristas de TESAU, ésta estará obligada a notificar cualquier modificación de los precios y condiciones aplicables, con al menos 21 días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva. (.....).”

Una vez sentado lo anterior, es decir, que la revisión de la metodología no puede calificarse como la modificación de obligaciones a la que se refiere el artículo 4 del Reglamento de Mercados, hemos de referirnos a la imposibilidad de suprimir la obligación de análisis previo de ofertas minoristas, impuesta en el marco de una revisión de mercados, como reclama la recurrente.

Para ello, ha de hacerse notar que las modificaciones acordadas mediante el acto impugnado son modificaciones puramente técnicas que no afectan o prejuzgan el contenido y la propia esencia de la obligación genérica a la que están vinculadas (la obligación de transparencia concretada en la comunicación de precios y condiciones de los servicios), y que además van encaminadas, en este caso concreto, a relajar las obligaciones a las que está sujeta TESAU, ya que, una vez finalice el período transitorio establecido, solamente se analizarán por el regulador las ofertas comerciales de duración indefinida (apartado VI.2 de la Resolución).

Por tanto, la concreción o modificación de obligaciones puramente técnica o instrumental necesariamente deben adoptarse fuera del marco de las revisiones integrales de mercado en aras de favorecer una actuación administrativa ágil y eficiente. Este no sería el caso de la supresión de una obligación básica y esencial de política regulatoria, como es el control previo de los precios y condiciones de las ofertas minoristas como instrumento de prevención de situaciones de abuso de posición dominante.

Como ejemplo de la relevancia de esta medida, la Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de septiembre de 2013, sobre no discriminación y metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha, incluye entre las obligaciones que la Comisión considera apropiadas en relación con la regulación de las redes NGA la del análisis antes del lanzamiento de una nueva oferta minorista por el operador dominante. Aunque aplicable a un ámbito distinto, esto nos da idea de que el control *ex ante* de ofertas minoristas sigue siendo considerando una medida esencial en la regulación de telecomunicaciones, lo que justifica que cualquier modificación tendente a su supresión en un determinado

mercado se valore y adopte en el seno de un procedimiento de revisión del análisis y definición del mercado.

A mayor abundamiento, tal y como señala el artículo 4.2 del Reglamento de Mercados, las obligaciones específicas “*se basarán en la naturaleza del problema identificado*”, por lo que la toma de decisiones sobre el mantenimiento de cualquiera de ellas requerirá contar con datos sobre la situación del problema a tratar.

El artículo 3 del citado Reglamento prevé que la CMT (actual CNMC) deberá proceder a la revisión de los mercados de referencia como mínimo cada dos años.

Sin entrar a valorar las apreciaciones de la recurrente en relación con la mejora de la situación competitiva de los mercados afectados por la metodología, que haría las medidas en vigor innecesarias, ha de atenderse al hecho de que la revisión de las obligaciones y la valoración de la procedencia de su supresión tendrá lugar en el marco de la próxima revisión integral de los mercados afectados. De conformidad con el artículo 3 del Reglamento de Mercados que establece la revisión periódica al menos cada dos años, esto se producirá en un futuro próximo si se tiene en cuenta que las últimas revisiones de los mercados 1 y 4 y 5 se realizaron en diciembre de 2012 y enero de 2009, respectivamente⁷. Será entonces cuando podrá adoptarse la decisión de supresión de la medida de control de ofertas reclamada por la recurrente.

La entidad recurrente califica la nueva metodología y las medidas de supervisión de las ofertas minoristas a las que está sujeta como medidas de “*control ex ante y control ex post*”, a lo que cabe indicar, como, por otra parte, ya abordó la Resolución impugnada, que el análisis de ofertas minoristas de TESAU previo a su lanzamiento al mercado se enmarca claramente en el ámbito de la regulación sectorial (intervención administrativa ex ante), estando caracterizado eminentemente por su finalidad preventiva: evitar situaciones en las que los operadores alternativos no puedan replicar las ofertas comerciales de TESAU.

En cuanto a la inseguridad jurídica alegada, destacar que la Resolución recurrida se basa en datos agregados de ingresos y costes facilitados por el propio operador, por lo que difícilmente puede justificarse que las consecuencias previstas para los casos de una situación de falta de replicabilidad le generen inseguridad jurídica.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas en el recurso como motivo impugnatorio, la presunta imposición de un nuevo modelo de contabilidad de costes que el nuevo test de replicabilidad agregado supone, es preciso matizar que

⁷ En cuanto a la revisión de los mercados 4 y 5, con fecha 18 de julio de 2013 la CMT acordó la realización de una pre-consulta relativa a la evolución de los servicios de banda ancha en España y la adecuación de la regulación vigente, paso previo al inicio de procedimiento de análisis de mercado.

el hecho de que la Resolución impugnada establezca la obligación de TESAU de aportar información sobre ingresos y costes de tres segmentos minoristas no implica que se esté imponiendo un nuevo modelo de costes.

Efectivamente, la CMT trabaja con varios modelos de costes basados en estándares diferentes (históricos, corrientes e incrementales). La Resolución de 30 de mayo de 2013 analizada establece que TESAU deberá aportar datos desagregados para los segmentos identificados sin que se requiera de modificación alguna en los sistemas de imputación ni ajustes sobre las contabilizaciones realizadas. Por tanto, tal y como se argumentaba en la Resolución, aun reconociendo que el operador deberá realizar una extracción de datos diferente, no puede sostenerse que ésta constituya un nuevo modelo de costes.

En cuanto a la consideración del segmento de Gran Público en el esquema de provisión de datos que propone la entidad recurrente, esta Comisión no entiende que no es apropiada porque diluye en exceso la relación minorista-mayorista, que es lo que persigue evaluar la metodología, y no se ajustaría entonces a los objetivos que se persiguen. En cualquier caso, el objeto del recurso de reposición es analizar si el acto impugnado incurre en algún vicio de nulidad o anulabilidad de los tasados en la Ley que hagan aconsejable su revisión, pero no reabrir el fondo del procedimiento de origen para ahondar en nuevas alegaciones. Puesto que la consideración de TESAU no fue planteada en el marco de la instrucción del expediente MTZ 2012/2259 tampoco procedería darle cabida en el presente procedimiento de resolución de recurso de reposición.

Finalmente, en relación con la pretensión planteada por la recurrente de que se modifiquen ciertos aspectos concretos de los modelos de costes para su simplificación, ha de desestimarse tal alegación sin entrar a realizar una valoración técnica de tales propuestas, pues no es el objeto del presente procedimiento evaluar y modificar los modelos de contabilidad de costes ya elaborados y aprobados por el regulador en los correspondientes procedimientos tramitados con esa finalidad.

Segundo.- Sobre otras cuestiones relativas a nuevos parámetros introducidos con la revisión de la metodología.

La entidad recurrente pone de relieve algunos aspectos concretos de la revisión de la metodología aprobada por la CMT cuya modificación perjudica sus intereses. En particular, destaca los siguientes tres parámetros de la nueva metodología sobre los que plantea objeciones:

1) La determinación de los costes comerciales en el nuevo Test de replicabilidad agregado (apartado IV.1.7 de la Resolución):

Según TESAU, el estándar de costes incrementales es, de acuerdo a lo establecido por la Jurisprudencia en aplicación del Derecho de la Competencia, el apropiado para analizar situaciones de falta de replicabilidad económica. En este sentido, considera que los costes comerciales son costes fijos en la medida en que corresponden en gran parte al concepto de sueldos y costes laborales, y que no pueden por tanto considerarse como costes incrementales, debiéndose excluir del análisis de las ofertas comerciales.

En relación con estos costes, la recurrente alega que en la Resolución de esta Comisión de 22 de noviembre de 2012, sobre el coste neto del servicio universal, estos costes fueron considerados como no evitables, por lo que fueron excluidos del cálculo del coste. Este operador considera que la CMT mantiene una aproximación inconsistente en relación con estos costes en ambas resoluciones.

Esta Comisión considera que los segmentos definidos en la Resolución recurrida son muy relevantes por lo que los costes comerciales no pueden considerarse como no evitables o incrementales y, por tanto, en línea con los argumentos utilizados en la Resolución, éstos deben ser considerados en el cálculo de la replicabilidad económica de las ofertas. Efectivamente, el hecho de que un coste sea fijo no implica necesariamente que no sea incremental. De hecho, en la Jurisprudencia a la que alude TESAU, como es la Sentencia del caso Telefónica, la Comisión incluyó los costes comerciales en el cálculo de replicabilidad.

Por otra parte, en relación con la supuesta inconsistencia en el tratamiento de estos costes en el marco del Servicio Universal y la revisión de la metodología, debe recordarse que en el Servicio Universal únicamente está incluida la prestación de la conexión de banda ancha y no el servicio. Por el contrario, la metodología revisa ambos, tanto la conexión como el servicio de acceso de banda ancha, por lo que necesariamente el análisis de costes evitables o incrementales en ambos casos debe ser diferente.

En definitiva, en sentido contrario a lo indicado por la recurrente, no se considera apropiado, a la vista de los precedentes jurisprudenciales, excluir los costes comerciales del análisis de replicabilidad económica en el marco de la revisión de la metodología ahora objeto de recurso.

2) La determinación de la vida útil de cliente (apartados IV.1.4 y IV.2.4 de la Resolución):

TESAU alega que la vida media de cliente, factor clave utilizado en los tests de estrechamiento de márgenes, es, según los datos internos que maneja, muy

superior a los 27 meses que se toma como referencia en la Resolución, y solicita que en su lugar se considere “*la vida media real de los clientes de Telefónica*”.

Sin embargo, el impacto que el factor “vida media del cliente” tiene en el contexto de la nueva metodología es muy limitado, al analizarse las ofertas temporales de forma agregada y de acuerdo a un test periodo por periodo. La vida media de 27 meses es de aplicación, pues, para el análisis ex ante de las ofertas permanentes, donde se prevé que el regulador analice si los ingresos durante ese periodo son suficientes para cubrir los costes de prestación, considerando los precios mayoristas.

En la medida en que los costes no recurrentes son reducidos, esta limitación de 27 meses no es efectiva y, por tanto, no puede admitirse, como indica TESAU, que sea contrario a sus intereses y una limitación relevante a su política comercial.

3) Actuación en caso de detectarse una situación de ausencia de replicabilidad económica (apartado V de la Resolución):

TESAU reitera sus alegaciones relativas a la desproporción e inseguridad jurídica que le produce el mecanismo de ajuste establecido para el caso de que se detecte una situación de falta de replicabilidad, y, en este sentido, reclama una garantía en las medidas de ajuste restringidas a los segmentos de análisis afectados.

En relación con estas apreciaciones, esta Comisión ha de señalar que la revisión de la replicabilidad de su oferta comercial se realizará a partir de los propios datos facilitados por la recurrente, que ésta conocerá y sobre los que puede actuar, dado que el resultado dependerá de su actividad comercial. Por lo tanto, no puede aceptarse que ello provoca inseguridad jurídica al operador.

En relación con la desproporción del ajuste, procede recordar que el impacto de la falta de emulabilidad, dado el tamaño de los segmentos definidos, es muy relevante, por lo que no puede deducirse que el mecanismo sea desproporcionado.

En conclusión, no pueden acogerse favorablemente las alegaciones de TESAU en el sentido de que el mecanismo de revisión de precios mayoristas una vez se detecta una falta de emulabilidad de lugar a una situación de inseguridad jurídica.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U., contra Resolución de 30 de mayo de 2013, por la que se aprueba la revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. y de determinadas obligaciones impuestas en el marco de los mercados 1 y 5 de la Recomendación de mercados, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas, dictada en el marco del expediente MTZ 2012/2259.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y a la Asesoría Jurídica, y notifíquese al interesado, haciéndole saber puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.