



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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 09/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de marzo de 2007, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

**RESOLUCION DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 1 DE JUNIO DE 2006 QUE APROBÓ LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE ACCESO MAYORISTA DE BANDA ANCHA, EL ANÁLISIS DEL MISMO, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACORDÓ SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA.**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 1 de junio de 2006, por la que se aprobó la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea (Expediente número AEM 2005/1454), el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su Sesión número 09/07, la siguiente Resolución:

Resolución de fecha 8 de marzo de 2007, recaída en el marco de la tramitación del Expediente número AJ 2006/988.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### **PRIMERO.- Resolución del Consejo de la CMT de 1 de junio de 2006.**

En fecha 1 de junio de 2006 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) aprobó la Resolución por la que se aprobó la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea; dicho procedimiento fue tramitado en Expediente con número AEM 2005/1454.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

*<< Primero. Aprobar la definición y análisis del mercado de acceso mayorista de banda ancha, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones, que se adjunta a la presente Resolución.*

*Segundo. Comunicar a la Comisión Europea la definición y análisis del mercado mayorista de banda ancha, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones.*

*Tercero. 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.*

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

De acuerdo con lo dispuesto en el Resuelve Tercero de dicha Resolución, su Parte Dispositiva fue publicada el día 9 de junio de 2006 en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) número 137, páginas 22276 y 22277.

### **SEGUNDO.- Recurso de reposición de TESAU.**

Contra dicha Resolución de 1 de junio de 2006 la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) interpuso recurso potestativo de reposición, mediante un escrito fechado el día 12 de julio de 2006, y cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 20 de julio de 2006, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LRJPAC), y dentro del plazo de un mes establecido en el artículo 117.1 de la misma Ley.

En lo referente al contenido material del recurso de reposición de TESAU, este operador manifestaba su disconformidad con la Resolución de 1 de junio de 2006 impugnada, por lo que frente a la misma alegaba fundamentalmente lo siguiente:

1. TESAU alega primeramente que la resolución recurrida se separó del criterio expuesto anteriormente en el documento sometido a consulta pública e imponiendo nuevas obligaciones regulatorias (inclusión de los servicios mayoristas de acceso a nivel regional y nacional, obligación de aplicar precios orientados a costes, y plazos más elevados para comunicar a esta Comisión las nuevas ofertas minoristas y las



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

modificaciones pertinentes de la Oferta de Bucle de Abonado de Telefónica de España -en adelante, OBA- que garanticen su replicabilidad), todo ello sin haberse justificado de modo alguno, sin haberlo sometido al trámite de audiencia, y sin que la recurrente pudiese efectuar alegaciones al respecto. Según TESAU dichas modificaciones suponen un cambio sustancial del modelo regulatorio que hubiera necesitado de una detallada explicación por parte de esta Comisión, de una nueva consulta pública para permitir el debate entre los agentes del sector, y de un nuevo trámite de audiencia para que la recurrente pudiese haber alegado con pleno conocimiento de la propuesta de resolución, generándole inseguridad jurídica e indefensión, por lo que se habría incurrido en un motivo de nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1.e), en relación con los artículos 54.1.c) y 84, de la LRJPAC, y con el artículo 24.1 de la Constitución Española.

2. La recurrente alega también que las medidas regulatorias impuestas en la Resolución de 1 de junio de 2006 son desproporcionadas, al alterar el equilibrio regulatorio existente y carecer de motivación suficiente y de un adecuado análisis "coste-beneficio", causándole de nuevo inseguridad jurídica y una quiebra del principio de confianza legítima, a más de indefensión, por lo que se incurriría en un motivo de nulidad de pleno derecho sobre la base de lo establecido en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 54.1.f), de la misma Ley y con el artículo 24.1 de la Constitución Española, así como en otro de anulabilidad por aplicación del artículo 63.1 de la LRJPAC en relación con el artículo 10.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).
3. TESAU argumenta además que la Resolución de 1 de junio de 2006 le desincentiva para la inversión y la innovación en el mercado de banda ancha, un mercado que hasta ahora se había centrado en fomentar la inversión en desagregación del bucle local de abonado y en la competencia en inversiones en infraestructuras, lo que ha posibilitado que haya evolucionado de manera muy dinámica y con crecientes niveles de competencia, situando a España a la cabeza del desarrollo del mercado de banda ancha en Europa. Sin embargo, la Resolución recurrida habría dado un paso atrás al crear unos productos mayoristas de acceso indirecto que desincentivarían las inversiones en infraestructuras de red de los operadores alternativos, y asimismo desincentivaría a la recurrente a innovar mediante nuevos productos minoristas de banda ancha, al obligarla a ofrecer por cada uno de ellos dos servicios mayoristas (el de bucle desagregado y el de acceso indirecto). Todo ello perjudicaría en última instancia al usuario, que puede ver cómo se reduce la oferta de productos de banda ancha en el mercado y el nivel de competencia en el mismo, e iría en contra de los objetivos regulatorios establecidos en el artículo 3 de la LGTel, lo que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

sería causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 63.1 de la LRJPAC en relación con el artículo 3.c) y g) de la LGTel.

4. TESAU alega igualmente respecto a la obligación de ofrecer una replicabilidad técnica indiscriminada de todos los servicios minoristas de banda ancha que comercialice, que la misma no está suficientemente motivada por la Resolución recurrida, y que es anulable por desproporcionada y por lesiva para la recurrente y para el mercado, dado el esfuerzo requerido, sin saber siquiera si los operadores alternativos se beneficiarán del mismo, sin recibir contraprestación alguna por ello, y además resta atractivo a la desagregación del bucle de abonado como servicio mayorista general garante de la replicabilidad de los servicios de banda ancha. TESAU opina que debería atenderse la propuesta de los Servicios de la CMT, en línea con la Posición Común del “European Regulators Group” (en adelante, ERG), y matizarse dicha obligación en función de aspectos geográficos, factores de oferta y demanda, de desarrollo tecnológico, u otros. La recurrente incide en la desproporción de la obligación de ofrecer el servicio mayorista “GigADSL” a nivel nacional en las 109 demarcaciones y no de manera regional en función de las necesidades reales del mercado y de los operadores que lo soliciten, cuando es una tecnología amortizada y tendente a la obsolescencia; igualmente, la obligación de prestar nuevos servicios en esas mismas 109 demarcaciones, cuando aún no están definidas sus características técnicas y cuyo despliegue en tantos puntos puede retrasar su introducción en el mercado, supondría una medida desproporcionada y carente de justificación objetiva. Todo ello sería causa de nulidad de pleno derecho sobre la base de lo establecido en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 54.1.a), c) y f), de la misma Ley y con el artículo 24.1 de la Constitución Española, así como en otro de anulabilidad por aplicación del artículo 63.1 de la LRJPAC en relación con los artículos 10.4 y 3.c) y g) de la LGTel.
5. En cuanto a la obligación de ofrecer unos precios mayoristas orientados a costes, TESAU afirma que es una medida desproporcionada e injustificada, ya que supone un freno en el desarrollo del mercado de la banda ancha en España y no fomenta ni la inversión eficiente en redes ni la innovación en servicios, ya que desincentiva a los operadores alternativos para que inviertan en red propia e innoven mediante productos nuevos, ofertando así un catálogo de productos minoristas competitivos y diferenciados, y así aprovechan los márgenes económicos de los servicios mayoristas para limitarse replicar los de la recurrente mediante acceso indirecto a su red. En este sentido, unos precios orientados a costes fijados mediante el sistema “cost plus” resultan inadecuados para nuevos productos que requieren nuevas e importantes inversiones y en consecuencia precisan de una adecuada rentabilidad y retorno para el operador inversor, porque sino se corre el riesgo de desincentivar dicha inversión y que no se ejecute, o se haga sólo de manera selectiva, frenando la innovación y el desarrollo del



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

mercado. TESAU estima que en estos casos es más adecuado el sistema de precios mayoristas fijados mediante el sistema “retail minus” (el elegido por varios países de la Unión Europea), más ágil para adaptarse a los cambios del mercado y de la demanda mayorista, y que garantiza igualmente la replicabilidad de los servicios para los operadores alternativos sin que exista riesgo de que se regulen indirectamente los precios minoristas. Además la estructura de costes de la red de TESAU no es homogénea en todo el territorio, ni tampoco lo es la demanda de servicios mayoristas por parte de los operadores alternativos, que usa la combinación óptima de productos mayoristas para operar en el mercado minorista, no ciñéndose únicamente a uno de ellos para todo el territorio. Por tanto, una promediación de costes a nivel nacional como base para fijar los precios mayoristas de acceso indirecto mediante el sistema “cost plus” no resulta adecuada ya que los costes y la demanda difieren mucho según zonas. Todo ello sería causa de nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 54.1.f), de la misma Ley y con el artículo 24.1 de la Constitución Española, así como en otro de anulabilidad por aplicación del artículo 63.1 de la LRJPAC en relación con los artículos 10.4 y 3.a), c) y g) de la LGTel

6. Atendiendo a la cuestión de los plazos de comunicación y análisis de nuevos servicios y de la entrada en vigor de la OBA, TESAU manifiesta que frente a la dinámica del mercado y a su rápida evolución y cambio (señala la preferencia actual por los productos empaquetados), la actividad regulatoria de esta Comisión no responde con la agilidad necesaria y establece plazos excesivamente largos para comunicar y modificar o eliminar nuevas modalidades de servicio que pueden llegar a hacer inviable el lanzamiento de los mismos. Además se ha modificado sustancialmente los plazos vigentes anteriormente para comunicar nuevos servicios minoristas o variaciones en los mismos, triplicando el plazo para comunicar variaciones de precios y promociones y descuentos (antes era de 10 días y ahora es de un mes), lo cual no parece justificado ya que el análisis coste-beneficio del impacto de los nuevos precios o promociones no es complejo, a juicio de la recurrente, por lo que resulta desproporcionado y carente de justificación dicha ampliación a un mes, además de no beneficiar a ningún agente del mercado e ir en contra de la evolución del mismo y de su dinámica de cambio constante para poder hacer frente a las ofertas de los operadores alternativos. Todo ello sería causa de nulidad de pleno derecho de conformidad de nuevo con lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC, en relación con el artículo 54.1.a), c) y f), de la misma Ley y con el artículo 24.1 de la Constitución Española, así como en otro de anulabilidad por aplicación del artículo 63.1 de la LRJPAC en relación con los artículos 10.4 y 3.c) y g) de la LGTel.
7. Por último, TESAU alega que obligarla a comunicar las ofertas comerciales de todo el Grupo Telefónica no resulta ajustado a Derecho,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

ya que confunde la consideración de Grupo que se aplica en los análisis de competencia, con la imposición de obligaciones, que necesariamente se realiza a empresas concretas, y no puede obligarse a una de las que integra un Grupo a responsabilizarse de enviar información de otras empresas con personalidad jurídica propia, lo cual sería causa de nulidad de pleno derecho de conformidad de nuevo con lo dispuesto en el artículo 62.1.a),c) y g) de la LRJPAC, en relación con el artículo 54.1.a), c) y f), de la misma Ley y con el artículo 24.1 de la Constitución Española, así como en otro de anulabilidad por aplicación del artículo 63.1 de la LRJPAC.

Por todo lo expuesto, TESAU afirmaba que la Resolución recurrida incurre en los vicios de nulidad y de anulabilidad antes mencionados, por lo que sobre la base de los mismos solicitaba de esta Comisión que se admitiese su recurso a trámite y que se estimase el mismo, anulando la Resolución del Consejo de esta Comisión de 1 de junio de 2006, por la que se aprobó la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea, y modificando las obligaciones impuestas a la recurrente en el sentido expuesto en sus alegaciones.

TESAU solicita además que se declaren confidenciales las siguientes partes de su escrito:

- El Gráfico 1 y los datos contenidos en el mismo, plasmado en la página 21, y relativo a la distribución del ADSL mayorista en función del porcentaje de cobertura de planta por tecnologías y tipos de centrales.
- El Gráfico 2 y los datos contenidos en el mismo, plasmado en la página 22 y relativo a la evolución del acceso mayorista en la modalidad de acceso indirecto.
- El Anexo 1, que muestra una comparativa comentada de la regulación vigente en los países de la Unión Europea en materia de precios de servicios de acceso indirecto mayorista de banda ancha.
- Y el Anexo 2, que lista los productos y servicios minoristas de conectividad de banda ancha comunicados por TESAU a esta Comisión y pendientes de autorización administrativa.

### **TERCERO.- Notificación y trámite de información a los interesados.**

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la CMT, fechados el día 24 de julio de 2006 se informó a la recurrente y a todos los interesados de lo siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

- Que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, se cumplía el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, informándoles del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU.
- Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se daba traslado a los demás interesados de una copia del recurso de reposición interpuesto por TESAU, y se les informaba de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 59.6.a) de la LRJPAC, al haberse recurrido un acto administrativo que tenía por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas, y habiendo esta Comisión estimado que la notificación efectuada a los interesados que se personaron en su día en el procedimiento que dio lugar a la Resolución recurrida pudiera ser insuficiente para garantizar la notificación a todos los potenciales interesados, se acordó asimismo la publicación de un Anuncio informativo del contenido del citado escrito del Secretario, comunicando el inicio del procedimiento y la apertura del trámite de alegaciones en el Boletín Oficial del Estado. Dicho Anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado número 184, de 3 de agosto de 2006 (en su Sección V “Anuncios”).

### **CUARTO.- Alegaciones del Grupo CABLEEUROPA.**

Las entidades CABLEEUROPA., S.A.U., ESTO ES ONO, S.A.U. y TENARIA, S.A. (todas ellas integradas en el Grupo CABLEEUROPA; en adelante, Grupo CABLEEUROPA) presentaron un escrito conjunto de alegaciones, cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 11 de agosto de 2006. En dicho escrito, el Grupo CABLEEUROPA alega fundamentalmente lo siguiente:

- Que se suma a las alegaciones de TESAU en el sentido de que las obligaciones impuestas en la Resolución recurrida de ofrecer, por cada servicio minorista que se quiera ofrecer, dos servicios mayoristas, uno nacional y otro regional en las 109 demarcaciones del servicio GigADSL, desincentiva la inversión en redes propias y en desagregación del bucle tanto de la recurrente como de los operadores alternativos, fomentando una competencia en servicios y no en infraestructuras, y entrando en contradicción con los objetivos del actual marco regulador (artículo 3 de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

LGTel, artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE “Directiva Marco”<sup>1</sup>, y Considerando 19 de la Directiva 2002/19/CE “Directiva de Acceso”<sup>2</sup>).

- Que asimismo el Grupo CABLEEUROPA comparte las alegaciones de TESAU referente a que la orientación estricta a costes de los servicios mayoristas de banda ancha mediante el modelo “cost plus” desincentiva la inversión en redes alternativas, mientras que el modelo “retail minus” de fijación de precios mayoristas sería en su opinión el mas adecuado para cumplir los objetivos regulatorios de promoción de la inversión en infraestructuras. El Grupo CABLEEUROPA también menciona su sorpresa por el cambio de criterio habido en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entre su Propuesta de Medidas para regular el mercado mayorista de banda ancha (que se inclinaba por aplicar el modelo “retail minus”), y la Resolución recurrida de 1 de junio de 2006, sin que a su juicio las razones aducidas para ello en sus Fundamentos de Derecho (dificultades de aplicación del sistema “retail minus”, elevado precio de los servicios minoristas de banda ancha en España, estrechamiento de márgenes para los operadores alternativos sin red propia) sean justificación suficiente para ello, y sin abrir un nuevo trámite de audiencia a los interesados sobre el cambio de criterio mencionado.
- Que el Grupo CABLEEUROPA comparte asimismo la alegación de TESAU respecto de una aparente confusión en la Resolución recurrida respecto de los plazos reales en los que TESAU debe comunicar su intención de comercializar nuevos productos minoristas de banda ancha (comunicar con 3 meses de antelación la modificación de la OBA para poder comercializar nuevos servicios minoristas de banda ancha; si la revisión de la OBA es general, comunicarla con una antelación de 4 meses), ya que opina que su redacción puede inducir a confusión y llevar a pensar que realmente necesita comunicarlo con 7 meses de antelación, plazo que sería excesivo y desproporcionado, siendo necesaria una aclaración al respecto.

El Grupo CABLEEUROPA solicita finalmente que se tengan en cuenta sus alegaciones en la resolución del recurso de reposición de TESAU.

### **QUINTO.- Alegaciones de FRANCE TELECOM.**

La entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A (en adelante, FRANCE TELECOM) presentó un escrito de alegaciones, cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 14 de agosto de 2006. En dicho escrito, FRANCE TELECOM alega fundamentalmente lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco).

<sup>2</sup> Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

- Que la Resolución de 1 de junio de 2006 recurrida no incurre en ningún vicio de nulidad ni de anulabilidad, y que no se ha vulnerado el derecho a la defensa de la recurrente, ya que en el trámite de audiencia pública de la Propuesta de Medidas para adoptarse en el mercado de servicios mayoristas de banda ancha, TESAU conoció con antelación el mismo y tuvo derecho a efectuar alegaciones, y asimismo contra la resolución de adopción de medidas ha podido presentar recurso de reposición. Asimismo, el cambio de criterio habido en la Resolución recurrida no constituye vulneración alguna del derecho de defensa, sino consecuencia lógica del estudio de las alegaciones, informes, criterios y datos aportados al procedimiento.
- Que las medidas impuestas a TESAU en la Resolución de 1 de junio de 2006 son proporcionadas y están suficientemente motivadas, ya que a su juicio contribuyen a corregir la situación actual de ausencia de competencia efectiva en el mercado de referencia.
- Que es incierto que las medidas adoptadas en la Resolución de 1 de junio de 2006 recurrida desincentiven las inversiones en infraestructuras propias y en la desagregación del bucle de abonado, ya que según FRANCE TELECOM los servicios de acceso indirecto también necesitan de importantes inversiones por parte de los operadores alternativos, y son fundamentales para incrementar los niveles de competencia en el corto plazo, por lo que el regulador debe mantener un equilibrio entre el fomento de la competencia en infraestructuras a largo plazo y el fomento de los niveles de competencia efectiva en el mercado de servicios minoristas a corto plazo.
- Que la medida que se le impone en la Resolución recurrida a TESAU de garantizar la replicabilidad de todos los servicios minoristas que comercialice es proporcionada a su posición de operador con peso significativo en el mercado de referencia (el mercado mayorista de banda ancha), y necesaria dado el retraso en el desarrollo de la desagregación del bucle de abonado y la dualidad tecnológica de los servicios mayoristas existente (servicios en la modalidad GigADSL y en la modalidad IP).
- Que la orientación a costes de los precios de los servicios mayoristas de banda ancha siguiendo el modelo de “cost plus” es, a juicio de FRANCE TELECOM, una regulación más adecuada que aplicar el modelo de “retail minus”, ya que éste se ha venido aplicando hasta la fecha de una manera inadecuada y poco efectiva para conseguir la replicabilidad de los servicios minoristas de la recurrente, al generar estrechamientos de márgenes excesivos.
- Que las obligaciones impuestas a TESAU de publicar una oferta de referencia (la OBA) y de comunicar sus ofertas minoristas son adecuadas y proporcionadas al funcionamiento *ex ante* de la regulación sectorial vigente, y el plazo extenso de 3 meses de antelación con el que hay que comunicar



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

las ofertas minoristas no afectan a todas las ofertas de TESAU sino únicamente a las que vayan a desaparecer del mercado o las que introduzcan nuevas modalidades técnicas, para el resto seguiría en vigor el plazo general de 1 mes de antelación.

Por todo ello FRANCE TELECOM solicita que se desestime íntegramente el recurso de reposición interpuesto por TESAU.

### **SEXTO.- Alegaciones de BT.**

La entidad BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante, BT) presentó un escrito de alegaciones, cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 19 de septiembre de 2006. En dicho escrito, BT alega fundamentalmente lo siguiente:

- Que los cambios introducidos en la Resolución de 1 de junio de 2006 recurrida respecto de la Propuesta de Medidas son adecuados y proporcionados, y vinieron motivados fundamentalmente por los comentarios a dicha propuesta efectuados por la Comisión Europea, a la falta de competencia efectiva en el mercado de banda ancha en España, y a que TESAU conserva una posición de peso significativo en el mismo. Y no cabe alegar indefensión ya que la recurrente pudo efectuar alegaciones en el curso de la tramitación del procedimiento, y no cabe repetir el trámite cada vez que se modifique la propuesta ya que alargaría innecesariamente la duración del procedimiento.
- Que en relación a la presunta desincentivación de las inversiones en infraestructuras, dicha alegación de TESAU no se sustenta, ajuicio de BT, en ninguna disposición legal, y ha sido rebatida por la Comisión Europea ante pretensiones similares de otros operadores dominantes europeos.
- Que la medida de obligar a la recurrente a garantizar la replicabilidad de todos los productos que pretenda comercializar TESAU a nivel nacional y regional ya existía con anterioridad a la resolución recurrida, y es proporcionada al fin de incrementar los niveles de competencia en el mercado, y además BT estima que la inversión no ha de promoverse sólo en las redes sino también en los servicios, por lo que la existencia de unos servicios mayoristas que permitan replicar los servicios minoristas del operador dominante supone promover la inversión en servicios.
- Que la orientación a costes de los precios mayoristas de banda ancha, cuestionados por TESAU, en primer lugar según BT “no implican juicio de ilegalidad alguno”, sino de oportunidad de la medida, por lo que no deberían ser tenidos en cuenta en la resolución del recurso de reposición. No obstante BT considera que dicha orientación a costes es imprescindible porque el anterior modelo de “retail minus”, que era temporal, se ha revelado ineficiente para promover la competencia en el mercado y el nuevo modelo es más adecuado al desligar los precios mayoristas de los



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

minoristas, controlándose éstos mediante un análisis de competencia para evitar precios por debajo de costes (“price squeeze”).

- Que los plazos establecidos por la Resolución de 1 de junio de 2006 para que TESAU pueda comercializar sus productos son razonables y permiten a los operadores alternativos lanzar productos similares para competir en plano de igualdad, siendo los anteriores plazos, especialmente el de 10 días de antelación para comunicar las nuevas ofertas, totalmente insuficiente e inoperante; y que la obligación de comunicar las ofertas de todas las empresas del Grupo TESAU tiene todo el sentido a la luz del Derecho de la Competencia.

BT solicita finalmente que se tengan en cuenta sus alegaciones en la resolución del recurso de reposición de TESAU.

### **SÉPTIMO.- Alegaciones de ASTEL.**

Por su parte, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) presentó un escrito de alegaciones, cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 20 de septiembre de 2006. En dicho escrito, ASTEL reitera sus alegaciones efectuadas en el marco de la tramitación del procedimiento número AEM 2005/1454 culminado en la resolución de 1 de junio de 2006 objeto del recurso de reposición de TESAU, y además expone fundamentalmente lo siguiente:

- Que en cuanto a la definición de las demarcaciones regionales para la prestación de servicios mayoristas, y en concreto de las 109 demarcaciones de GigADSL, ASTEL considera que debe ser la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones quien siga estableciéndolas, atendiendo a los principios de no discriminación y de proporcionalidad, y no dejarlas al arbitrio de TESAU, que pudiera fijar demarcaciones demasiado extensas y costosas para los operadores alternativos.
- Que respecto de los plazos de comunicación de las nuevas ofertas, ASTEL estima que son adecuados pero que deberían clarificarse para garantizar que un servicio minorista de la recurrente no pueda ser comercializado hasta que soporte mayorista no esté a disposición de los operadores alternativos mediante la correspondiente modificación de la OBA, y que las alegaciones de TESAU sobre lo dilatado de los plazos confunde cuestiones y oculta su reiterada práctica dilatoria de proponer nuevos servicios minoristas sin tramitar previamente la correspondiente modificación de la OBA para garantizar su replicabilidad, lo que obligaría a esta Comisión a paralizarla y a indicarle que debe tramitar previamente dicha reforma.
- Que TESAU ha usado indebidamente en su recurso información y datos confidenciales de los operadores alternativos por afectar al secreto comercial e industrial, y por otra parte esta Comisión habría declarado



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

indebidamente como confidenciales datos agregados de los operadores alternativos.

ASTEL finaliza su escrito de alegaciones solicitando de esta Comisión lo siguiente:

- Que se desestime íntegramente el recurso de reposición de TESAU.
- Que además se incluya claramente en la resolución de 1 de junio de 2006 la obligación de TESAU de que exista una relación razonable, coherente y escalonada entre los precios de los diferentes servicios mayoristas de banda ancha, en función del nivel de inversión y de la cobertura territorial de cada modalidad, y respecto de los plazos de comunicación de las nuevas ofertas, que se clarifiquen para garantizar que un servicio minorista de la recurrente no pueda ser comercializado hasta que soporte mayorista no esté a disposición de los operadores alternativos mediante la correspondiente modificación de la OBA
- Que se incoe un procedimiento sancionador a la recurrente por utilizar datos e información confidenciales de los operadores alternativos en su recurso de reposición.
- Que la información y datos agregados expuestos en el recurso de reposición de TESAU y declarados confidenciales por esta Comisión sean desclasificados y puestos en conocimiento de ASTEL.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

##### **PRIMERO.- Calificación.**

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, 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.

TESAU califica expresamente su escrito como recurso de reposición, y del contenido del mismo se deduce que estima que la Resolución recurrida no se ajusta a Derecho en algunos aspectos de la misma e invoca expresamente varios vicios de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad en los que presuntamente incurriría la misma, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

---

que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, resulta procedente calificar el escrito presentado por TESAU en el Registro de esta Comisión el día 20 de julio de 2006 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 1 de junio de 2006, 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.

### **SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.**

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

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mencionado escrito por parte de TESAU, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

### **TERCERO.- Admisión a trámite.**

El recurso de reposición de 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 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

## **B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **PREVIO.- Motivos de nulidad y anulabilidad invocados por TESAU.**

TESAU afirma en su recurso de reposición que la Resolución del Consejo de esta Comisión de 1 de junio de 2006 por la que se aprobó la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea, incurre en varios vicios de nulidad y de anulabilidad, por lo que sobre la base de los mismos solicita de esta Comisión que se estime el mismo, anulando dicha Resolución, y modificando las obligaciones impuestas a la recurrente en el sentido expuesto en sus alegaciones.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Los argumentos utilizados por TESAU en su recurso de reposición para fundamentar la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada son, en síntesis, los siguientes:

- Que la resolución recurrida se separó del criterio expuesto en la Propuesta de Medidas que se sometió a consulta pública y a audiencia, sin haberse justificado ni motivado suficientemente, y sin que la recurrente pudiese efectuar nuevas alegaciones al respecto ante dicho cambio regulatorio sustancial, generándole inseguridad jurídica e indefensión.
- Que las medidas regulatorias adoptadas son desproporcionadas y carecen de la motivación suficiente, generando de nuevo inseguridad jurídica e indefensión a la recurrente. En especial las obligaciones de ofrecer una replicabilidad mayorista de todos sus servicios minoristas y la de orientar los precios mayoristas a costes mediante el modelo “cost plus”, desincentivan a los operadores alternativos para que inviertan en redes propias y en la desagregación del bucle de abonado, y a la recurrente para ejecutar nuevas inversiones y desarrollar nuevos servicios, incumpliendo los objetivos regulatorios y perjudicando a la competencia en el mercado, a la recurrente y a los usuarios.
- Que los plazos de comunicación previa y análisis de competencia de los nuevos servicios, son asimismo desproporcionados, injustificados y no adaptados a la dinámica del mercado, y respecto de la obligación que se le impone a la recurrente de comunicar las nuevas ofertas de todas las empresas del Grupo Telefónica, es antijurídica.

Dichos motivos aducidos por TESAU en su recurso se corresponderían con los supuestos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad establecidos en los artículos 62.1.a), c) y e), y 63.1 y 2, de la LRJPAC, respectivamente:

*“Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.*

*1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

*a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*(...)*

*c) Los que tengan un contenido imposible.*

*(...)*

*e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*

*(...)*

*Artículo 63. Anulabilidad.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

1. *Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*
  2. *No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
- (...)"

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede analizar el contenido de los motivos de nulidad y de anulabilidad señalados por la recurrente para ver si los mismos incurren o no en las causas legales de nulidad y de anulabilidad previstas en la LRJPAC.

### **PRIMERO.- Respecto al derecho de defensa de TESAU y a sus alegaciones de indefensión.**

En relación con la alegación de indefensión puesta de manifiesto por la recurrente en casi todos los epígrafes en los que estructura el escrito de interposición de su recurso de reposición, TESAU afirma que la Resolución de 1 de junio de 2006 impugnada se habría apartado del criterio inicial de esta Comisión expuesta en su Propuesta de Medidas sometida a los trámites de información pública y de audiencia, sin haberle ofrecido un nuevo trámite de audiencia al respecto en el cual poder defenderse, y por haber establecido obligaciones regulatorias desproporcionadas e indiscriminadas, y todo ello sin motivarlo ni justificarlo de manera suficiente, lo que le habría causado inseguridad jurídica e indefensión al vulnerarse los principios constitucionales de seguridad jurídica y del derecho a la defensa, y supondría que el acto recurrido sería nulo de pleno derecho por una presunta vulneración del artículo 62.1.a) de la LRJPAC en relación con lo dispuesto en el artículo 54.1.a) y c) de la LRJPAC, y en el artículo 24.1 de la Constitución Española; o subsidiariamente anulable por infringir el artículo 63.1 y 2 de la misma LRJPAC en relación con lo establecido en el artículo 10.4 de la LGTel.

Ante esta alegación de indefensión de TESAU hay que reiterar una vez más los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en numerosas Resoluciones del Consejo de esta Comisión, en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna:

Por una parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), describe el concepto de indefensión: *“la esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Consecuentemente, no ha lugar a invocar indefensión puesto que en el procedimiento del que trae causa la resolución recurrida se cumplieron escrupulosamente las previsiones procedimentales contenidas en la LRJPAC y en la normativa sectorial aplicable (singularmente el artículo 10 de la LGTel y los artículos 2 a 12 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración –en adelante, Reglamento de Mercados-), así como las establecidas en la Jurisprudencia, para la tramitación del procedimiento de definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado, la imposición de obligaciones específicas y su notificación a la Comisión Europea.

En concreto el artículo 5.1. de dicho Reglamento dispone que esta Comisión, en los términos previstos en el artículo 86 de la LRJPAC, *“someterá a un procedimiento de información pública la definición de los mercados de referencia, el análisis de dichos mercados e identificación de los operadores con poder significativo en ellos, así como la adopción de medidas relativas a la imposición, mantenimiento, modificación o supresión de obligaciones específicas sobre estos operadores”*, y en cumplimiento de esta disposición, la Resolución del Consejo de esta Comisión de 23 de noviembre de 2005 acordó iniciar el procedimiento para la definición y análisis del mercado de acceso mayorista de banda ancha, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, así como la apertura del trámite de información pública y la solicitud de informe al Servicio de Defensa de la Competencia; dicha Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 295, de fecha 10 de diciembre de 2005; y en dicho trámite de consulta pública presentaron alegaciones un total de 11 entidades y operadores, entre ellos la recurrente TESAU. y finalmente, la Resolución del Consejo de 1 de junio de 2006 objeto del recurso de reposición no se resolvió arbitrariamente sino conforme a Derecho y previa audiencia de todos los interesados que quisieron hacer alegaciones en dicho trámite de información pública respecto de la Propuesta de Medidas de esta Comisión (entre ellos la recurrente), que pudieron exponer sus criterios y defender sus intereses. Es decir, esta Comisión, de acuerdo con la normativa procedimental general y sectorial aplicable, ha asegurado en todo momento el derecho de defensa de TESAU y la posibilidad de realizar cuantas alegaciones haya considerado oportunas.

Pero además, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 65) y 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998, 178), no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial, y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. Así, la indefensión se produciría si no se pudiese acceder a la vía



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

judicial, lo que no es el caso ya que en general todos los interesados pudieron impugnar en vía contencioso-administrativa la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma y publicada en el Boletín Oficial del Estado (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC), y asimismo la recurrente TESAU podrá hacerlo desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

En definitiva, que no cabe de ninguna manera la alegación de indefensión derivada de la Resolución del Consejo de 1 de junio de 2006 recurrida ni del procedimiento administrativo tramitado al efecto, por carecer de base jurídica dicha invocación ya que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial, y en especial porque se ha garantizado en todo momento el derecho a efectuar alegaciones de la recurrente, así como por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador.

### **SEGUNDO.- Respecto de la motivación y proporcionalidad de las medidas regulatorias adoptadas en la Resolución de 1 de junio de 2006.**

TESAU manifiesta en su recurso la desproporción que a su juicio presentan determinadas medidas regulatorias adoptadas por esta Comisión en la Resolución de 1 de junio de 2006, ya que según la recurrente la LGTel obliga a que las obligaciones que se impongan a los operadores con peso significativo en el mercado sean proporcionadas al fallo de mercado detectado, y la forma de realizar este análisis sería *“la puesta en marcha de un análisis coste-beneficio por parte de la CMT”* que conllevaría *“valorar las ventajas y desventajas de las distintas opciones que afronta el regulador a la hora de decidir si mantiene, elimina o impone una obligación, es decir, la posibilidad de valorar si efectivamente la CMT ha aplicado debidamente el principio de proporcionalidad a que está obligada”*. Además TESAU señala la contradicción entre el criterio del “European Regulators Group” (en adelante, ERG) y los criterios utilizados finalmente en la resolución recurrida en relación con el modelo competitivo del mercado español, los niveles de competencia existentes y la efectividad de las medidas regulatorias adoptadas sobre comunicación previa de las ofertas de TESAU para la detección de posibles prácticas anticompetitivas. Por todo ello la recurrente considera que las obligaciones impuestas mediante la Resolución de 1 de junio de 2006 suponen un *“cambio sustancial en la regulación existente hasta ahora generando inseguridad jurídica y una vulneración del principio de confianza legítima al modificar un marco regulatorio que se estaba consolidando, sin que se hayan dado las razones para ello”*.

Frente a estas alegaciones hay que señalar que la Resolución de 1 de junio de 2006 objeto de recurso y el procedimiento administrativo que ha llevado a la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

misma se han ajustado plenamente a lo dispuesto en el artículo 10.4 de la LGTel y en el artículo 4 del Reglamento de Mercados. Así, esta Comisión, tras realizar un análisis económico y de competencia del mercado de acceso mayorista de banda ancha, ha determinado que el mismo no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva y se ha determinado que existe un operador con poder significativo en dicho mercado, TESAU, imponiéndole las obligaciones específicas más apropiadas de acuerdo con los fallos de mercado identificados. Estas obligaciones han sido elegidas, de entre todas las posibles, por ser las más ajustadas a dicho problema, elección que se ha justificado suficientemente en el Documento 1 de la Resolución recurrida.

Por otra parte, TESAU considera *“sorprendente el aumento de regulación observado en el mercado español de banda ancha”* y justifica dicha sorpresa sobre la base del informe de banda ancha del ERG. En este sentido, la Resolución recurrida no ignora dicho informe, el cual sin embargo no era contrario a la regulación en el mercado mayorista de banda ancha sino que pone de manifiesto la importancia de la regulación para permitir que exista cierta competencia entre plataformas, y que *“El hecho de que una empresa con una posición significativa en el mercado sufra una merma paulatina de su cuota puede ser indicio de que el mercado se está haciendo más competitivo, pero ello no excluye que se declare la existencia de un peso significativo en el mercado.”*

Por tanto, la Resolución estimaba que la regulación existente había permitido la existencia de cierta competencia entre proveedores basados en el par de cobre y servicios mayoristas asociados, y operadores que basan sus servicios en el desarrollo de sus propias redes (en general los operadores de cable), pero que al mismo tiempo TESAU ostenta en el mismo una fuerza económica suficiente para comportarse de forma independiente, como justifica extensamente la Resolución en base a los criterios incluidos en las Directrices comunitarias, incluyendo el análisis de las barreras a la entrada en el mercado, tanto legales como estructurales, las cuotas de mercado de los operadores, la existencia de costes hundidos, los obstáculos a la disponibilidad de factores, la existencia de economías de escala y alcance, la competencia potencial existente en el mercado, control de una infraestructura no reproducible fácilmente, el poder compensatorio de la demanda y los costes de cambio e integración vertical.

De todo lo anterior cabe concluir que TESAU no pone en duda la motivación y la justificación expuestas en la Resolución recurrida sobre su posición en el mercado, en tanto que no alega sobre el juicio realizado por esta Comisión respecto a ninguno de los criterios anteriores, sino que se limita a cuestionar la idoneidad de las obligaciones regulatorias *ex ante* adoptadas. Sin perjuicio de la opinión subjetiva de la recurrente, las medidas adoptadas son proporcionadas y, en términos generales, el Documento 1 de la Resolución da respuesta a los “elementos mínimos” que TESAU entiende que se deberían incorporar en un análisis del tipo “coste-beneficio”.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Respecto a los objetivos generales del regulador, esta Comisión persigue los establecidos en el artículo 3 de la LGTel y en el artículo 8 de la Directiva Marco (Directiva 2002/21/CE), entre otros el fomento de la competencia en el suministro de redes y de servicios, la promoción de inversiones eficientes en infraestructuras y de la innovación en servicios, la prevención de conductas restrictivas de la competencia y la adopción de medidas regulatorias coherentes con todo ello y en colaboración con la Comisión Europea y el resto de Autoridades nacionales de Regulación de los Estados miembros (en adelante, ANRs). En este sentido, en la Resolución recurrida esta Comisión ha tomado como referencia los principios recogidos en la “Posición Común” del ERG, documento en el cual se analizan los diferentes instrumentos que la Directiva de Acceso (Directiva 2002/19/CE) otorga a las ANRs para resolver, de la forma más proporcionada y eficiente, los fallos de mercado identificados en el proceso de análisis, y qué medidas regulatorias serían las más adecuadas para solucionarlos.

Así, no cabe alegar la falta de análisis de las diferentes opciones para alcanzar los objetivos, en tanto que ha tomado como referencia un documento acordado con el resto de ANRs y la Comisión Europea que lo hace de forma armonizada entre todos los Estados Miembros, por lo que las opciones consideradas por esta Comisión son proporcionadas a los fallos de mercado y las obligaciones impuestas son acordes con la práctica de otras ANRs en tanto que sigue la posición común de todos los reguladores a nivel europeo.

Por tanto, la invocación de nulidad de la Resolución recurrida por falta de motivación suficiente y por adoptar medidas desproporcionadas tampoco se sostiene y ha de ser desestimada.

### **TERCERO.- Respecto de la alegación de falta de incentivos a la inversión y a la innovación que fomenten una competencia sostenible en el largo plazo.**

TESAU considera en su recurso que las obligaciones regulatorias impuestas como consecuencia de la Resolución recurrida suponen una merma de los incentivos necesarios a la inversión en infraestructuras de red y a la innovación en servicios, tanto de este operador como de terceros, lo que impediría una competencia sostenible en el largo plazo, con el consecuente impacto sobre el bienestar de los consumidores. Para fundamentar esta alegación, la recurrente expone los siguientes argumentos:

- La obligación de dar acceso mayorista en los niveles nacionales y regionales impuesta a TESAU supondrá el traspaso a los operadores competidores de este operador de cualquier ventaja que pudieran conllevar las innovaciones comerciales derivadas de sus inversiones mediante el acceso indirecto, desincentivando a los operadores alternativos en el despliegue de sus redes alternativas propias o de sus inversiones en desagregación del bucle local de abonado, ya que pueden competir



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

eficazmente utilizando los servicios de acceso indirecto, cuyas inversiones son mucho menores.

- Las nuevas obligaciones regulatorias impuestas a TESAU afectan también a las redes e infraestructuras de nueva creación, que según la recurrente deberían estar libres de regulación asimétrica.
- Todo ello desincentivará a TESAU para afrontar nuevas inversiones en redes y tecnologías de nueva generación, o para innovar comercializando nuevos servicios minoristas, afectando asimismo a la competencia en el mercado y a los usuarios, que pueden verse privados de los beneficios que implicarían dichas inversiones e innovaciones.

Frente a estas alegaciones hay que responder lo siguiente:

### **3.1.- En cuanto al necesario equilibrio regulatorio entre las obligaciones de acceso y los incentivos a la inversión en infraestructuras de red alternativas.**

En primer lugar cumple afirmar que esta Comisión no ha incumplido sus obligaciones y objetivos regulatorios en su Resolución de 1 de junio de 2006, sino que a la hora de adoptar medidas regulatorias en el mercado mayorista de banda ancha ha buscado el equilibrio entre las obligaciones de acceso impuestas al operador con poder significativo en el mercado para fomentar la competencia en servicios el mercado en el corto plazo, y los incentivos al desarrollo de nuevas infraestructuras y a la inversión en la desagregación del bucle local de abonado de los operadores alternativos, de acuerdo con lo dispuesto en el Considerando 19 de la Directiva de Acceso (Directiva 2002/19/CE), que establece que *“aunque la obligatoriedad de la concesión de acceso a la infraestructura de red es justificable como instrumento para aumentar la competencia, las autoridades nacionales de reglamentación han de llegar a un equilibrio entre el derecho del propietario de una infraestructura a la explotación de la misma en beneficio propio y el derecho de otros proveedores de servicios competidores a acceder a recursos que resulten esenciales para el suministro de sus servicios”*.

En este sentido, el ERG interpreta el equilibrio entre competencia en servicios y el fomento de la competencia a largo plazo a la hora de elegir las obligaciones a imponer a operadores con poder significativo de mercado de la siguiente manera: si la competencia basada en infraestructuras es poco probable debido a la presencia persistente de economías significativas de escala o alcance y otras restricciones a la entrada en el mercado, las ANRs deberán asegurar un acceso suficiente a los servicios mayoristas, mientras que en los casos en que la duplicación de la infraestructura del incumbente parezca factible, las obligaciones deben generar incentivos que asistan al proceso de transición a un mercado en competencia sostenible en infraestructuras de red, y en cualquiera de los dos casos se han de elegir obligaciones de tal modo que, para la parte regulada, el beneficio de su cumplimiento sea mayor que el beneficio de su infracción.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Así, en la página 59 del Documento 1 de la Resolución de 1 de junio de 2006 de referencia se estima que, en relación con el mercado mayorista de banda ancha, *“una parte sustancial de las infraestructuras necesarias para su prestación son susceptibles de ser replicadas por terceros operadores. Ahora bien, esta replicabilidad no sería factible para la totalidad de las ubicaciones en que actualmente se prestan los servicios minoristas de banda ancha, con lo que sería necesario mantener ciertas obligaciones de acceso, modulando los incentivos económicos resaltados por el marco legislativo a través de la regulación de precios de los servicios mayoristas. De esta forma, se aseguraría que la totalidad de los consumidores en el mercado español cuentan con alternativas de suministro mientras se promueve la inversión en redes alternativas”*.

Por tanto, y de acuerdo con los criterios de la Directiva de Acceso y del ERG antes citados, en las demarcaciones en las que no existen alternativas de red a la de TESAU es necesario y está justificado imponer *“obligatoriedad de la concesión de acceso a la infraestructura de red”*, esto es, la imposición de la obligación de facilitar el acceso a todos los servicios mayoristas pertenecientes al mercado de referencia (el de banda ancha), esto es, al nivel nacional y regional, ya que de acuerdo a los datos con que contaba esta Comisión (reflejados en el Documento 1 de la Resolución recurrida y –parcialmente- en el Informe Anual 2005 y en el Informe Trimestral 1-2006 de esta Comisión) y que el tiempo ha venido a corroborar, se ha producido un cierto estancamiento, dadas las condiciones actuales, de los servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle de abonado.

En efecto, las altas netas del servicio de acceso indirecto al bucle de abonado en ambos niveles presentan crecimientos netos nulos o negativos desde principios de 2006, y cuando se analiza la evolución de los diferentes servicios mayoristas a los que los operadores alternativos tienen acceso, esto es, acceso desagregado al bucle de abonado, servicio mayorista nacional, servicio mayorista regional y servicio de reventa, la evolución es similar y, salvo el servicio desagregado al bucle de abonado, con tendencia ascendente y que ya supone la mitad de las líneas ADSL de los operadores alternativos, el resto de servicios mayoristas han reducido sensiblemente su peso con respecto al total de líneas ADSL en servicio en el mercado minorista.

Ahora bien, el servicio desagregado al bucle de abonado se ha mostrado insuficiente como alternativa para conseguir un entorno de competencia efectiva en el mercado minorista de banda ancha de servicios ADSL, ya que se ha ido produciendo una mera sustitución de las líneas mayoristas de acceso indirecto por otras de acceso directo o de bucle desagregado, sin que en su conjunto los operadores alternativos hayan conseguido arrebatar cuota de mercado a TESAU ni superar conjuntamente, y utilizando todas las modalidades de servicios mayoristas, el 30 por 100 de cuota de mercado desde hace más de un año; por el contrario, TESAU, ha mantenido una cuota de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

mercado del 70 por 100, incluso con una ligera tendencia a incrementarse en los últimos meses del análisis recogido en la resolución recurrida.

Finalmente, tampoco la existencia de redes alternativas suministradas por los operadores de cable garantizaría la competencia efectiva en el mercado, ya que la evolución intertrimestral de los últimos años refleja en el mercado de servicios de banda ancha un cierto estancamiento en las cuotas de mercado, en los que el Grupo Telefónica mantiene un 55-56 por 100 de la cuota de mercado, los operadores alternativos de servicios de ADSL se mantienen en torno a un 22 por 100, y los operadores alternativos de servicios de cable un 22-23 por 100.

Otro aspecto que corrobora la insuficiencia de la actual oferta mayorista para garantizar una competencia efectiva en el mercado se refiere al nivel de precios minorista. Así, en la página 64 de la Resolución recurrida se estimó que *“los precios minoristas de los servicios ADSL son elevados, lo que coincide con comparativas internacionales de la OCDE, y resulta coherente con informaciones ofrecidas por TESAU a sus inversores. Esta situación se ha mantenido desde entonces dadas las comparativas publicadas recientemente por la Comisión Europea”*.

En definitiva, que TESAU aglutina una cuota de mercado relevante en el mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha, mercado que en el caso español exhibe además unos elevados precios minoristas. Todo ello evidencia la necesidad de incrementar los servicios mayoristas disponibles para los operadores alternativos y justifica la adopción de las medidas regulatorias incluidas en la resolución de 1 de junio de 2006, con el objetivo de garantizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado minorista.

### **3.2.- Sobre la aplicabilidad de la regulación ex ante a las nuevas infraestructuras de red.**

Con respecto a las aplicación de las obligaciones regulatorias *ex ante* a las nuevas infraestructuras de red que despliegue TESAU, la recurrente considera que *“(...) la CMT debería apostar por un marco en el que se faciliten determinados servicios mayoristas sobre la red preexistente para fomentar la competencia, tanto regulados como comerciales, pero, a su vez, debe liberar toda regulación a aquellas nuevas inversiones que se hagan en el mercado para fomentar la competencia en infraestructuras. En ningún caso puede ser positivo para el desarrollo del mercado la extensión continua de la regulación mayorista, ya que frena en seco la innovación de servicios, que finalmente repercute en el bienestar del cliente final”*. Es decir, TESAU realmente no cuestiona la legalidad de las medidas adoptadas, único objeto propio del recurso de reposición que, por tanto, no requiere en este punto pronunciamiento específico por parte de esta Comisión.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

No obstante lo anterior, es preciso recordar lo siguiente:

- Que en los comentarios realizados por la Comisión Europea respecto a la notificación española (Caso ES/2006/0370) se indica que *“la Comisión desea indicar que cualquier producto mayorista de acceso de banda ancha que deba ser suministrado por TESAU de acuerdo a los remedios impuestos, debe ser puesto a disposición con independencia del uso que el comprador de dicho servicio desee hacer de ello (acceso a Internet, VoIP o TV a través de ADSL).*

*En principio los mismos remedios impuestos por la CMT deben cubrir todo el mercado relevante en el cual TESAU ha sido identificado como poseedor de PSM (p. ej. Incluyendo ADSL a VDSL) si la CMT no puede justificar, de acuerdo con el artículo 8 (4) de la Directiva de Acceso y a la luz de los objetivos regulatorios establecidos en el artículo 8 de la Directiva Marco, la razón por la cual los remedios cubren sólo parte del mercado y cómo dichos remedios sirven para corregir los fallos de mercado identificados.*

*Teniendo en cuenta la información suministrada y los problemas de competencia identificados por la CMT, sería adecuado en este caso asegurar acceso a todas las infraestructuras, incluyendo ADSL, ADSL 2+ de TESAU y futuras infraestructuras de VDSL, a menos que los productos suministrados a través de esas infraestructuras no sean claramente sustitutos de los productos minoristas derivados del mercado mayorista bitstream”.*

- Que en el caso español el artículo 10.4, párrafo tercero, de la LGTel, establece que *“A la hora de imponer obligaciones específicas, se tomarán en consideración, en su caso, las condiciones peculiares presentes en nuevos mercados en expansión, esto es, aquellos con perspectivas de crecimiento elevadas y niveles reducidos de contratación por los usuarios y en los que todavía no se ha alcanzado una estructura estable, para evitar que se limite o retrase su desarrollo”.*

### **CUARTO.- Respecto a la replicabilidad técnica de los servicios minoristas de TESAU.**

TESAU señala que la obligación regulatoria que se le ha impuesto de ofrecer un servicio mayorista a los operadores alternativos suficiente para replicar toda su oferta minorista, tanto mediante acceso GigADSL como mediante acceso IP y a nivel nacional y regional (en las 109 demarcaciones de GigADSL), es una obligación desproporcionada en tanto que cualquier nuevo servicio minorista que pretenda lanzar al mercado le supondrá unas inversiones importantes para implementar los servicios mayoristas y desconociendo la demanda real de los mismos, esto es, sin saber si los operadores alternativos van a hacer realmente uso de la nueva capacidad instalada en un volumen suficiente en todos los niveles en los que se obliga a invertir como para que sea viable



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

económicamente en todos ellos, lo que desincentiva la innovación y el lanzamiento de nuevos servicios para evitar incurrir en dichos costes.

TESAU solicita que se elimine dicha obligación general e indiscriminada y se module en función del servicio minorista concreto, y en general que se regule como servicio mayorista de referencia para replicar los servicios minoristas el acceso desagregado al bucle de abonado.

Frente a estas alegaciones hay que responder lo siguiente:

### ***4.1.- La remuneración de las inversiones para prestar los servicios mayoristas de banda ancha.***

En primer lugar cabe resaltar que ya se ha justificado anteriormente la necesidad, dadas las condiciones competitivas del mercado español, de contar con una oferta mayorista en los niveles regional y nacional. Por tanto, los argumentos de TESAU para extender su argumentación respecto a la falta de proporcionalidad de esta obligación sobre la base de los importantes requerimientos de inversión necesarios para lanzar cualquier servicio minorista, la ausencia de seguridad sobre la demanda que los mismos tendrán un retorno suficiente y pueden desincentivarle a invertir e innovar, chocan radicalmente con la realidad, ya que la orientación de los precios a costes implica necesariamente que los mismos sean suficientes para remunerar las inversiones que realice ese operador para prestar los servicios mayoristas, de acuerdo con lo previsto en el Considerando 20 de la Directiva de Acceso, que se establece que *“cuando una autoridad nacional de reglamentación calcule los costes generados por la creación de un servicio impuesto en virtud de la presente Directiva, procede permitir una rentabilidad razonable sobre el capital empleado, incluidos los costes de los trabajos pendientes y de la construcción, con el valor del capital adaptado, en caso necesario, para reflejar la evaluación actual del activo y la eficacia de las operaciones”*.

De esta forma, la regulación vigente es suficiente para asegurar que los costes en que incurre TESAU para la prestación de los servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle que le imponga la Resolución de 1 de junio de 2006 queden cubiertos de una forma razonable mediante los precios mayoristas de dichos servicios. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la recurrente deberá autoprestarse los mismos y que la obligación de acceso únicamente afecta a aquellos servicios necesarios para replicar las ofertas minoristas de este operador.

### ***4.2.- Sobre la suficiencia de la actual oferta mayorista de TESAU.***

Frente a la alegación de desproporcionalidad de la obligación impuesta en base a que ya existiría una oferta mayorista suficiente para emular la oferta comercial de TESAU hay que responder que dicha presunta suficiencia debe ser matizada, en línea con los argumentos apuntados por la Resolución de 1 de junio de 2006 recurrida, que como ya se ha expuesto en párrafos anteriores ha



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

estimado que en las actuales condiciones de competencia en dicho mercado son insuficientes y que el servicio desagregado al bucle de abonado no es un producto sustitutivo del servicio mayorista de acceso indirecto de banda ancha, además de que no debe de tenerse en cuenta al analizar el mercado de referencia objeto de la resolución recurrida, ya que pertenece a otro mercado de referencia.

En cualquier caso, la propia Resolución de 1 de julio de 2006 consideró en la página 65 de su Documento 1 que *“la valoración de otros servicios mayoristas complementarios, como es el bucle del abonado, en el análisis de las ofertas minoristas del operador con PSM es adecuada a las condiciones de competencia del mercado y a los objetivos impuestos por el nuevo marco a las ANRs. De esta forma, y como se ha explicado ampliamente en la descripción del mercado minorista, en el mercado minorista español existen elementos mayoristas que implican unos costes menores a los del acceso indirecto y que son plenamente accesibles por los operadores alternativos. De esta forma, los costes relevantes para el cálculo del margen de las ofertas minoristas de TESAU deben tener en consideración las proporciones medias del mercado, con el fin de asegurar el legítimo derecho de un operador dominante a proteger sus intereses comerciales (derecho reconocido por la jurisprudencia de competencia comunitaria)”*.

De esta forma, esta Comisión consideró que si bien la replicabilidad técnica no debe tener en cuenta la existencia de otras alternativas mayoristas, estas consideraciones sirven para modular las limitaciones en las condiciones económicas de la oferta de TESAU, y así se hizo en la citada Resolución al imponerle las obligaciones mayoristas, por lo que debe desestimarse la solicitud de la recurrente al respecto.

### **4.3.- Sobre la replicabilidad de la oferta minorista de TESAU.**

TESAU también alega que obligar a ofrecer determinadas modalidades mayoristas en los niveles regional y nacional no tienen sentido, ya que, si en algún caso estuviese justificado, esta Comisión podrá determinar qué servicio mayorista es suficiente para replicar las ofertas minoristas de la recurrente, asegurando el cumplimiento de la obligación de no discriminación que este operador tiene impuesta.

Asimismo, respecto a la configuración de la oferta mayorista de acceso a partir del servicio GigADSL, la Resolución recurrida consideraba que la actual configuración en 109 demarcaciones y puntos de acceso había supuesto unos costes relevantes de despliegue para los operadores alternativos, por lo que es adecuado, proporcional y necesario que la eventual modificación de dicho servicio mayorista y de su estructura de acceso no se deje exclusivamente al arbitrio de TESAU sino que se tomen en consideración las opiniones del resto de operadores que han ejecutado dichas inversiones, las cuales en muchos casos constituyen costes hundidos.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

Por las motivaciones anteriores, la Resolución consideró en sus páginas 60 y 61 lo siguiente:

*“TESAU estará obligada a prestar un servicio mayorista de acceso indirecto al bucle que replique, técnicamente, todas las ofertas minoristas que comercialice este operador o cualquier empresa de su grupo. La CMT considera necesario respetar, a la hora de definir los servicios mayoristas anteriores, determinados aspectos respecto a los puntos de entrega de la señal (servicio regional). El servicio GigADSL fue definido en el momento de su lanzamiento en torno a 109 demarcaciones que conllevaban el mismo número de puntos de entrega. Dicho modelo obligó a los operadores a realizar cuantiosas inversiones para conseguir coberturas relevantes de la población. El objetivo de dichas inversiones era diferenciarse de sus competidores reduciendo los costes medios mediante el aprovechamiento de economías de escala. De esta forma, la CMT considera que los beneficios que producía el despliegue de red anterior desarrollado sobre el marco del servicio GigADSL debe mantenerse con independencia de la existencia de dicho servicio mayorista.*

*Por otra parte, anteriormente se ha descrito como un potencial problemas de competencia la posibilidad con que cuenta TESAU para poder incluir condiciones y requerimientos no equitativos encaminados a incrementar los costes de entrada de los operadores alternativos. En particular, se citaba, por su importancia, la modificación injustificada en los puntos de entrega del tráfico, una vez los operadores han desarrollado sus redes en función de la topología de la red de TESAU. De esta forma, y en tanto que TESAU no realice una propuesta que no implique la imposición de costes no justificados a los operadores que optaron en su momento por un despliegue de red en base a las demarcaciones fijadas en el marco de los servicios mayoristas vigentes y asegure una migración adecuada y no discriminatoria, la CMT debe asegurar el mantenimiento de las actuales condiciones para los operadores alternativos.*

*En consecuencia, deberá existir un servicio mayorista que permita la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas en todas las demarcaciones en las que hasta ahora se venía prestando el servicio GigADSL (servicio mayorista de acceso a banda ancha regional).”*

Adicionalmente, también la Resolución consideraba en la página 20 de su Documento 1 que *“las mayores eficiencias en el transporte que es posible conseguir a través del protocolo IP, es posible e, incluso previsible, que el número de demarcaciones del servicio mayorista de concentración regional se reduzcan, disminuyendo por tanto, y siempre de forma prospectiva, las citadas inversiones necesarias para acceder a dicho servicio regional”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

De todo lo anterior debe deducirse que la Resolución recurrida no obliga a TESAU a mantener el servicio GigADSL como el servicio mayorista regional de acceso de banda ancha sino que, efectivamente, dicho servicio podría modificarse en el futuro como consecuencia de una propuesta de TESAU. Ahora bien, la recurrente debe tener en cuenta la situación actual en que se encuentran los operadores alternativos, que han sido forzados a desplegar su red hasta un número de puntos de entrega (109) diseñados por ese operador. Por tanto, la modificación de los mismos no puede producirse de forma unilateral sino que deberá seguir el procedimiento establecido para la modificación de la OBA y dando audiencia a los operadores demandantes de los servicios.

Es decir, que la medida impugnada es en este aspecto proporcionada y conforme a Derecho, por lo que debe desestimarse la solicitud de la recurrente al respecto.

### **QUINTO.- La orientación de los precios de los servicios mayoristas de banda ancha a los costes.**

TESAU considera que la aplicación de un criterio estricto de orientación de los precios a los costes con el modelo “cost plus” supone un riesgo importante para la rentabilidad de las inversiones necesarias en este mercado, ya que según su opinión podría suponer una regulación indirecta de los precios minoristas cuyo fundamento se basaría en los costes. Además cuestiona la eficiencia de dicho sistema para determinar los precios de productos innovadores, que pueden requerir de precios minoristas inicialmente más elevados para garantizar su viabilidad comercial, y de mecanismos de análisis más dinámicos, por lo que propone volver al sistema de “retail minus”, que a su juicio es más proporcionado y ágil para la determinación de los precios mayoristas de acceso de banda ancha.

Además TESAU impugna también la promediación nacional de los precios mayoristas por no ser razonable, ya que los operadores alternativos pueden combinar los servicios mayoristas existentes para minimizar sus costes, por lo que solicita que cualquier análisis de replicabilidad que se realice tenga en cuenta el uso real que de los diferentes servicios mayoristas hacen los operadores alternativos.

Frente a esas alegaciones hay que señalar en primer lugar que muchas de las mismas ya fueron tenidas en cuenta y analizadas en la Resolución de 1 de junio de 2006.

En cuanto al presunto riesgo para la inversiones futuras de la recurrente y para el desarrollo del mercado que puede suponer el uso del sistema de orientación a costes “cost plus” para fijar los precios mayoristas de banda ancha, como ya se ha argumentado anteriormente la fijación de precios mayoristas por parte de esta Comisión en el marco de estos servicios se ha realizado siguiendo lo establecido en el considerando 20 de la Directiva de Acceso que expresamente



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

reconoce que las actividades mayoristas deben contar con un margen positivo incluida una retribución del capital.

Asimismo hay que destacar que en ningún momento se ha tratado de establecer una regulación indirecta de los precios minoristas ni existe elemento objetivo alguno para afirmarlo, ni TESAU aporta prueba alguna que corrobore dicha afirmación. De hecho, tanto la LGTel como el marco normativo comunitario vigente (en particular el Considerando 26 de la Directiva de Acceso, Directiva 2002/20/CE) apuntan a la regulación mayorista como la idónea por ser menos intervencionista que la intervención en los precios minoristas, y que *“sólo deben imponerse controles reguladores a los servicios al por menor cuando las ANR consideren que las medidas aplicadas al mercado al por mayor o conexo no harían posible alcanzar el objetivo de garantizar la competencia efectiva”*. Por tanto, no se entiende bien la alegación de TESAU al respecto, dado que la actuación de esta Comisión es coherente con lo establecido por la normativa vigente y en ningún caso intervencionista en el mercado minorista. Por otra parte, esta regulación de precios también ha sido establecida en otro mercado conexo al servicio mayorista de banda ancha, cual es el mercado mayorista de acceso al bucle local de abonado, y sin embargo en el mismo la recurrente no realizó este tipo de consideraciones.

En cuanto a las alegaciones en el sentido de que el sistema de fijación de precios mayoristas orientados a costes “cost plus” es un mecanismo lento e inadecuado para un mercado dinámico como es el de la banda ancha, y que tampoco se tiene en cuenta la combinación óptima de los servicios mayoristas que realizan los operadores alternativos, esta Comisión tiene que responder rebatiendo esas afirmaciones ya que:

- Por una parte, ha tenido en cuenta los problemas puestos de manifiesto por TESAU al respecto, estimando que, en determinados casos, podría resultar más eficiente la fijación de los precios mediante una metodología “retail minus”. Concretamente en la página 70 de la Resolución de 1 de junio de 2006 se estableció que *“para los casos en que no se disponga de la información suficiente, la CMT podrá determinar los precios mayoristas de referencia de acuerdo con una metodología Retail Minus de forma que, en ningún caso, los precios ofrecidos a terceros por TESAU podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente tanto en los mercados minoristas conexos como en los mayoristas descendentes al de referencia”*. Por tanto, no es necesario modificar la Resolución recurrida puesto que ya recoge la problemática derivada de la fijación de los precios mayoristas orientados a los costes para la innovación comercial de TESAU en el ámbito de los servicios minoristas de banda ancha.
- Y por otro lado, en la misma página 70 establece que en relación a las posibles combinaciones óptimas de servicios mayoristas que utilizan los operadores alternativos y su incidencia en los costes, esta Comisión *“evaluará también las presiones competitivas que enfrenta este operador,*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*tanto mediante estos servicios mayoristas como de otros complementarios, en especial, el bucle desagregado*". Es decir, que sin perjuicio de la obligación general de ofrecer la replicabilidad técnica de todos sus servicios en todo el territorio nacional, en la fijación de los precios se ha tenido en cuenta el diferente uso de cada servicio mayorista en diferentes partes del territorio, y el diferente coste de cada modalidad de acceso (indirecto o desagregado), lo cual justifica la promediación de previos impuesta, por lo que la alegación de TESAU al respecto carece de justificación objetiva alguna.

En definitiva, la orientación de los precios del servicio mayorista de acceso de banda ancha no supone un riesgo para la rentabilidad de las inversiones acometidas por TESAU, ni tampoco una regulación indirecta de los servicios minoristas conexos, y además tiene en cuenta las posibles combinaciones optimizadas de diferentes servicios mayoristas y que en algunos casos puede ser más eficiente la fijación de los precios mediante una metodología "retail minus", por lo que las alegaciones de la recurrente al respecto deben ser desestimadas.

### **SEXTO.- Respecto a los plazos para la entrada en vigor de las modificaciones de la OBA y para comunicar las nuevas ofertas minoristas de TESAU.**

Por último, TESAU cuestiona los plazos establecidos en la Resolución de 1 de junio de 2006 de referencia para la entrada en vigor de las modificaciones de la OBA y para comunicar sus nuevas ofertas minoristas, por ser injustificadamente elevados:

- De acuerdo con los cálculos de TESAU, la aprobación de una oferta minorista podría conllevar que su tramitación se prolongase hasta 7 meses desde su presentación: 3 meses para el análisis de mercado de la misma, más 4 meses adicionales para tramitar la correspondiente modificación de la OBA.
- Por otra parte, TESAU estima que la ampliación del plazo de comunicación previa de sus ofertas y promociones minoristas impuesta en la Resolución de referencia desde los diez días actuales hasta un mes no es proporcionado ni está justificado, ya que los análisis que debe realizar esta Comisión se reducen a cotejar si el importe de promociones es menor o no a una determinada cantidad prefijada en el momento de la aprobación del producto.

Por todo ello la recurrente solicita la reducción de los mismos, para poder adaptarse al dinamismo del mercado y poder lanzar ofertas y productos con agilidad.

En este sentido, respecto de los plazos para efectuar modificaciones en la Oferta mayorista de acceso Indirecto al Bucle de Abonado (OIBA), el plazo de 7



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

meses que debe transcurrir entre la comunicación de un determinado servicio y su comercialización señalado por TESAU, es un plazo teórico máximo que en un caso extremo pudiera darse, pero no en general como pretende dar a entender la recurrente, sino únicamente en el supuesto de aquellos servicios minoristas que requieran una modificación sustancial en la oferta mayorista, ya que se necesita dicho plazo para que esta Comisión pueda poder analizar con detalle las propuestas de modificación, su impacto en el mercado y su replicabilidad, y para asegurar que las mismas sean coherentes con las obligaciones regulatorias que ese operador tiene impuestas, y además los operadores alternativos pueden requerir de un determinado periodo para realizar los ajustes que la modificación propuesta por TESAU puedan requerir. De esta forma, esta Comisión entiende que es necesario contar con un horizonte temporal suficiente para garantizar la igualdad de oportunidades entre la recurrente y sus competidores en lo referente a los nuevos servicios.

Además hay que señalar que los plazos impugnados no son nuevos sino que eran los vigentes anteriormente, por lo que no se ha producido una modificación sustancial en los mismos, y que en esta Comisión no ha agotado en todas las ocasiones los plazos anteriores, sino que aplica los plazos con flexibilidad y adaptándose a las necesidades concretas de cada caso: si la urgencia del producto o de la promoción lo requerían, se han modificado determinados servicios mayoristas mediante medidas cautelares, o bien considerando que no era necesaria una modificación de la OBA al existir una oferta mayorista que garantizaba la replicabilidad. En definitiva, que la solicitud de TESAU para reducir dichos plazos resulta innecesaria y extemporánea, a más de basada en alegaciones que no se ajustan a la realidad del funcionamiento de los procedimientos de modificación de la OBA.

En cuanto a los plazos para comunicar las promociones sobre los servicios que ya cuentan con un servicio mayorista de soporte, el plazo de un mes es necesario para que esta Comisión pueda aplicar su metodología para la detección de prácticas anticompetitivas en las ofertas minoristas de TESAU, con el objetivo de implementar un mecanismo transparente para todos los operadores, incluida TESAU, sobre los costes e ingresos de cada oferta minorista que proponga lanzar al mercado. En consecuencia, y a la vista de dicha revisión, el plazo de comunicación previa de un mes impuesto en la Resolución de 1 de junio de 2006 es el tiempo mínimo indispensable para que esta Comisión pueda analizar adecuadamente cada oferta y promoción propuesta por TESAU, y al mismo tiempo es suficiente para que TESAU disponga de un mecanismo lo suficientemente ágil para introducir en el mercado nuevas promociones y ofertas para los usuarios, estimulando a los operadores alternativos a replicar dichas ofertas y, en definitiva, dinamizando el mercado nacional de banda ancha.

En definitiva, procede desestimar asimismo dicha solicitud.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

### **SÉPTIMO.- Sobre la confidencialidad de determinadas partes del escrito de interposición del recurso solicitada por TESAU.**

En su escrito de interposición del recurso de reposición, TESAU solicita a esta Comisión que se declaren confidenciales los Gráficos 1 y 2 (relativos a la distribución del ADSL mayorista y a la evolución del acceso mayorista en la modalidad de acceso indirecto, respectivamente), plasmados en las páginas 21 y 22 del escrito de interposición del recurso, respectivamente, y los Anexos 1 y 2 del mismo (una comparativa comentada de la regulación vigente en los países de la Unión Europea en materia de precios de servicios de acceso indirecto mayorista de banda ancha, y una lista de los productos y servicios minoristas de conectividad de banda ancha comunicados por TESAU a esta Comisión y pendientes de autorización administrativa, respectivamente).

A la vista de la información y de los documentos aportados por TESAU y de la solicitud planteada, resulta procedente analizarlos con el fin de determinar si dichos datos estarían afectados por el secreto comercial o industrial, declarando o no, consecuentemente, su confidencialidad.

Sobre dicho aspecto, la disposición adicional cuarta de la LGTel dispone que *“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad decidirá, de forma motivada y a través de resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.

A su vez, el artículo 9.1 de la LGTel señala en su último inciso que *“Las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial”*. Ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 46 de la LGTel tendrán la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación, entre otras, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por lo que, en virtud de lo señalado en los artículos anteriores, ha de analizarse si efectivamente la difusión de la información citada podría perjudicar a dicha operadora en el presente procedimiento por afectar a su secreto comercial o industrial.

Con carácter general, el artículo 37.5, letra d), de la LRJPAC exceptúa del derecho general de acceso a Archivos y Registros los registros y documentos



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

que formen parte de un Expediente y que versen sobre materias protegidas por el secreto comercial e industrial.

A tales efectos, si bien no existe en el Ordenamiento jurídico español, una norma que regule de forma directa y exhaustiva el llamado secreto comercial o industrial, puede tenerse en cuenta en el presente caso lo dispuesto en 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.

En efecto, la Comisión establece en el punto 3.2.1 18 de la citada Comunicación, que *“cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera, relativa a los conocimientos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.”*

Del mismo modo en el punto 19 del apartado 3.2.2 titulado otra información confidencial dispone que *“la categoría <<otra información confidencial>> incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. El tribunal de Primera Instancia y el tribunal de Justicia han reconocido que es legítimo negarse a revelar a tales empresas ciertas cartas procedentes de sus clientes, puesto que su revelación podría exponer fácilmente a los autores al riesgo de medidas de represalia. Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato.”*

Pues bien, a la vista de la documentación presentada por TESAU esta Comisión ha estimado, previa ponderación entre el interés de la entidad en que se declare su confidencialidad y el interés posible de los operadores autorizados a conocer el contenido de la misma, la procedencia de declarar la confidencialidad solicitada por la recurrente frente a terceros únicamente del Anexo 2 (lista de los productos y servicios minoristas de conectividad de banda ancha comunicados por TESAU a esta Comisión y pendientes de autorización



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

administrativa), por cuanto la difusión o el conocimiento de la información contenida en el mismo podría afectar al secreto comercial e industrial y ocasionar perjuicios a los operadores afectados por dicha información, en este caso a TESAU. El resto de documentos cuya confidencialidad se solicita no contienen realmente información que afecte al secreto comercial e industrial ni de TESAU ni de otros operadores individualmente considerados, ya que:

- El Gráfico 1 y los datos contenidos en el mismo, plasmado en la página 21, y relativo a la distribución del ADSL mayorista en función del porcentaje de cobertura de planta por tecnologías y tipos de centrales, son datos que TESAU comunica mensualmente a esta Comisión, y muestra únicamente datos agregados del uso de sus servicios mayoristas por el conjunto de los operadores alternativos, por lo que no muestran datos concretos de ningún operador y, en consecuencia, no afectan a su secreto comercial e industrial.
- El Gráfico 2 y los datos contenidos en el mismo, plasmado en la página 22 y relativo a la evolución del acceso mayorista en la modalidad de acceso indirecto, son asimismo datos que TESAU comunica mensualmente a esta Comisión, y muestra únicamente datos agregados del uso de sus servicios mayoristas por el conjunto de los operadores alternativos, por lo que no muestran datos concretos de ningún operador y, en consecuencia, tampoco afectan a su secreto comercial e industrial.
- Y el Anexo 1, que muestra una comparativa comentada de la regulación vigente en los países de la Unión Europea en materia de precios de servicios de acceso indirecto mayorista de banda ancha, no contiene ningún dato confidencial y los comentarios de TESAU tampoco son relevantes ni afectan al secreto comercial e industrial de la recurrente.

Consecuentemente, esta Comisión no aprecia motivo alguno por el cual TESAU deba disponer en exclusiva de dicha información.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, el Consejo de esta Comisión

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 1 de junio de 2006, por la que se aprobó la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

y se acordó su notificación a la Comisión Europea, por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

**SEGUNDO.-** Declarar la confidencialidad del Anexo 2 del escrito de interposición del recurso de reposición de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.,.

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 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera