



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 14/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 23 de abril de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número RO 2009/368, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS CONDICIONES ECONOMICAS ESTABLECIDAS EN LA RESOLUCION DE 27 DE MARZO DE 2008 AL ADSL RURAL (RO 2009/368).

I. ANTECEDENTES DE LA CONSULTA.

Con fecha 16 de febrero de 2009 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Telefónica por el que plantea una consulta sobre la aplicación de las condiciones económicas establecidas en la Resolución de 27 de marzo de 2008 por la que se aprueban las condiciones aplicables al acceso indirecto, al servicio de Adsl rural.

A este respecto, Telefónica señala que *“el servicio mayorista Adsl rural surgió al ser adjudicataria Telefónica de las ayudas concedidas por Orden del Ministerio de industria, Turismo y Comercio ITC/701/2005, de 17 de marzo, (...), para la provisión de las infraestructuras necesarias para llevar a cabo el Programa de Extensión de la Banda Ancha a zonas rurales y Aisladas (PEBA) y en cumplimiento de la citada Orden que imponía la existencia de un servicio mayorista”*.

Telefónica indica que en el mes de diciembre de 2005 procedió a comunicar a esta Comisión los servicios minoristas así como los servicios mayoristas que, de conformidad con lo dispuesto en la citada Orden, se ofrecerían a los demás explotadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

electrónicas. Asimismo, señala que este servicio no se encontraba regulado en la OBA.

Telefónica alega que, con fecha 21 de diciembre de 2006 se aprobaba la Resolución sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la Oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica (MTZ 2006/1019) en la que no se incluía el servicio de ADSL Rural.

Sin embargo, señala Telefónica, la Resolución definitiva sobre la revisión de la Oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA) de Telefónica (MTZ 2006/1019), aprobada el 27 de marzo de 2008, incluía la oferta del ADSL rural procediendo a unificar los precios. Asimismo, esta Resolución establecía que las condiciones económicas de la oferta se aplicarían de forma retroactiva desde el 21 de diciembre de 2006, fecha en la que se aprobó la Resolución cautelar.

En base a estos hechos, Telefónica interpreta que la fecha de aplicación del nuevo precio de las conexiones del servicio que previamente se denominaba ADSL rural sería el día siguiente a la notificación de la Resolución de 27 de marzo de 2008 ya que *“dado que las conexiones objeto de este servicio no formaban parte de la OBA de forma previa a la Resolución de 27 de marzo de 2008, Telefónica entiende que no cabría interpretar una retroactividad en el precio del servicio denominado ADSL rural al 21 de diciembre de 2006”*. Considera que *“este hecho implicaría una modificación de las condiciones de prestación del servicio mayorista comercial con el que mi representada participó en lo concursos del PEBA de forma retroactiva”*.

II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

El artículo 48.3 m) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establece que, en la materia de telecomunicaciones, la Comisión ejercerá *“Cualesquiera otras [funciones] que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomiende el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología”*.

El Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre) atribuye a la Comisión, en la letra a) del apartado 2 del artículo 29 (*“Otras funciones”*), la competencia para *“Resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con carácter general, y conforme a lo señalado por esta Comisión en distintos acuerdos contestando consultas que le han sido planteadas, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 letra a) del Reglamento de la Comisión pueden referirse a los siguientes ámbitos:

- las normas que han de ser aplicadas por la Comisión,
- los actos y disposiciones dictados por la Comisión,
- las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

La consulta planteada se encuentra en el ámbito previsto en el citado artículo 29.2 letra a) al hacer referencia a resoluciones dictadas por esta Comisión, esto es, actos y disposiciones dictados por la Comisión.

III. OBJETO DE LA CONSULTA.

El presente Acuerdo tiene por objeto dar contestación a la consulta formulada por Telefónica acerca de la aplicación retroactiva de las condiciones económicas establecidas en la Resolución de 27 de marzo de 2006 al ADSL rural.

IV. SOBRE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS CONDICIONES ECONOMICAS ESTABLECIDAS EN LA RESOLUCION DE 27 DE MARZO DE 2008 AL ADSL RURAL

La Resolución de 27 de marzo de 2008 que aprobaba la revisión de la Oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA) de Telefónica (MTZ 2006/1019) establecía en su resuelve segundo que:

“Segundo. - *Esta Resolución surtirá efectos desde el día siguiente al de su notificación a Telefónica de España, S.A.U.*

Sin perjuicio de lo anterior, las condiciones económicas de la oferta deberán ser aplicadas retroactivamente desde el 21 de diciembre de 2006, fecha en la que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó una Resolución por la cual dictó una medida cautelar, en el seno del este expediente. Dichas condiciones económicas serán de aplicación a todas las conexiones mayoristas comercializadas por Telefónica de España, S.A.U. sin excepción.”

Es decir, dicha Resolución entraba en vigor al día siguiente de su notificación a Telefónica salvo las condiciones económicas aplicables al acceso indirecto que debían ser aplicadas con carácter retroactivo desde el 21 de diciembre de 2006. En esta fecha, 21 de diciembre de 2006, se aprobaron por la Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las condiciones económicas que eran de aplicación tanto al servicio de acceso indirecto al bucle (GigaAdsl) como al servicio mayorista ADSL-IP.

Telefónica considera que, al no hacerse mención expresa en esta Resolución cautelar al servicio ADSL rural, no se pueden retrotraer a ese momento las condiciones económicas aplicables a este servicio. Sin embargo, esta falta de mención expresa no significa, tal y como pretende Telefónica, la exclusión del denominado ADSL rural del ámbito de aplicación de dicha Resolución. Cabe señalar que esta Resolución fijaba las condiciones económicas aplicables a los servicios incluidos en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor¹ y, por tanto, estaban incluidos todos los servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle de abonado y, obviamente, también el denominado por Telefónica, ADSL rural.

Así, mediante Resolución de esta Comisión de 1 de junio de 2006, (publicada en el BOE número 137 de 9 de junio de 2006) se aprobó la definición y análisis del mercado de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo en el mercado, y la imposición de obligaciones (Mercado 12). En dicha Resolución, tras definir y analizar el citado mercado, se concluyó que no era realmente competitivo y se identificó a Telefónica como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndosele las correspondientes obligaciones.

Entre estas obligaciones, y con el objetivo de evitar la utilización de precios mayoristas excesivos, esta Comisión impuso a Telefónica la obligación de *“Ofrecer los servicios de acceso mayorista de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción”*.

Estos precios, a su vez, deben *“Estar promediados en todo el territorio nacional”*, sin excepción alguna, es decir, sin que pueda ser posible mantener precios diferenciados en función de la zona ya que en caso contrario supondría vulnerar el principio de unicidad del mercado. Tal obligación tenía como finalidad evitar la distorsión de la competencia en el mercado nacional de banda ancha puesto que en el caso de que los precios ofrecidos por Telefónica a terceros pudieran comportar una comprensión de márgenes operativos de los operadores solicitantes del acceso a la banda ancha se impediría la entrada de operadores eficientes.

Igualmente, la precitada Resolución impuso a Telefónica la *“obligación de transparencia en la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha”*, en concreto, Telefónica estaba obligada a la *“publicación de una Oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha”*.

¹ Antiguo Mercado 12.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido”.

Conforme a lo anterior Telefónica notificó a esta Comisión su propuesta de Oferta de Referencia el 28 de julio de 2006, iniciándose así el procedimiento de revisión de la Oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA) de Telefónica (MTZ 2006/1019). Esta revisión, en base a distintas razones jurídicas, técnicas y económicas se llevó a cabo en dos momentos temporales diferentes.

Así, en primer lugar, mediante la Resolución de 21 de diciembre de 2006, la Comisión en el marco del citado procedimiento de revisión de la Oferta de referencia de Telefónica procedió, de forma cautelar, a modificar los precios mayoristas de los servicios de acceso indirecto al bucle y determinarlos en función de los costes de prestación de los servicios de forma coherente con las obligaciones impuestas en el mercado de referencia.

En segundo lugar, mediante la Resolución de 27 de marzo de 2008, esta Comisión aprobaba la Oferta de referencia definitiva de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA) de Telefónica (MTZ 2006/1019), incluyéndose en el texto de la OBA, en la que se establecen las modalidades y los precios mayoristas que Telefónica debe ofrecer a todos aquellos operadores que soliciten acceso indirecto a su red.

En definitiva, esta Oferta junto con sus condiciones económicas, es aplicable a todas las conexiones mayoristas que Telefónica ofrezca a los operadores en todo el mercado nacional y, por tanto, la localización geográfica en la que se solicita el acceso no es un factor diferencial para el cumplimiento de dichas obligaciones.

En este sentido y, con el fin de determinar indubitablemente el ámbito de aplicación de la citada Oferta de referencia, en el cuerpo de dicha Resolución de 27 de marzo de 2008 [pág. 50], respecto al ADSL rural, se afirmaba que, en consonancia con la obligación impuesta de ofrecer precios orientados a costes y promediados en todo el mercado nacional, no era posible mantener precios diferenciados:

“En este sentido, la aplicación de precios diferenciados para el denominado ADSL Rural vulnera el principio de unicidad del mercado, y es contraria a las obligaciones impuestas por esta Comisión en el mercado mayorista de acceso en banda ancha, además de suponer una distorsión de la competencia en el mercado nacional de banda ancha.

Sí es cierto que se trata de servicios vinculados a determinadas ayudas públicas, pero precisamente lo que éstas pretenden es poner a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disposición de los usuarios de zonas rurales servicios equivalentes a los disponibles en el resto del mercado y en particular en las zonas urbanas. A sensu contrario, la utilización de precios mayoristas despromediados impediría que los operadores que hacen uso los servicios mayoristas puedan ofrecer precios minoristas del nivel que se oferta en el resto del mercado.”

Por tanto, en contra del criterio sostenido por Telefónica, esta Comisión considera, tal y como se establece en la propia Resolución de 27 de marzo de 2008, que *“Dichas condiciones económicas serán de aplicación a todas las conexiones mayoristas comercializadas por Telefónica de España, S.A.U. sin excepción”* y que *“las condiciones económicas de la oferta deberán ser aplicadas retroactivamente desde el 21 de diciembre de 2006”*.

En definitiva, si se tiene en cuenta que la citada Resolución de 27 de marzo de 2008 fija, por un lado, los precios para todas las conexiones mayoristas ofrecidas por Telefónica incluido, por ende, el denominado Adsl rural y, por otro, determina la aplicación retroactiva de estas condiciones económicas a 21 de diciembre de 2006, se puede concluir que los precios del Adsl rural deben ser aplicados desde ese momento, esto es, el 21 de diciembre de 2006.

V. SOBRE LA SUPUESTA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO MAYORISTA EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE AYUDAS A LA EXTENSIÓN DE LA BANDA ANCHA EN ZONAS RURALES Y AISLADAS

Telefónica alega que la aplicación retroactiva de las condiciones económicas establecidas en la Resolución de 21 de diciembre de 2006 implicaría una modificación de las condiciones de prestación del servicio mayorista comercial en el marco del Programa de Extensión de la Banda Ancha (en adelante, PEBA)².

Pues bien, tal y como ha establecido esta Comisión en numerosas ocasiones, la participación de Telefónica en concursos públicos o, como en el presente caso³, en programas de concesión de ayudas públicas, no le exime del cumplimiento de sus obligaciones.

² Es un programa que se enmarca dentro de la Estrategia Nacional de Banda Ancha, en el llamado Plan AVANZA cuyo objetivo final es la extensión de la banda ancha a zonas rurales y aisladas, cuya regulación se encuentra recogida en la Orden Ministerial ITC/701/2005, de 17 de marzo, modificada por la Orden ITC/996/2005, 16 de abril de 2005, que establece las bases, el régimen de ayudas y el modo de gestión de las iniciativas para que puedan resultar elegibles en este programa de ayudas.

³ La citada Orden Ministerial ITC/701/2005, de 17 de marzo, establece en su punto primero que “el objeto de esta Orden es regular y convocar la concesión de ayudas dentro del programa de extensión de la banda ancha en zonas rurales y aisladas”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión, en distintas Resoluciones (entre otras: Resolución de 28 de febrero de 2002 (MTZ 2001/5774); Resolución de 10 de octubre de 2002 (OM 2002/7450); Resolución de 17 de octubre de 2002 (MTZ 2001/5774); Resolución de 7 de noviembre de 2002 (OM 2002/6967); Resolución de 12 de junio de 2003 (AEM 2003/268)) establecía que Telefónica *“tendrá que ajustarse en cambio a una doble exigencia de acuerdo con la normativa vigente: por una parte, el cumplimiento de las condiciones del Pliego –sujeto como ya hemos dicho al control en exclusiva de la Administración convocante- y, por la otra, el respeto al régimen de regulación de precios vigente – cuyo control corresponde, precisamente, a esta Comisión (...).”*

Todas estas Resoluciones se refieren al antiguo marco de regulación de precios, no obstante, estos principios inspiradores de la actuación de Telefónica son aplicables asimismo al nuevo marco normativo de definición y análisis de mercados e imposición de obligaciones *ex-ante*. Es decir, Telefónica debe cumplir las obligaciones impuestas como consecuencia de su declaración como operador con poder significativo en los mercados de referencia en todo momento, sin perjuicio de su participación en licitaciones o programas de ayudas públicas, en los que, cuando se refieran a servicios incluidos, precisamente en dichos mercados, deberá ajustarse además de al pliego condiciones, a las citadas obligaciones.

Por ello, en el presente caso, no se están modificando las condiciones de prestación del servicio mayorista en el marco del PEBA, tal y como afirma Telefónica, si no que se están aplicando las condiciones económicas aprobadas para los servicios incluidos en el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (Mercado 12)⁴ que Telefónica debe ofrecer a todos aquellos operadores que soliciten acceso indirecto a su red.

VI. CONCLUSIONES.

Primera.- Que, conforme a la Resolución de 1 de junio de 2006, Telefónica de España, S.A.U., en su condición de operador con PSM en el mercado de referencia se encuentra obligada a ofrecer el servicio de acceso indirecto a la banda ancha en condiciones reguladas.

Segunda.- Que, conforme a la Resolución de 27 de marzo de 2008, las condiciones económicas de la Oferta deberán ser aplicadas a todas las conexiones mayoristas comercializadas por Telefónica de España, S.A.U.

⁴ Vigente en el momento en el que se aprobó la Resolución de 27 de marzo de 2008 y actualmente regulado en la Resolución de esta Comisión de fecha 22 de enero de 2009 (Mercado 5).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercera.- Que, conforme a la Resolución de 27 de marzo de 2008, las condiciones económicas aplicables a los servicios de acceso indirecto a la banda ancha se aplican con carácter retroactivo desde el 21 de diciembre de 2006, incluyéndose, por tanto, el Adsl rural.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu