



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 la Sesión nº 41/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de noviembre de 2004, se ha adoptado el siguiente:

ACUERDO:

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ACUERDA LA AMPLIACIÓN DEL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO COMO CONSECUENCIA DEL LANZAMIENTO POR TESAU DEL SERVICIO “ADSL 10/04”
(DT 2004/1675)

HECHOS

Primero.- Del escrito que dio lugar al inicio del período de información previa

Con fecha 21 de octubre de 2004, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito remitido por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante TESAU) por el que, en virtud de la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se modificó la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), se comunica a esta Comisión su intención de comercializar una nueva modalidad de facturación ADSL bajo la denominación “ADSL 10/04” a partir del 22 de noviembre de 2004.

Según expone TESAU, esta nueva modalidad de facturación ADSL se va a aplicar a la inferior de las velocidades ADSL que va a comercializar TESAU, que es la mayoritariamente utilizada en el mercado residencial (512/128 Kbit/s soportado sobre la modalidad O del servicio GigADSL). Podrá ser contratable tanto en alta nueva con kit/línea ADSL (equipamiento: USB o Módem Router Wi-Fi), como en postventa, es decir para usuarios que ya son clientes ADSL de Telefónica.

La oferta “ADSL 10/04” se plasma en dos posibles configuraciones:

Configuración	Descripción	Precio
Mañanas	Incluye franquicia de lunes a sábado de 9 a 12 horas + 6 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	19,9 euros/mes
Mañanas-Tardes	Incluye franquicia de lunes a sábado de 9 a 12 horas y de 18 a 21 horas + 12 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	24,9 euros/mes



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La cuota de alta será de 38,10 euros ó 77,17 euros (según sea filtrado distribuido o centralizado, respectivamente), y la tarificación de consumos adicionales de 1,794 euros/hora por minutos consumidos, con un límite de facturación mensual de 42 euros/mes.

TESAU señala en su escrito que la comercialización de “ADSL 10/04” no va a requerir modificación alguna en la OBA, *“al existir margen para que en estos momentos, los operadores alternativos oferten servicios semejantes al ADSL 10/04”*. Entiende que cualquier operador alternativo de los presentes en el mercado nacional tiene la posibilidad de realizar ofertas tipo en competencia con la que TESAU tiene intención de comercializar.

Segundo.- Apertura del período de información previa

A la vista del contenido del escrito de TESAU de fecha 21 de octubre 2004, y de conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 de la LRJPAC, esta Comisión dispuso la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento de modificación de la OBA.

Tercero.- Alegaciones de los interesados

Acompañando al escrito de esta Comisión de 27 de octubre de 2004, por el que se comunicó la apertura del periodo de información previa acordado, se puso de manifiesto a los interesados el escrito de TESAU de 21 de octubre de 2004 para que, si a su derecho interesaba, pudieran aducir las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimaran pertinentes.

A este respecto, tuvieron entrada en el registro de esta Comisión alegaciones de Wanadoo España, S.L. y Uni2 Telecomunicaciones S.A.U. (en adelante WANADOO y UNI2), de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante ASTEL), y de Auna Telecomunicaciones, S.A. (en adelante Auna).

Con fecha 5 de octubre de 2004 se ha recibido escrito remitido conjuntamente por WANADOO y UNI2, por medio del cual se alegó lo siguiente:

- Las ofertas “ADSL 10/04” tienen una estructura similar a las que, bajo la denominación “ADSL a tu medida”, fueron objeto de análisis de la CMT en el marco del expediente DT 2004/1447. Dado que mediante Resolución de 21 de octubre de 2004 en el expediente AEM 2004/1620 la CMT ha impedido la comercialización de determinadas promociones relacionadas con las ofertas “ADSL a tu medida”, por las mismas razones la CMT debería ahora impedir la comercialización de la oferta “ADSL 10/04” en tanto no se disponga de información sobre ingresos reales.
- WANADOO estima que con la oferta “ADSL 10/04” se excede el margen para promociones permitido por la Comisión, y que con este producto no puede excluirse que exista concatenación de ofertas anticompetitivas.
- WANADOO considera fundamental que la CMT modifique la OBA, de acuerdo con lo establecido en el resuelve quinto de la Resolución de 31 de marzo de 2004,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mediante la apertura del oportuno expediente, paralizando la comercialización de la oferta “ADSL 10/04” en tanto no se lleve a cabo dicha modificación de la OBA.

Con fecha 8 de noviembre de 2004 se ha recibido escrito de ASTEL, por medio del cual se alegó lo siguiente:

- ASTEL entiende aplicables con carácter general los argumentos expuestos por esta asociación en sus alegaciones en el expediente DT 2004/1447, sobre las ofertas “ADSL a tu medida” propuestas por TESAU.
- La mayoría de los operadores de ASTEL consideran que la oferta “ADSL 10/04” es irreplicable por los operadores alternativos, y produciría un pinzamiento de precios anticompetitivo. Estos operadores solicitan la inmediata apertura de un procedimiento de modificación de la OBA de TESAU o bien, con carácter subsidiario, evalúe el posible pinzamiento de precios que derive de la referida oferta. Se pide que se aprueben medidas cautelares que suspendan la entrada en vigor de la oferta “ADSL 10/04”, cesando también en el anuncio público de la entrada en vigor de dicha oferta.
- Dos asociados de ASTEL, Auna y Cableuropa, S.A., consideran que la oferta “ADSL 10/04” no es susceptible de plantear efectos anticompetitivos en los términos presentados por otros operadores de ASTEL. Estiman que, en línea con la oferta “ADSL a tu medida”, debe impedirse a TESAU la aplicación de promociones sobre la nueva oferta en tanto en cuanto no se disponga de más información sobre la respuesta del mercado a este tipo de oferta. Estos operadores no consideran necesario ni conveniente que se proceda o se supedita la comercialización de la nueva oferta a la apertura de un procedimiento de modificación de OBA.

Con fecha 10 de octubre de 2004 se ha recibido escrito remitido por Auna, por medio del cual se alegó lo siguiente:

- La propuesta de tarifas “ADSL 10/04” no es susceptible de plantear efectos anticompetitivos, arrojando margen suficiente con respecto a los precios mayoristas GigADSL de 24 horas. Auna estima que en ningún caso procede la modificación de los niveles de precios GigADSL vigentes.
- Auna destaca que su valoración de la oferta “ADSL 10/04” se realiza entendiendo que no existe promoción o ventaja adicional al margen de la oferta.
- Se pone de manifiesto el riesgo de traslación de promociones existentes a las nuevas tarifas que se proponen, consistente en que TESAU emplee, de facto, una promoción en su oferta ADSL 24 horas para, al final del período de aplicación de las cuotas promocionales, pasar al cliente a la oferta “ADSL 10/04”.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El artículo 4.2 a) del Reglamento (CE) nº 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, establece que, dentro de las funciones de supervisión encomendadas a las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

autoridades nacionales de regulación, corresponde a éstas la posibilidad de *“imponer modificaciones de la oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle local y a los recursos asociados, incluidas las tarifas, cuando dichas modificaciones estén justificadas”*.

En tal sentido, el artículo 11.2 in fine del Reglamento de acceso al bucle de abonado, aprobado por el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, dispone la habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para dictar, de oficio o a instancia de la parte interesada, resolución motivada instando a la modificación de la OBA, fijando la fecha a partir de la cual dicha modificación surtirá efectos.

En consecuencia, esta Comisión resulta competente para instar la modificación de la OBA y fijar la fecha a partir de la cual dicha modificación surtirá efectos, mediante resolución motivada.

A este respecto, en la Resolución del pasado 31 de marzo de 2004 por la que el Consejo de la CMT aprobó las nuevas condiciones de la OBA de Telefónica, se indicaba en el resuelve Quinto:

“En el caso de introducción por Telefónica de España, S.A.U, de modalidades con nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual, este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 1 mes de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios necesarios que permitan a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de TESAÚ”.

Asimismo, el artículo 48.3.e) de la ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones atribuye a la CMT la función de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización de los prestadores de servicios.”*

Finalmente, el artículo 19 del Reglamento de la CMT, aprobado por RD 1994/1996 de 6 de septiembre establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptará las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes”*.

En materia procedimental, de conformidad con el artículo 48.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC.

Segundo. - Consideraciones generales sobre el período de información previa

El artículo 69.2 de la LRJPAC dispone que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que evitar los inconvenientes que la simple apertura de un procedimiento puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente.

Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos precedentes, ha de tenerse en cuenta que las diligencias previas a la eventual apertura de un procedimiento son de carácter facultativo y ni constituyen ni forman parte del procedimiento propiamente dicho, sino que aparecen como un antecedente del mismo cuya omisión no constituye vicio de procedimiento alguno.

Tercero.- Análisis de la necesidad de modificación de la OBA

En la Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la OBA de TESAU, se anticipaba la problemática derivada de una posible introducción de nuevas estructuras de precios minoristas ADSL por parte de TESAU, y se determinaba el procedimiento a seguir para analizar si dichas estructuras de precios justificarían o no la necesidad de modificar la OBA.

Cabe recordar que la cuota mensual por conexión de línea de abonado en el servicio mayorista GigADSL está referenciada al precio minorista de TESAU. Por tanto, la introducción de una nueva estructura de precios de los servicios minoristas podría requerir la incorporación los equivalentes precios mayoristas fijados mediante *retail-minus*. En la Resolución de 31 de marzo de 2004 ya se anticipaban las dificultades que plantearían estas nuevas estructuras de precios de TESAU para el cálculo del precio mayorista con el método de *retail-minus*, que se deben en primer lugar a las dudas que pueden surgir en relación con la validez de emplear estos mismos conceptos facturables en el servicio mayorista, y, en segundo lugar, a la posible ausencia de mecanismos que permitan la correcta medición de las unidades consumidas en la componente variable del precio.

Mediante acuerdo de la CDGAE de 25 de septiembre de 2003, se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por TESAU. En este acuerdo, que entró en vigor con fecha 1 de noviembre de 2003, se determina que los precios de los servicios ADSL minoristas prestados por TESAU dejan de estar sujetos al régimen de precios autorizados administrativamente y pasan a quedar sometidos al régimen de comunicación. El nuevo régimen de comunicación establece que TESAU deberá comunicar las modificaciones de los precios minoristas a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología, a la CMT, al Consejo de Consumidores y Usuarios y a los usuarios afectados, con al menos 10 días de antelación a su aplicación efectiva.

Dado que la antelación de 10 días fijada por la CDGAE para que TESAU comunique sus precios minoristas resulta claramente insuficiente para que en este corto intervalo de tiempo se pueda valorar la necesidad de modificar la OBA, y, en su caso, proceder



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a dicha modificación, en el punto Quinto del Resuelve de la citada Resolución de 31 de marzo se exigió a TESAU lo siguiente:

“Quinto.- En el caso de introducción por Telefónica de España, S.A.U., de modalidades con nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual, este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 1 mes de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios necesarios que permitan a los operadores alternativos competir en igual dad de condiciones con la oferta minorista de TESAU.”

En suma, no todas las modalidades de facturación que TESAU pueda introducir en el nivel minorista requieren necesariamente de su equivalente en el mayorista. Efectivamente, si una vez analizada la nueva modalidad minorista se concluye que es replicable con la oferta de GigADSL existente, en este caso no haría falta modificar la OBA.

En el presente período de información previa se trata, precisamente, de decidir sobre la conveniencia o no de iniciar el oportuno expediente de modificación de OBA para lo que es necesario analizar la replicabilidad de la oferta “ADSL 10/04” a través del servicio GigADSL. Sin embargo, y sobre la base de la información aportada por TESAU en el marco del presente procedimiento y que obra en poder de esta Comisión, no resulta posible llevar a cabo dicho análisis. De esta forma, con la finalidad de adoptar una decisión fundada en derecho de acuerdo con los principios que rigen la actuación de la Administración establecidos en el artículo 3 de la LRJPAC, es preciso que esta Comisión requiera a TESAU la aportación de información adicional, procediendo a instar al Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a que amplíe el plazo de un mes establecido en la Resolución de 31 de marzo de 2004 ya citada.

Cuarto.- Necesidad de prórroga del expediente de referencia. En su escrito de 21 de octubre de 2004, TESAU señala que «considera de vital importancia que se cumplan los plazos establecidos en la OBA vigente para la comunicación a esa CMT de este tipo de servicios, de cara a poder comenzar su comercialización a partir del próximo 22 de noviembre. En este sentido, ya es conocida de esa CMT la especial importancia que tienen los últimos meses del año para permitir dar un nuevo impulso al mercado y en concreto a facilitar la incorporación cada vez más amplia de los diferentes estamentos de nuestra sociedad», indicando, además, que «tanto por la información de expedientes recientes de que dispone esa CMT en relación con la naturaleza de los servicios ADSL de Telefónica de España, como por la información contenida en este escrito, no hay necesidad de que el plazo para Resolución por parte de esa CMT se prolongue más allá de la fecha comunicada de 22 de noviembre». Por ello, solicita que se tenga por comunicada su intención de comercializar el servicio minorista ADSL 10/04 en las condiciones indicadas en el presente escrito a partir del próxima 22 de noviembre de 2004.

Posteriormente, en su escrito de 12 de noviembre de 2004, TESAU comunica su intención de comercializar no antes de diez días desde la presenta de este escrito, el servicio denominado ADSL 10/04.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resulta de vital importancia para esta Comisión dejar constancia de la importancia que para la misma tiene, dado su papel de regulador en el mercado de las comunicaciones electrónicas, el lograr una mayor diversidad y calidad en las ofertas que aumenten el beneficio del consumidor. Por ello, esta Comisión entiende prioritaria la tramitación de expedientes como el presente en el cual se presenta a su conocimiento el lanzamiento de una nueva oferta comercial.

Es el deseo de esta Comisión que las ofertas de los distintos operadores, incluyendo por supuesto a TESAU, puedan ser comercializadas en el mercado en el más breve plazo posible y sin más trabas que aquellas indispensables para asegurar el beneficio de los ciudadanos a través del cumplimiento de la legalidad vigente.

Sin embargo, en el presente caso resulta necesario demorar por unos días la resolución definitiva del expediente de referencia. Este hecho resulta principalmente derivado de la actuación de la propia TESAU por cuanto en su comunicación no ha aportado la información necesaria para que por parte de esta Comisión pueda realizarse un análisis lo suficientemente detallado y rápido como para permitirle resolver definitivamente con respecto a la misma.

Efectivamente, en la Resolución del pasado 31 de marzo de 2004, por la que se aprobaron las nuevas condiciones de la OBA de TESAU, se estableció un plazo de un mes para el análisis de aquellas modalidades de ADSL de TESAU que establecieran nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual, como es el caso de la oferta analizada en el presente expediente. Para hacer posible el análisis en el citado plazo, se incluía en dicha Resolución el que, junto a la oferta, TESAU presentara además los elementos necesarios para una posible modificación de la OBA, de manera que esta Comisión tuviera suficiente información como para realizar el citado análisis en el plazo de un mes.

Sin embargo, en el presente caso TESAU no ha facilitado a esta Comisión la información necesaria para que sea posible realizar un análisis de su oferta en el citado plazo. En este caso, resulta singularmente problemática la falta de información suficiente, por lo que es necesario que se prorrogue el plazo para resolver y puedan efectuarse a TESAU los requerimientos de información necesarios.

Ha de tenerse en cuenta que TESAU reconoce y admite en sus comunicaciones de 21 de octubre y 12 de noviembre que su oferta está sujeta a las condiciones establecidas en el Resuelve Quinto de la Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la OBA.

En consecuencia, debe en la presente Resolución instarse al Secretario de esta Comisión para que, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, prorrogue el plazo para la resolución del presente procedimiento, de manera que, de la manera más rápida posible, se obtenga la información necesaria para valorar la oferta, con todas sus implicaciones, así como la posible modificación de la OBA conforme a la Resolución de 31 de marzo de 2004.

Vistos los citados Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Único.- Instar al Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a que proceda a ampliar el plazo de un mes establecido en la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se modificó la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), con la finalidad de que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. aporte la información adicional relativa a la nueva modalidad de facturación ADSL bajo la denominación "ADSL 10/04" necesaria para decidir sobre la conveniencia de modificar la Oferta del Bucle de Abonado.

Instar al Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para que los servicios de la misma requieran a TESAU la información necesaria para la resolución del presente expediente en el más breve plazo posible, dado que entre tanto, dicha oferta no podrá comercializarse de acuerdo con la normativa aplicable.

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 pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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

LA VICEPRESIDENTA

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Elisa Robles Fraga