



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. 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 la Sesión nº 27/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de julio de 2005, se ha adoptado el siguiente:

ACUERDO:

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA OBA COMO CONSECUENCIA DEL LANZAMIENTO POR TESAU DEL SERVICIO DE ACCESO A INTERNET DENOMINADO “ADSL 06/05 FxV” Y DEL PAQUETE DENOMINADO “TO ADSL 06/05 FxV + TP_Aut + TV”

(DT 2005/912)

HECHOS

Primero.- De los escritos que dieron lugar al inicio del período de información previa

Con fecha 7 de junio de 2005 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante Comisión) escrito de Telefónica de España S.A.U. (en adelante TESAU), por medio del cual este operador comunica su intención de comercializar un nuevo servicio minorista de acceso a Internet sobre ADSL, denominado “ADSL 06/05 FxV”, así como un nuevo servicio ADSL mayorista de cobertura nacional y a nivel IP, denominado “ADSL 06/05 MFV”. Ambos servicios se comercializarían a partir del 7 de septiembre de 2005.

Con esta misma fecha 7 de junio de 2005, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión un segundo escrito de TESAU, por medio del cual este operador comunica su intención de comercializar un nuevo paquete de servicios, denominado “TO ADSL 06/05 FxV + TP_Aut + TV”, compuesto por ADSL (“ADSL 06/05 FxV”), junto con servicio de voz y televisión.

Posteriormente, con fecha 8 de junio de 2005, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión un nuevo escrito de TESAU donde se incluyen algunas aclaraciones y correcciones de errores en relación con la definición de los servicios contenida en los escritos anteriormente señalados.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el Anexo 1 [CONFIDENCIAL] se muestra la descripción que realiza TESAU de los productos “ADSL 06/05 FxV”, “ADSL 06/05 MFV” y “TO ADSL 06/05 FxV + TP_Aut + TV”.

Segundo.- Apertura del período de información previa

A la vista del contenido de los escritos de TESAU de fecha 7 de junio de 2005, y de conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, 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.

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 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”*.

La Disposición transitoria primera.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que *“Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.”* De igual forma, la Disposición transitoria primera del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración, aprobado mediante el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, dispone que *“Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, de acuerdo con lo establecido en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.”*

Por su parte, el artículo 11.4 de la LGTel establece que *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.”

Asimismo, el artículo 48.3.e) de la LGTel atribuye a la Comisión 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 Comisión, 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*”.

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 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 Comisión 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 modalidades técnicas ADSL por parte de TESAU, y se determinaba el procedimiento a seguir para analizar si dichas modalidades justificarían o no la necesidad de modificar la OBA.

Cabe recordar que, según los dispuesto en la citada Resolución de 31 de marzo de 2004, los operadores alternativos deben estar en condición de replicar los servicios minoristas de acceso a Internet a través de ADSL provistos por TESAU, empleando para ello los servicios de la OBA. Por tanto, la introducción de una nueva modalidad técnica en los servicios minoristas de TESAU podría requerir la incorporación de una nueva modalidad mayorista en la OBA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 establece que TESAU deberá comunicar las modificaciones de los precios minoristas a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología, a la Comisión, 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 a dicha modificación, en el punto Cuarto del Resuelve de la citada Resolución de 31 de marzo se exigió a TESAU lo siguiente:

“En el caso de desaparición o lanzamiento de modalidades técnicas en los servicios ADSL minoristas ofrecidos por Telefónica de España, S.A.U., este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 3 meses 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 TESAU.”

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

TESAU ha comunicado a la Comisión, mediante los citados escritos de 7 de junio de 2005, su intención de comercializar una nueva modalidad técnica en el servicio de acceso a Internet a través de ADSL, así como una oferta empaquetada que incluye dicho servicio de acceso a Internet a través de ADSL. En dichos escritos TESAU no propone modificación alguna de la OBA, con lo que debe entenderse que este operador considera que dicha modificación no resulta necesaria para que los operadores alternativos puedan competir en igualdad de condiciones con las ofertas minoristas de TESAU. 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 con los servicios de la OBA de las ofertas comunicadas por TESAU.

Cuarto.- Justificación del análisis de replicabilidad de la oferta empaquetada “TO ADSL 06/05 FxV + TP_Aut + TV” desde el derecho de competencia

En general, un empaquetamiento se produce cuando la compra de un producto primario se realiza de forma condicional a la compra de un producto secundario. Ahora bien, una situación de vinculación puede caracterizarse, de una manera más genérica, como dos servicios que pudiendo suministrarse de forma separada, se están, de hecho, comercializando conjuntamente. Así, la propuesta de TESAU podría constituir



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una venta empaquetada si la forma más ventajosa para el cliente fuera consumir la totalidad de los servicios mediante el paquete diseñado por TESAU.

Ahora bien, la calificación de una determinada oferta como venta empaquetada no implica, *per se*, un abuso de posición de dominio, sino que únicamente será constitutiva de abuso cuando la venta vinculada suponga una distorsión de la competencia. En efecto, el Derecho de la competencia y la jurisprudencia consolidada establecen que la vinculación anticompetitiva puede constituir un abuso de posición de dominio¹ cuando implique una extensión de la posición de dominio desde un mercado dominado a otro no dominado y dicha vinculación no esté justificada de forma objetiva.

En el caso del paquete propuesto, los efectos anticompetitivos anteriores podrían producirse si los descuentos sobre los servicios asociados al paquete propuesto colocaran los precios minoristas por debajo de los costes, provocando que un competidor igual de eficiente que TESAU no pudiera competir en el mercado secundario.

Dadas las obligaciones actualmente vigentes, y exceptuando el servicio de acceso a Internet sobre ADSL que se analiza en este mismo expediente, los servicios individuales incluidos en el paquete propuesto tienen su replicabilidad garantizada, en tanto en cuanto fueron objeto de un análisis previo por parte de esta Comisión. Ahora bien, como se observa en la descripción contenida en el Anexo 1 a la presente Resolución, el paquete propuesto por TESAU supone un descuento con respecto a los planes de precios aprobados inicialmente.

Si bien las ventas empaquetadas no están prohibidas *per se*, como se ha analizado anteriormente, el artículo 82 del Tratado estima que la venta empaquetada puede ser constitutiva de un abuso de posición dominante:

“d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

A partir del artículo 82, la Comisión Europea consideró, en el caso Microsoft², que para que un empaquetamiento sea ilícito deben darse las siguientes circunstancias:

- Existencia de mercados de producto separados: en otro caso, existiría un único producto y no podría darse una venta empaquetada;
- La empresa debe ser dominante en el mercado que se empaqueta (en el mercado del producto empaquetado no es necesario): esta condición asegura que los empaquetamientos anticompetitivos conlleven una extensión de posición de dominio;
- La empresa dominante no ofrece la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete;
- El empaquetamiento cierra el mercado a la competencia.

¹ Asunto T-30/89 Hilti contra Comisión, Asunto C-333/94 Tetra Pak contra Comisión.

² Véase Asunto C-3/97.792.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De esta forma, el análisis de los diferentes productos propuestos por TESAU debe determinar si se cumplen las anteriores previsiones. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia Tetra Pak International SA/ Comisión³, consideró que *“aun en el caso de que la venta asociada de dos productos sea conforme a los usos mercantiles o exista un vínculo natural entre los dos productos de que se trate, dicha venta puede sin embargo constituir un abuso a efectos del artículo 86, salvo si resulta objetivamente justificada”*. Por tanto, no sería suficiente que, en el caso de existir una venta empaquetada ilícita, se estuvieran comercializando productos similares en el mercado.

Dado que el objetivo del presente expediente es asegurar el último punto, no es necesario analizar el resto de condiciones que exige el caso Microsoft. Es evidente que si los precios del paquete no fueran replicables por el resto de operadores mediante los servicios mayoristas actualmente disponibles, TESAU podría reforzar su posición en los mercados en los que es dominante, fidelizando al cliente.

Quinto.- Análisis de la replicabilidad de las ofertas comunicadas por TESAU

La oferta minorista comunicada por TESAU, a 512 kbit/s, supone en cierto modo un paso atrás en la elevación de velocidades propuesta por TESAU y aprobada por esta Comisión en su Resolución de 19 de mayo de 2005. Efectivamente, en dicha Resolución se aceptaba la elevación de velocidades, proceso que se está llevando a cabo en este momento, con la desaparición del catálogo (minorista y mayorista) de TESAU la velocidad básica a 512 kbit/s al ser sustituida por 1 Mbit/s.

La razón que llevó a esta Comisión a eliminar de la OBA la modalidad mayorista a 512 kbit/s fue la misma que permitió adoptar una decisión semejante en la anterior Resolución sobre elevación de velocidades ADSL, de 22 de julio de 2004, entendiendo que no puede negarse al titular de la red el derecho a tomar la iniciativa en la innovación tecnológica, asumiendo el riesgo que ello conlleva, siempre que haya otras opciones alternativas, mayoristas y minoristas, no se ocasione perjuicio a los usuarios y, además, se trate de un mercado en crecimiento. En concreto, en la citada Resolución de 19 de mayo de 2005 se justifica de la siguiente forma la eliminación de la velocidad de 512 Kbit/s de GigADSL:

“En relación con las alegaciones de algunos operadores contrarios a que se elimine del catálogo de la OBA la opción a 512 Kbit/s, cabe reiterar los argumentos que ya se dieron en la Resolución de 22 de julio de 2004 con respecto a la eliminación, en aquella ocasión, de la modalidad D a 256 Kbit/s. En este sentido, no se puede aducir que se están eliminando de la OBA determinadas modalidades sin que existan alternativas para los operadores, ya que existe una alternativa evidente que es la de seguir a TESAU en la duplicación de las velocidades ADSL que ofrecen a sus clientes, manteniendo el precio. Para el caso en que se desee continuar con las características técnicas de las modalidades actuales, sin duplicar la velocidad a los clientes, se puede configurar dicho servicio a partir de otras opciones como el despliegue de red propia, la desagregación del bucle de TESAU, la contratación de otras modalidades incluidas en la OBA, o incluso, para los ámbitos geográficos en donde están disponibles, mediante servicios ADSL mayoristas ofrecidos comercialmente por otras entidades diferentes a TESAU.

³ Véase Asunto C 333/94.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, esta Comisión ha valorado por un lado las ventajas que supone para los operadores alternativos el mantenimiento en la OBA de la modalidad a 512 kbit/s, y por otro lado los perjuicios que ello supone para los operadores que son titulares de la red, llegando a la conclusión de que las ventajas para los primeros no justifican los perjuicios causados a los segundos. Con esta decisión se persigue, asimismo, dar las máximas facilidades a aquéllos operadores alternativos comprometidos con la inversión en la red de acceso y que, bien mediante el despliegue de red propia, o bien configurando sus servicios a partir del acceso desagregado, van a estar en una mejor situación para diferenciarse de la oferta minorista de TESAU que aquéllos que se apoyan en los servicios GigADSL.

Esta decisión es plenamente coherente la Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modificaba la OBA de TESAU, donde se señalaba que los servicios GigADSL deben estar regulados de manera que se estimule a los operadores para seguir ascendiendo por la escalera de la inversión en red de acceso a medida que alcanzan una cierta masa crítica, hasta los niveles superiores en donde se encuentran el acceso desagregado, y posteriormente el despliegue de infraestructuras propias.

Tampoco se puede admitir que la eliminación de la modalidad de 512 Kbit/s perjudique a los consumidores, al reducirse su capacidad de elección y con ello la posibilidad de disponer de servicios ADSL a precios inferiores a los actuales. Ante esta alegación cabe reiterar lo indicado anteriormente, al respecto de que lo que persigue esta Comisión con esta decisión es facilitar la capacidad de innovación de los operadores más comprometidos con la inversión en red de acceso.

Es deseable que aparezcan en el mercado nuevas ofertas minoristas de acceso de banda ancha, diferentes a las modalidades ADSL comercializadas por TESAU, como también es deseable que se reduzcan los precios finales. No obstante, no se puede perseguir ninguno de estos objetivos a través de la regulación que afecta a los servicios GigADSL si ello se hace en perjuicio de los operadores que invierten en red de acceso.

Los operadores alternativos pueden efectivamente poner en el mercado modalidades de ADSL diferentes a las ofrecidas por TESAU, con una política comercial propia, mediante el despliegue de red de acceso propia o apoyándose en el acceso desagregado al bucle. Ahora bien, si quieren hacer esto desde los servicios GigADSL tendrán que emplear una modalidad de entre las existentes de características técnicas superiores a la que este operador quiera configurar, asumiendo el precio mayorista de este producto de características superiores.”

Con la propuesta del servicio “ADSL 06/&05 FxV” TESAU recupera dicha velocidad de 512 Kbit/s en el nivel minorista, si bien únicamente para la comercialización de un servicio de facturación por volumen. La Comisión no puede, por el mero hecho de haberse llevado a cabo una duplicación de velocidades con anterioridad, oponerse a tal comportamiento de TESAU en tanto que como operador titular de la red de acceso, adopte determinadas iniciativas que le permitan el lanzamiento de nuevos servicios. Tal como se indicaba en la Resolución de 19 de mayo de 2004, de esta manera se está dejando en manos de los operadores con inversiones en red de acceso, entre los que se encuentran no solo TESAU sino también los operadores de cable y los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores que desagregan bucles, el papel de liderar la introducción de los servicios. Ello sin perjuicio de que, de acuerdo con el principio de no discriminación con el que se regula el servicio de acceso indirecto al bucle, la Comisión exija a TESAU que la comercialización de este servicio venga acompañada de la posibilidad de replicación con el servicio GigADSL incluido en OBA, de acuerdo con los criterios habituales y que más adelante se señalan.

Las propuestas realizadas por TESAU, consistentes en el servicio de acceso a Internet a través de ADSL "ADSL 06/05 FxV" y en la oferta empaquetada "TO ADSL 06/05 FxV + TP_Aut + TV", se enmarcan dentro de las consideradas por el citado Resuelve Cuarto de la Resolución de 31 de marzo de 2004, en tanto que suponen la introducción en su oferta minorista de una nueva modalidad técnica del servicio de acceso a Internet sobre ADSL.

Por tanto, es necesario determinar si dichas propuestas son o no replicables por parte de los competidores de TESAU a partir de las modalidades disponibles en el servicio GigADSL. Para ello se hace necesario la estimación de los ingresos y los costes que conlleva la prestación de las nuevas ofertas comunicadas.

La Resolución de la Comisión de 14 de marzo de 2005, sobre el lanzamiento por TESAU del servicio minorista "ADSL 12/04" de facturación por volumen, establece unos criterios para llevar a cabo esta estimación de ingresos y costes, que es aplicable a las ofertas que ahora propone TESAU. En el Anexo 2 [CONFIDENCIAL] a la presente Resolución se muestran los detalles de dicho análisis de replicabilidad, y en el Anexo 3 [CONFIDENCIAL] se indica cómo se han adaptado anteriores análisis de replicabilidad a las características especiales de las ofertas ahora presentadas. El resultado obtenido es el siguiente:

Oferta ADSL	Margen para replicabilidad
<i>ADSL por volumen</i>	
ADSL 06/05 FxV	Negativo
<i>Ofertas empaquetadas</i>	
TO ADSL 06/05 FxV + TP_Aut + TV	Negativo

Adviértase que el análisis anterior toma como referencia, para estimar los costes de los operadores alternativos que hacen uso del acceso compartido al bucle regulado en OBA, únicamente los precios incluidos en dicha oferta. En este sentido, este análisis no toma en consideración los posibles sobrecostes en que pueden estar incurriendo los operadores alternativos como consecuencia de eventuales retrasos o deterioro de la calidad en el servicio ofrecido por TESAU. En futuros análisis que lleve a cabo esta Comisión, y de acuerdo con la evolución de los expedientes en los que se están estudiando denuncias contra TESAU por el reiterado incumplimiento de las condiciones y plazos de los servicios incluidos en OBA, se podrá considerar la posibilidad de incluir los citados sobrecostes en este análisis, mediante la aplicación de un determinado mark-up.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sexto.- Sobre cómo se tienen en cuenta los costes de acceso desagregado en los análisis de replicabilidad

En la Resolución del Consejo de la Comisión de 14 de marzo de 2005, sobre el lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL 12/04” de facturación por volumen, se determinó tener en cuenta, para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes, el hecho de que los operadores alternativos no configuran sus servicios ADSL minoristas haciendo uso únicamente del servicio GigADSL sino que también emplean el acceso desagregado al bucle.

Posteriormente, mediante Resolución de 31 de marzo de 2005 en relación con determinadas promociones en las ofertas “ADSL tiempo libre” y “ADSL a tu medida”, se acordó continuar en esta línea de tener en cuenta el acceso desagregado en la estimación de los costes en que incurren los operadores alternativos en la prestación de servicios ADSL minoristas.

Finalmente, mediante Resolución de 19 de mayo de 2005, por la que se modifica la OBA para adecuarla a la elevación de velocidades en el nivel minorista, la Comisión tuvo en cuenta la promediación de costes de acceso indirecto (GigADSL) y acceso desagregado en el análisis que permite fijar las cantidades máximas para promociones. Los cálculos realizados para determinar el máximo de promociones coinciden con el análisis de replicabilidad que se pretende llevar a cabo en el presente expediente.

En la precitada Resolución de 19 de mayo de 2005 se señalaba lo siguiente en relación con el porcentaje empleado en la promediación de costes:

“ (...) la decisión de descartar la promediación en base a las líneas potencialmente desagregadas se adoptó debido a las dudas existentes sobre el cumplimiento de la OBA por parte de TESAU, lo que se está analizando en los correspondientes expedientes específicos abiertos al efecto en esta Comisión. (...) Así pues, dicha consideración de las líneas efectivamente desagregadas (...) obedece a la búsqueda de un mecanismo alternativo al de tomar las líneas potencialmente desagregables, y cuya aplicación se debe entender como transitoria en tanto no se despejen las dudas sobre las denuncias realizadas contra TESAU por supuestos incumplimientos de la OBA.

(...) dada la complejidad y el correspondiente retraso que supone buscar la absoluta precisión que nos daría la cifra real que representa el acceso desagregado sobre la planta ADSL minorista de los operadores alternativos, y en aplicación del principio de importancia relativa, esta Comisión decide mantener el cálculo propuesto en el Informe a Audiencia, aplicado ya en la Resolución de 14 de marzo de 2005.”

Así pues, en dicha Resolución de 19 de mayo de 2005 se empleó para la promediación el porcentaje del 22,90 %. Este porcentaje se corresponde con la proporción que representan las líneas desagregadas sobre el total de líneas ADSL minoristas de operadores alternativos soportadas en infraestructura ADSL de TESAU, a fecha 31 de marzo de 2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicho cálculo ha permitido obtener una cifra relativamente fiable que represente en cada momento el peso del acceso desagregado sobre el total de conexiones ADSL minoristas de los operadores alternativos. Ahora bien, una vez que el volumen de líneas desagregadas comienza a ser significativo, se hace necesario corregir dicho cálculo para que el resultado siga siendo fiel al objetivo que se persigue, esto es, que se obtenga un reflejo de lo que el acceso desagregado representa sobre el total de líneas ADSL de los competidores de TESAU. Esto se consigue teniendo en cuenta en el denominador no sólo las líneas ADSL minoristas de operadores alternativos soportadas en infraestructura ADSL de TESAU (comercializadas a través de GigADSL, Magavía o Megabase), sino también las líneas desagregadas:

Cálculo anterior:

$$\frac{\text{líneas desagregadas}}{\text{líneas ADSL de alternativos soportadas en infraestructura ADSL de TESAU}}$$

Cálculo corregido:

$$\frac{\text{líneas desagregadas}}{\text{líneas ADSL de alternativos soportadas en infraestructura ADSL de TESAU + líneas desagregadas}}$$

De esta forma, con el cálculo corregido, la cifra de 22,90 % empleada en la Resolución de 19 de mayo de 2005 (con datos a 31 de marzo) pasa a ser sustituida por el 24,98 % (datos a 31 de mayo de 2005). De seguir con el cálculo anterior, que no tiene en cuenta las líneas desagregadas al estimar el total de líneas minoristas ADSL de los operadores alternativos, saldría una cifra de 33,29 %, que resulta menos precisa que la obtenida con el cálculo corregido.

Séptimo.- Oferta mayorista “ADSL 06/05 MFV” con interfaz IP

En su escrito de 7 de junio de 2005, TESAU señala su deseo de habilitar una vía de replicabilidad para la oferta minorista “ADSL 06/05 FxV”.

A tal fin, propone la comercialización de un nuevo servicio mayorista que incorpora la facturación por volumen y se ofrece en interfaz IP, que denomina “ADSL 06/05 MFV”.

TESAU no propone que este nuevo servicio mayorista pase a formar parte de la oferta regulada de acceso al bucle. Dicho de otra manera, TESAU propone que dicho servicio mayorista no esté regulado.

Como ya se indicó, esta Comisión estimó en anterior resolución⁴ que los servicios mayoristas con interfaz IP que propone TESAU se deben tratar de manera similar a como se hace con el servicio ADSL-IP ofrecido por TESAU. En efecto, ambos servicios mayoristas presentan características coincidentes en tanto que permiten a los operadores alternativos ofrecer servicios minoristas ADSL sobre conexiones de TESAU, estando actualmente fuera del ámbito de la OBA por basarse en conexiones situadas en un nivel de red superior al servicio de acceso indirecto GigADSL.

⁴ Resolución de la Comisión de 14 de marzo de 2005, sobre el lanzamiento por TESAU del servicio minorista “ADSL 12/04” de facturación por volumen,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante lo anterior, cabe señalar que, una vez finalizados los análisis de mercados a que se refiere el artículo 10 de la LGTel y, más concretamente, una vez se determinen los remedios *ex ante* requeridos en relación al mercado de acceso de banda ancha al por mayor incluido en la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003⁵ (mercado número 12), el modo en que se regula actualmente el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado a través de su inclusión en la OBA podría sufrir variaciones, según aconsejen las circunstancias en que se encuentre el mercado.

En definitiva, esta Comisión –al analizar la replicabilidad de un servicio minorista como el propuesto- no puede tomar en consideración como referente un servicio mayorista que no está incluido en la OBA del proponente. Y esto por cuanto la misma TESAU tendría plena libertad para modificar a su antojo la propia definición del servicio, sus condiciones técnicas, los procedimientos administrativos o los precios.

La falta de un mínimo control regulatorio sobre el servicio mayorista soporte permite, entre otras cosas, la falta de la necesaria transparencia sobre las modificaciones futuras que le puedan afectar, pudiendo incluso ponerse en duda la propia continuidad de la misma.

Esta ausencia de control sobre un servicio mayorista que se considera indispensable para que los operadores alternativos puedan replicar servicios de acceso a Internet sobre ADSL comercializados por TESAU, justifica el que no se pueda tener en cuenta en los análisis realizados por la Comisión, que se realiza, como ha quedado expuesto anteriormente, tomando en consideración únicamente los servicios mayoristas ofrecidos por TESAU que estén incluidos en la OBA.

A lo anterior debe añadirse el perjuicio que podría suponer para los operadores alternativos que hacen uso del servicio GigADSL, con conexiones ATM disponibles en hasta 109 puertos PAI, el no poder emplear dichas infraestructuras para poder replicar el servicio “ADSL 06/05 MFV”. Es decir, los operadores podrían verse con recursos ociosos en la red que se conecta con GigADSL, y al mismo tiempo tuvieran que invertir en una conexión alternativa a un servicio mayorista IP, con un único punto a nivel nacional, y en donde estarían pagando a TESAU por un servicio de transporte IP que podría perfectamente soportar su red nacional.

En todo caso, cumple señalar que la propia TESAU es libre de proponer la inclusión del servicio mayorista “ADSL 06/05 MFV” en OBA, dando cumplimiento así a lo que establece el apartado Cuarto del Resuelve en la Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se aprueba la OBA, de manera que se permita a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de TESAU. Este comentario es aplicable tanto al servicio minorista de acceso a Internet sobre ADSL denominado “ADSL 06/05 FxV”, como al paquete de servicios denominado “TO ADSL 06/05 FxV + TP_Aut + TV”.

⁵ Recomendación de la Comisión de 11/02/2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, ha de indicarse que el servicio mayorista a nivel IP “ADSL 06/05 MFV” propuesto por TESAU, presenta un precio claramente inferior a los fijados para GigADSL (cuota de abono de 14,90 euros fijos, incluyendo franquicia de 1 Gbyte, en comparación con los 21,09 euros establecidos para la modalidad a 1 Mbit/s de GigADSL), y ello aun contando con que –como señalamos anteriormente- el nuevo servicio mayorista propuesto se basa en conexiones situadas en un nivel de red superior al nivel de las conexiones que utiliza el acceso indirecto GigADSL.

Si bien en el servicio mayorista propuesto hay un componente de facturación por volumen, ello no impide que, caso de que TESAU decidiera efectivamente comercializarlo, esta Comisión tendría que analizar, si dichos precios son o no anticompetitivos..

Si los precios mayoristas de este servicio estuvieran por debajo del nivel de costes incurridos por TESAU en su prestación, tal comportamiento podría considerarse como anticompetitivo, y esta oferta debería ser retirada del mercado por el riesgo potencial que supondría para el desarrollo en competencia del mercado.

Asimismo, habría que analizar si la estrategia que subyace a la dinámica de las propuestas de TESAU no pudiera considerarse en sí misma como una práctica anticompetitiva por cuanto pudiera tener por finalidad el provocar que sus competidores en ese mercado mayorista incurran en altos costes que les expulse del mercado.

En concreto, pudiera estimarse que al obligar TESAU a sus competidores en el mercado mayorista a -en una primera fase- a tener que desplegar red para alcanzar 109 puntos de acceso, si querían cobertura nacional a través del acceso indirecto que ofrecía con el sistema GigADSL, para –en una segunda fase, y una vez que dichos competidores han incurrido en fuertes costes hundidos- ofrecer un punto de acceso único mediante el cual se accede de forma inmediata a todo el país, sin necesidad alguna de desplegar red, pudiera tener efectos negativos en la competencia en dicho mercado y llegara a constituir una práctica exclusionaria prohibida, dada la posición de dominio de TESAU en dicho mercado, por las normas de competencia.

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

RESUELVE

Primero.- Telefónica de España, S.A.U. deberá presentar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter previo a la comercialización del servicio minorista “ADSL 06/05 FxV”, una propuesta de modificación del servicio mayorista de acceso indirecto al bucle incluido en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, que permita a los operadores alternativos competir en condiciones de igualdad.

Segundo.- Telefónica de España, S.A.U. deberá presentar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter previo a la comercialización de la oferta empaquetada que incluye el servicio de acceso a Internet sobre ADSL “TO ADSL 06/05 FxV + TP_Aut + TV”, una propuesta de modificación del servicio mayorista de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso indirecto al bucle incluido en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, que permita a los operadores alternativos competir en condiciones de igualdad.

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

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera