



## 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 A 128Kbit/s**

(DT 2005/937)

### **HECHOS**

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

Con fecha 9 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 a 128 Kbit/s cuyo lanzamiento se produciría a partir del 9 de septiembre de 2005. TESAU también comunica su intención de ofrecer un servicio mayorista a nivel IP denominado "ADSL 06/05 128K".

En el Anexo 1 [CONFIDENCIAL] se muestra la descripción que realiza TESAU del producto a 128 Kbit/s.

#### **Segundo.- Apertura del período de información previa**

A la vista del contenido de los escritos de TESAU de fecha 9 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.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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 lo 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.

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



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el los citado escritos de 9 de junio de 2005, su intención de comercializar una nueva modalidad técnica en el servicio de acceso a Internet a través de ADSL. En dicho escrito 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 la oferta comunicadas por TESAU.

### **Cuarto.- Análisis de la replicabilidad de las ofertas comunicadas por TESAU**

La propuesta realizada por TESAU, de ADSL a 128 kbit/s, se enmarca dentro de las consideradas por el citado Resuelve Cuarto de la Resolución de 31 de marzo de 2004, en tanto que supone 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 dicha propuesta es o no replicable 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 la oferta ahora presentada. El resultado obtenido es el siguiente:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Oferta ADSL	Margen para replicabilidad
ADSL por volumen	
ADSL 06/05 128 K	Negativo

### Quinto.- 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.”*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 128K” con interfaz IP**

En su escrito de 9 de junio de 2005, TESAU señala su deseo de habilitar una vía de replicabilidad para la oferta minorista a 128 Kbit/s. El nuevo servicio mayorista propuesto, que incorpora la facturación por volumen y se ofrece en interfaz IP, se denomina “ADSL 06/05 128K”. TESAU no propone que este nuevo servicio mayorista pase a formar parte de la oferta regulada de acceso al bucle.

Como ya se indicó en 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, 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





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la OBA por basarse en conexiones situadas en un nivel de red superior al servicio de acceso indirecto GigADSL.

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 2003<sup>1</sup> (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, la Comisión no puede tener en cuenta un servicio comercial no incluido en OBA, sobre el que TESAU tiene plena libertad para modificar a su antojo la propia definición del servicio, sus condiciones técnicas, los procedimientos administrativos o los precios, en el análisis de replicabilidad de una oferta minorista presentada por este operador. Esto se debe a la falta de información de los operadores ante la evolución en el tiempo de dicha oferta, dado que la ausencia de control regulatorio sobre la misma provoca que no exista transparencia alguna 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.

En todo caso, cumple señalar que la propia TESAU es libre de proponer la inclusión del servicio mayorista “ADSL 06/05 128K” 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.

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 a 128 Kbit/s cuya descripción se adjunta en el ANEXO 1, 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.

<sup>1</sup> 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

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