



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

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

### **CERTIFICA:**

Que en la Sesión núm. 37/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de noviembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

por el que se aprueba la

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA SOBRE LA CONVENIENCIA DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DEL BUCLE DE ABONADO COMO CONSECUENCIA DEL LANZAMIENTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. DE OFERTAS EMPAQUETADAS QUE INCLUYEN EL SERVICIO DE ACCESO A INTERNET MEDIANTE ADSL**

**(AEM 2006/1237)**

### **I ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Aprobación de la Resolución sobre el mercado mayorista de acceso de banda ancha.**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) aprobó, con fecha 1 de junio de 2006, la Resolución por la que se define y analiza el mercado mayorista de acceso de banda ancha. En ella se designa a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) como operador con poder significativo (PSM) en el mercado de referencia y se le imponen un conjunto de obligaciones, todo ello de acuerdo con la legislación vigente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **SEGUNDO.- Escrito de TESAU para la comercialización de nuevos servicios minoristas de forma empaquetada con el servicio de acceso a Internet de banda ancha.**

Con fecha 31 de julio de 2006 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TESAU, por medio del cual comunica su intención de comercializar nuevas ofertas empaquetadas de servicios en el que se incluye el acceso a Internet sobre ADSL y el servicio telefónico básico. La descripción de esta se incluye en el Anexo 1 a la presente Resolución

### **TERCERO.- Aprobación de la Resolución sobre el nuevo servicio minorista de acceso a Internet mediante ADSL.**

Con fecha 14 de septiembre de 2006, esta Comisión aprobó la Resolución correspondiente al expediente DT 2006/412 por la que se pone fin al periodo de información previa, se procede a la apertura de un procedimiento para la modificación de la Oferta del Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. como consecuencia de la propuesta del lanzamiento de un nuevo servicio minorista de acceso a Internet mediante ADSL, y se acuerda la adopción de medidas cautelares.

### **CUARTO.- Escrito de TESAU para la comercialización de determinadas promociones sobre los nuevos servicios minoristas a que se refiere el Antecedente de Hecho Segundo.**

Con fecha 9 y 10 de octubre de 2006 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión seis escritos<sup>1</sup> comunicando su intención de comercializar determinadas promociones sobre los servicios empaquetados descritos en el Antecedente de Hecho Segundo (ver Anexo 2)

Con fecha 16 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito<sup>2</sup> de TESAU por el que modificaba una de las promociones comunicadas anteriormente y se anulaba otra de ellas.

---

<sup>1</sup> Entradas de Registro 200600005902, 200600005903, 2006000059019, 2006000059021, 200600005922, 200600005923.

<sup>2</sup> Entrada de Registro 200600005975.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**QUINTO.- Escrito de TESAU para la comercialización de un nuevo servicio minorista de forma empaquetada con el servicio de acceso a Internet de banda ancha.**

Con fecha 18 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que comunicaba su intención de comercializar una nueva oferta empaquetada que incluye el servicio de acceso a Internet mediante ADSL (ver Anexo 1).

**SEXTO.- Escrito de TESAU para la comercialización de una promoción sobre los nuevos servicios minoristas a que se refiere el Antecedente de Hecho Segundo y otra promoción sobre los referidos en el Antecedente de Hecho Quinto.**

Con fecha 23 de octubre de 2006 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión dos escritos<sup>3</sup> de TESAU por los que comunicaba su intención de realizar una promoción adicional sobre los servicios empaquetados descritos en el Antecedente de Hecho Segundo y otra promoción sobre el servicio empaquetado descrito en el Antecedente de Hecho Quinto. Estas promociones adicionales que se detallan en el Anexo 2 a esta Resolución.

## II HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Por su parte, el artículo 48.3 de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función:

*“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.”*

En uso de la habilitación competencial citada, mediante Resolución de esta Comisión de 1 de junio de 2006, (publicada en el BOE número 137 de 9 de

---

<sup>3</sup> Entrada de Registro 200600006078.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

junio de 2006) se aprobó, como se expone en el Antecedente de Hecho Primero, 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.

En dicha Resolución, tras definir y analizar el citado mercado, se concluyó que no era realmente competitivo y se identificó a TESAU como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndosele las correspondientes obligaciones, entre las que se encontraban la obligación de atender a las solicitudes razonables de acceso, lo que implicaba la obligación de facilitar un acceso mayorista de banda ancha (acceso indirecto al bucle) suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice; y, por otra parte, una obligación de transparencia consistente en la publicación de una Oferta de Referencia.

A efectos de esta obligación, en relación con el acceso indirecto al bucle del abonado, se consideró que la actual oferta de servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle recogida en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, cuya última modificación fue aprobada mediante Resolución de la CMT de 19 de mayo de 2005, continuaba vigente. Ello, sin perjuicio de la competencia de la CMT para introducir cambios en la oferta de referencia, tanto de oficio como a instancia de parte, y de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 de la Directiva de Acceso y en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados.

En la citada Resolución de 1 de junio de 2006 también se establecía que *“dada la posición de TESAU y su grupo empresarial tanto en el mercado de referencia como en el mercado conexo del acceso al bucle del abonado (mercado 11 de la Recomendación), la CMT asegurará que, en su conjunto, las condiciones mayoristas, tanto técnicas como económicas, sean suficientes para evitar la comercialización de ofertas minoristas de banda ancha que impliquen una extensión de su posición y, por tanto, riesgos para la libre competencia en el mercado minorista descrito en el presente informe. Así, se han citado anteriormente algunas de dichas prácticas que quedan prohibidas, que son, entre otras, las siguientes:*

- *Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);*
- *Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...);*
- *Discriminación abusiva en términos de precios;*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).*”

### III CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PERIODO 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.

### IV SERVICIO ADSL MINORISTA INCLUIDO EN LAS OFERTAS EMPAQUETADAS OBJETO DE ANÁLISIS

Las ofertas empaquetadas a que se refieren los Antecedentes de Hecho Segundo y Quinto incluyen un servicio minorista de acceso a Internet mediante ADSL que fue objeto de análisis por parte de esta Comisión en la Resolución de 14 de septiembre de 2006. En dicha Resolución se condicionó la comercialización de dicho servicio minorista a la disponibilidad para terceros operadores de los servicios mayoristas necesarios para la replicabilidad técnica y económica del mismo en los términos de la Resolución de 1 de junio de 2006.

En dicha Resolución se estableció, en el Resuelve Segundo 1, que “[L]a comercialización por Telefónica de España, S.A.U. o cualquiera de sus filiales del nuevo servicio minorista de acceso a Internet a través de ADSL planteado en su escrito de 27 de marzo de 2006 no podrá iniciarse hasta transcurridos, al menos, 30 días naturales, desde la disponibilidad y comunicación a los operadores alternativos de los servicios mayoristas descritos en el ANEXO IV [CONFIDENCIAL] mediante su publicación en el servidor hipertextual “<http://www.telefonicaonline.es>” y haber realizado todas las actuaciones necesarias para suministrar un PAI-IP para aquellos operadores que siendo



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*usuarios actuales del servicio GigADSL y no del servicio ADSL-IP solicitan la conexión y el alta en uno de los nuevos PAI-IP definidos.”*

Por tanto, de acuerdo con lo anterior, TESAU podrá comercializar el servicio minorista de acceso a Internet mediante ADSL cuando el servicio mayorista a que hacía referencia la citada Resolución de 14 de septiembre de 2006 esté operativo para terceros operadores. Los servicios mayoristas aprobados en virtud de la Resolución anterior incluían, en cumplimiento de las obligaciones impuestas mediante el análisis del mercado de acceso de banda ancha, los niveles nacional y regional. Los precios de los servicios mayoristas anteriores se han fijado de acuerdo con una metodología Retail Minus. De esta forma, los operadores alternativos cuentan con dos servicios mayoristas que permiten replicar el servicio minorista de acceso a Internet de referencia, uno correspondiente al nacional y otro al regional.

La aprobación de los servicios mayoristas anteriores se produjo, en sede cautelar, en la citada Resolución de 14 de septiembre de 2006. Como se publicaron en el servidor hipertextual el 26 de septiembre de 2006, a partir del día 26 de octubre TESAU estará en disposición de iniciar su comercialización.

La configuración técnica y económica final de los servicios mayoristas se realizará en el procedimiento de modificación de la OBA. De la misma forma, las conclusiones de la presente Resolución son provisionales dado que no pueden fijarse de forma definitiva en tanto que no se determinen las condiciones mayoristas del servicio de acceso de banda ancha mayorista del servicio incluido en las ofertas empaquetadas

## V PROMOCIONES

### ***V.1 Plazos de comunicación de las promociones sobre servicios indefinidos no analizados por esta Comisión***

De forma adicional a las ofertas empaquetadas, TESAU ha comunicado, como se ha descrito en los Antecedentes de Hecho Cuarto, Quinto y Sexto, determinadas promociones sobre dichas ofertas.

En primer lugar, cabe decir que el acuerdo de la CDGAE de 25 de septiembre de 2003 modificó la regulación, pasando los precios de estar sometidos a un régimen de autorización o quedar sometidos a la obligación de comunicación de 10 días de antelación a su aplicación efectiva.

A partir de los análisis de los mercados relevantes, determinadas obligaciones fueron impuestas a TESAU que condicionan su actuación en los mercados minoristas. Con respecto al propio servicio de acceso a Internet de banda



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ancha, la citada Resolución de 1 de junio de 2006<sup>4</sup> incrementó el plazo de comunicación desde los diez días anteriores hasta un mes:

*“Se entenderán sujeta a la obligación anterior las tarifas y condiciones aplicadas por TESAU o cualquier empresa de su Grupo, así como todo tipo de reducciones sobre las mismas, bonos de descuento, planes de precios, paquetes de servicios y tarifas especiales o moduladas en el marco de ofertas minoristas de acceso de banda ancha. Igualmente aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes.*

*Esta obligación implica que TESAU o cualquier empresa de su Grupo está obligado comunicar a la CMT, con un mínimo de un mes de antelación, a su aplicación/comercialización efectiva.”*

Por otra parte, en la Resolución día 9 de febrero de 2006 sobre los mercados de tráfico telefónico fijo (mercados 3-6 de la Recomendación) se imponía a TESAU la obligación de no comercializar ofertas que contuvieran elementos anticompetitivos como los descritos en la obligación 1 que se cita a continuación:

### ***“1.- Obligaciones relativas a la provisión de los servicios al por menor***

*a) TESAU no podrá comercializar ofertas minoristas, tanto generales como personalizadas, que impliquen riesgos para la libre competencia como los descritos en el presente informe y otros de efecto similar, tales como:*

- Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);*
- Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...);*
- Discriminación abusiva en términos de precios Se considerarán prohibidas, entre otras, la discriminación injustificada de las condiciones de prestación en función de la red de destino, ya sea fija o móvil;*
- Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).”*

---

<sup>4</sup> Resolución por la que se aprueba la definición del mercado mayorista de acceso de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con el fin de poder comprobar el cumplimiento de la obligación anterior, esta Comisión impuso en dicho análisis la obligación de comunicación con una antelación de 21 días a su entrada en vigor de cualquier modificación o creación de *“tarifas generales como todo tipo de reducciones sobre las mismas, bonos de descuento, planes de precios bonos, paquetes de servicios y tarifas especiales o moduladas”*.

De lo anterior se concluye que tanto para el servicio telefónico fijo como para el servicio minorista de banda ancha pesan sobre TESAÚ, como operador designado con PSM, una obligación de comunicación previa de todo tipo de nuevos servicios, planes de precios o estructuras tarifarias así como sobre las modificaciones y promociones de las mismas.

Con respecto a estas últimas, la CMT considera que la existencia previa del servicio<sup>5</sup> es una condición necesaria para que pueda analizarse una promoción<sup>6</sup> sobre el mismo. Por tanto, en caso de notificarse simultáneamente un nuevo servicio o paquete con carácter indefinido y una promoción sobre el mismo, el plazo correspondiente para esta última se contabilizará a partir de que el servicio de duración indefinida se encuentre aprobado.

De acuerdo con el Antecedente de Hecho Cuarto, TESAÚ comunicó en octubre de 2006 determinadas promociones sobre las ofertas empaquetadas objeto de análisis en el marco del presente procedimiento considerando la fecha de inicio de las mismas el 12 de noviembre de 2006. En el momento de la comunicación, esta Comisión no había realizado todavía los cálculos necesarios para determinar su emulabilidad. Así, las ofertas empaquetadas no se encontraban de hecho aprobadas en tanto que el servicio mayorista necesario para su replicabilidad fue definido mediante la citada Resolución de 14 de septiembre de 2006.

Por tanto, TESAÚ debe comunicar a esta Comisión la propuesta del servicio de duración indefinida que pretende comercializar y esperar el transcurso del plazo establecido para su análisis por la Comisión, sin que haya reparo alguno. Una vez se haya producido este hecho, podrá comunicar promociones sobre el mismo en tanto que, como es práctica habitual de esta Comisión, conocerá los márgenes de replicabilidad del mismo. Cabe así recordar a este operador que no es su función juzgar los plazos de comunicación o cuándo terminan los mismos de acuerdo con las obligaciones vigentes tal y como se ha producido en este caso.

---

<sup>5</sup> Cuya comercialización es indefinida, a diferencia de una promoción que tiene carácter temporal.

<sup>6</sup> En términos generales, las promociones se realizan sobre un producto que se está comercializando con el fin de darlo a conocer o bien fomentar su consumo.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de lo anterior, las ofertas vinculadas descritas en el Anexo 1 cuentan con aspectos específicos que hacen necesario el análisis simultáneo del servicio propiamente dicho con sus promociones. Por una parte, esta Comisión consideró, en la citada Resolución de 14 de septiembre de 2006, que era necesario adoptar una medida cautelar *“para asegurar la eficacia de la Resolución final que pudiera recaer en el presente procedimiento, y urgente para no frenar el desarrollo y evolución del mercado, permitiendo la disponibilidad de ofertas y servicios más avanzados y de mayor ancho de banda para los usuarios finales”*. De esta forma, el lanzamiento del servicio de acceso a Internet que se analizó en aquel momento y que es parte sustancial de las ofertas vinculadas en este procedimiento se considera beneficioso para el consumidor y para el desarrollo y evolución del mercado de acceso minorista de banda ancha en España. De igual forma, y ante la importancia que han cobrado en la comercialización de los servicios de banda ancha las ofertas empaquetadas, también se deben considerar éstas como productos beneficiosos para el consumidor que pueden ser aprobadas en virtud de la anterior medida cautelar, si bien requerirán de revisión una vez haya finalizado el expediente de modificación de la OBA correspondiente.

En segundo lugar, es una práctica comercial habitual y necesaria para la comercialización de los servicios de acceso a Internet de banda ancha la promoción de determinados conceptos tarifarios al consumidor final de forma que sin dichos descuentos, la comercialización no sería, de hecho, efectiva. Por tanto, para que los beneficios reconocidos por esta Comisión en la citada Resolución puedan, de facto, alcanzar al consumidor final, TESAU debe poder acompañar el lanzamiento de las ofertas vinculadas descritas en el Anexo 1 con las promociones que se describen en el Anexo 2.

De esta forma, esta Comisión ha realizado, en la presente procedimiento, dadas sus particulares circunstancias, el análisis simultáneo de los servicios de duración indefinida con la promoción sobre los mismos. Cabe recordar a TESAU que es la situación de este particular servicio el que lo ha requerido y no una práctica habitual en tanto que, es una condición necesaria la existencia de un servicio cuya comercialización sea indefinida para que pueda promocionarse.

### ***V.2 Promociones sobre el nuevo servicio de acceso a Internet analizado por esta Comisión en el marco de la Resolución de 14 de septiembre de 2006.***

El conjunto de promociones comunicadas por TESAU pueden clasificarse en dos grupos:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Aquellas que van dirigidas a la totalidad del mercado minorista o *“tuvieran contratado cualquier paquete de doble oferta que incluya televisión y voz”*;
- Aquellas dirigidas a clientes que ya *“tuvieran contratado cualquier paquete de doble oferta que incluya ADSL”* o bien *“tan solo ADSL”*.

TESAU estaría, a partir de las promociones incluidas en esta última modalidad, incentivando la migración al nuevo servicio de acceso a Internet de banda ancha, si bien de forma empaquetada, analizado en el marco de la Resolución de esta Comisión de 14 de septiembre de 2006.

Ahora bien, en dicha Resolución se ponían de manifiesto determinados problemas técnicos que podrían ralentizar la comercialización efectiva de dicho servicio y hacía inviable la implementación de un sistema de migraciones masivas:

*“La actual existencia de limitaciones de capacidad de la red así como las adaptaciones y actualizaciones que necesariamente deben ir realizándose para ofrecer los nuevos servicios mayoristas definidos pueden, efectivamente, limitar inicialmente la posible existencia de un procedimiento de migraciones masivas (...)”*

Como se ha dicho anteriormente, las condiciones de prestación de los servicios de acceso de banda ancha minorista no se encuentran reguladas. Por tanto, TESAU es libre de configurar su oferta comercial de la forma que considere más ventajosa para sus intereses fomentando o no la migración al nuevo servicio de banda ancha. Ahora bien, TESAU debe recordar su especial responsabilidad a la hora de proveer los servicios mayoristas que le son demandados por los operadores alternativos. Así, esta Comisión consideró la especial situación en que se encontraba este operador con respecto a los alternativos en el nivel mayorista en la Resolución de 2 de febrero de 2006<sup>7</sup>:

*“(...) la especial responsabilidad de suministrar los servicios de acceso al bucle, y no solamente los recogidos en la oferta de referencia. La OBA incluye las condiciones de prestación de los servicios y TESAU no puede degradarla a mera referencia indicativa, sino que debe ponerla en práctica sobre la base de su carácter vinculante, suministrando en tiempo y forma los servicios solicitados por los operadores interesados. En efecto, no puede admitirse que pretenda ser TESAU quien marque el ritmo de avance de los*

---

<sup>7</sup> Resolución sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de colocación de la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado (OBA).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*despliegues sus competidores; no es ése su papel y, precisamente porque compite con el resto de los operadores en el mercado minorista, debe ceñirse a suministrar oportunamente los servicios mayoristas que le son requeridos. En caso contrario, sería la propia TESAU quien controlase el mercado minorista a través de una insatisfactoria provisión de los servicios mayoristas que necesitan sus competidores.”*

De igual forma, en este caso, TESAU, como proveedor de los servicios mayoristas necesarios para que sus competidores puedan acceder al mercado minorista, no puede determinar el nivel de competencia de terceros operadores a través de restricciones en la disponibilidad de los recursos mayoristas. Esta Comisión determinó en la Resolución de 14 de septiembre de 2006 que *“si bien es cierto que la implementación de un mecanismo de migraciones masivas es desproporcionado en la situación actual, esta Comisión considera imprescindible el control de la obligación de no discriminación impuesta a TESAU en el marco de la tantas veces citada Resolución de 1 de junio de 2006”*.

La *“situación actual”* a que se refiere el párrafo anterior se basaba en las alegaciones de TESAU, en las que ponía de manifiesto su intención de no favorecer las migraciones desde los servicios de acceso a Internet tradicionales por el nuevo servicio propuesto. Así, actuaciones comerciales de TESAU que indujeran la migración de sus clientes al nuevo servicio ADSL, en cualquiera de sus formas, haría modificar la situación considerada en la Resolución anterior.

### CONFIDENCIAL [ ]

En conclusión, las condiciones de comercialización conjuntas del servicio empaquetado con las promociones asociadas no presentan problemas adicionales a los analizados en el marco del lanzamiento de la oferta individual de acceso a Internet analizada por esta Comisión mediante la Resolución de 14 de septiembre de 2006.

## VI JUSTIFICACIÓN DEL ANÁLISIS DE REPLICABILIDAD DESDE EL DERECHO DE LA 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 podrían suministrarse de forma separada pero de hecho se comercializan de manera conjunta. Así, la propuesta de TESAU podría constituir una venta empaquetada si la forma más ventajosa para el cliente fuera consumir la totalidad de los servicios mediante el paquete diseñado por TESAU.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, la calificación de una determinada oferta como venta empaquetada no puede considerarse, *per se*, como una práctica anticompetitiva salvo cuando dicha venta vinculada suponga una distorsión de la competencia.

En el caso de los nuevos paquetes de servicios propuestos, los efectos anticompetitivos podrían producirse si los descuentos sobre los servicios asociados al paquete 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, los servicios individuales incluidos en el paquete propuesto tienen su replicabilidad garantizada, en tanto fueron objeto de un análisis previo por parte de esta Comisión. Ahora bien, como se observa en la tabla contenida en el Anexo 1 a la presente Resolución, los paquetes propuestos por TESAU suponen un descuento con respecto a los planes de precios aprobados inicialmente.

Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, y según reiterada jurisprudencia comunitaria<sup>8</sup>, para que un empaquetamiento sea ilícito deben darse las siguientes circunstancias:

- Existencia de dos mercados 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.

De esta forma, el análisis de los diferentes paquetes 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 / Comisión<sup>9</sup>, consideró que *“aun en el caso de que la venta asociada de dos productos sea conforme a los usos mercantiles o existe un vínculo natural entre los dos productos de que se trate, dicha venta puede*

---

<sup>8</sup> Véase Asunto C-3/37.792

<sup>9</sup> Véase Asunto C 333/94



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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 procedimiento es asegurar el último punto, no resulta necesario el resto de condiciones que se exigen según la jurisprudencia comunitaria. 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 de dominio en los mercados en los que ha sido declarada con poder significativo de mercado, fidelizando al cliente.

### ***VI.1 Comercialización de los servicios de acceso a Internet de banda ancha mediante ofertas empaquetadas***

De forma preliminar al análisis de las ofertas combinadas y sus promociones, por los motivos expuestos anteriormente, es necesario realizar ciertas consideraciones respecto al lanzamiento de las ofertas de referencia. Como se puede ver en la tabla siguiente, la comercialización por parte de TESAU de ofertas vinculadas es muy extensa para el segmento residencial, de forma que los nuevos paquetes comunicados constituyen una práctica habitual en el mercado.

Por otra parte, la demanda residencial de los servicios de acceso a Internet de banda ancha se caracteriza por cierta estacionalidad, siendo la campaña navideña una época de gran tirón comercial. De forma coherente con este hecho, TESAU cuenta actualmente con un importante número de servicios en promoción (ver tabla siguiente).

### **CONFIDENCIAL [ ]**

En consecuencia, las ofertas de carácter indefinido y las promociones asociadas constituyen una práctica comercial habitual, tanto en el marco de la oferta comercial de TESAU como del resto de operadores. Este aspecto se ve incluso más acentuado en el marco de la campaña de Navidad.

### ***VI.2 Análisis de la replicabilidad de las ofertas empaquetadas que incluyen el servicio de acceso a Internet a través de ADSL comunicadas por TESAU***

Como se ha explicado, la propuesta realizada por TESAU, consistente en una oferta empaquetada que incluye el servicio de acceso a Internet a través de ADSL, se enmarca dentro de las consideradas en el Anexo I.2 de la Resolución



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 1 de junio de 2006, en tanto que supone una modificación de la estructura de precios con respecto al servicio minorista de ADSL, aprobado mediante Resolución de 14 de septiembre.

Por tanto, es necesario determinar si dicha propuesta es o no replicable por parte de los competidores de TESAU. Para ello se hace necesaria la estimación de los ingresos y los costes que conlleva la prestación de la nueva oferta comunicada.

La Resolución de la CMT de 14 de septiembre de 2006, establece unos criterios para llevar a cabo esta estimación de ingresos y costes, que es aplicable a la oferta empaquetada propuesta por TESAU.

El análisis de replicabilidad tiene en cuenta los costes de acceso desagregado, puesto que los operadores alternativos no configuran sus servicios ADSL minoristas haciendo uso únicamente del servicio mayorista de acceso de banda ancha sino que también emplean en una cierta proporción el acceso desagregado al bucle, con lo que el coste de prestación del servicio debe considerarse un promedio ponderado de dos supuestos, uno basado en acceso indirecto y otro basado en acceso desagregado. Este criterio es coherente con la misma Resolución de 1 de junio de 2006 relativa a la definición y análisis del mercado de acceso mayorista de banda ancha, donde se indica, al referirse a la obligación de proporcionar servicios mayoristas de acceso de banda ancha, que *“... la CMT aplicará un test de estrechamiento de márgenes a las ofertas minoristas de TESAU. Dicho test evaluará también las presiones competitivas que enfrenta este operador, tanto mediante estos servicios mayoristas como de otros complementarios, en especial, el bucle desagregado”*.

### ***VI.3 Determinación del límite máximo para promociones dada la existencia de dos servicios mayoristas***

La Resolución de esta Comisión de 1 de junio de 2006, sobre el análisis del mercado mayorista de acceso de banda ancha, consideró necesario que TESAU, en tanto que operador designado operador con PSM, proporcionara los servicios mayoristas de acceso de banda ancha (acceso indirecto al bucle) suficientes para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice, bien directamente o a través de otras empresas de su mismo grupo. Este servicio mayorista deberá estar disponible a terceros tanto en el nivel regional como en el nacional.

Estos servicios mayoristas de acceso de banda ancha deberán tener precios orientados en función de los costes de producción aunque, para los casos que no se disponga de la información necesaria, esta Comisión podrá determinar los precios mayoristas de referencia de acuerdo con una metodología Retail Minus. Así, en la Resolución de 14 de septiembre de 2006 (en sede cautelar),





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la CMT determinó los precios y márgenes de replicabilidad del servicio de acceso a Internet considerando los dos niveles mayoristas anteriores de acuerdo con una metodología Retail Minus.

La metodología Retail Minus para la fijación del precio del servicio mayorista anterior se complementó con la promediación de los mismos con los costes de prestación de servicios equivalentes mediante el acceso desagregado, de acuerdo con la Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2005. En cuanto al porcentaje empleado en la promediación de costes para el cálculo al acceso desagregado, ha de señalarse que el porcentaje que se usa “no se basa en un despliegue potencial de los operadores sino en la composición real, en promedio, de su cartera de clientes.”<sup>10</sup> La ponderación a usar se obtiene de la siguiente expresión extraída de la Resolución de 21 de julio de 2005<sup>11</sup> de esta Comisión:

### Líneas desagregadas

Líneas ADSL de alternativos soportadas en infraestructura ADSL de  
TESAU + líneas desagregadas

A partir de los cálculos anteriores se fijó el precio mayorista y los costes de acceso a Internet como sigue (euros/mes):

### **CONFIDENCIAL [ ]**

Como consecuencia de la promediación de conceptos orientados en función de los costes (a partir del acceso compartido al bucle del abonado) y calculados sobre una metodología Retail Minus (servicio de acceso indirecto al bucle), los costes totales de acceso a Internet para los niveles nacional y regional no coinciden.

Esta Comisión debe considerar qué margen es el relevante para analizar las promociones propuestas por TESAU si bien, en este caso particular, las diferencias son mínimas. TESAU, como se ha detallado anteriormente, fue considerado operador con PSM en el mercado de acceso mayorista de banda ancha, mercado en el que se incluía tanto el servicio regional como nacional. Esta consideración implica que los operadores alternativos requieren de sus servicios mayoristas en ambos niveles para poder competir en el mercado minorista con este operador.

---

<sup>10</sup> Expediente DT 2006/412

<sup>11</sup> Expediente DT 2005/937





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como estos dos servicios son necesarios para los operadores alternativos, esta Comisión tomará como referencia el menor importe para promociones para asegurar un margen suficiente para los operadores que opten bien por adquirir el servicio regional o el nacional. En conclusión, esta Comisión considerará que el coste de acceso a Internet relevante promediado es el correspondiente al **CONFIDENCIAL** [ ].

En el Anexo 3 a la presente Resolución se muestran los detalles del análisis de replicabilidad de los paquetes propuestos por TESAU.

En razón de las consideraciones de Hecho y de Derecho, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### RESUELVE

**Primero.-** Declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia sin proceder a la apertura de un procedimiento de modificación de la OBA como consecuencia del lanzamiento por Telefónica de España, S.A.U. de la oferta empaquetada que incluye el servicio de acceso a Internet a través de ADSL, aprobado en la Resolución de 14 de septiembre.

**Segundo.-** La cantidad máxima absoluta que puede destinarse a promociones de clientes en la comercialización por Telefónica de España, S.A.U. de las ofertas empaquetadas que incluyen el servicio de acceso a Internet a través de ADSL propuestas, será la señalada a continuación. La valoración de las promociones se hará de acuerdo con los criterios fijados en la Resolución de 15 de julio de 2004, relativa a la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios *Retail Minus*.

Paquete	Máximo para promociones (euros)
1	210,53
2	210,53
3	210,53

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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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