



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 36/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de noviembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTA UNA MEDIDA CAUTELAR PARA INCORPORAR DOS NUEVAS MODALIDADES A LA OFERTA DE SERVICIOS MAYORISTAS DE BANDA ANCHA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

MTZ 2006/1019

I. ANTECEDENTES

Primero.- Lanzamiento de los servicios ADSL TOP y PREMIUM+

En Resolución de fecha 4 de noviembre de 2005, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió no paralizar dos ofertas de servicios minoristas de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, TESAU) denominados PREMIUM+ (entonces denominado "x2+0705_a1") y ADSL TOP, ofertas que previamente dicha operadora había comunicado su intención de comercializar, entendiéndose que, dada la limitación de la comercialización de las ofertas minoristas citadas a las áreas cubiertas por centrales cubiertas y con operadores con desagregación de bucles, su replicabilidad estaba debidamente garantizada con los servicios mayoristas disponibles entonces.

Mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2005 TESAU comunicó a esta Comisión su intención de comercializar un paquete de dos servicios (un dúo), el servicio ADSL TOP (de 10 MB) y el servicio telefónico (Plan de Precios 10).

Segundo.- Análisis de mercado e imposición de obligaciones

Mediante Resolución de esta Comisión de 1 de junio de 2006, (publicada en el BOE número 137 de 9 de junio de 2006) se aprobó la definición y análisis del mercado de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones.

Dado que la citada Resolución suponía la necesidad de actualizar la vigente Oferta de Referencia de TESAU se le concedió un plazo de dos meses para que presentara una propuesta de Oferta de Referencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante escrito de fecha 28 de julio de 2006 TESAU presentó su oferta de Referencia.

Tercero.- Expediente de revisión de la propuesta de oferta de referencia

Con fecha 1 de septiembre de 2006 se procedió a la incoación de un procedimiento administrativo para la revisión de la propuesta de oferta de referencia de los servicios mayoristas de banda ancha.

Cuarto.- Modificación del precio de dúo basado en ADSL-TOP

Con fecha 10 de septiembre de 2007, TESAU comunicó una modificación del precio de un servicio de dúo formado por el Kit ADSL TOP y un plan de precios de tráfico telefónico nacional.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel, en adelante), *“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 junio de 2006) se aprobó la definición y análisis del mercado de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo en el mercado, y la imposición de obligaciones.

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.

Por otra parte, el artículo 7.3 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A su vez, el artículo 9.2 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso), establece igualmente que las autoridades nacionales de reglamentación podrán, entre otras cosas, introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la citada Directiva.

De conformidad con lo anterior, esta Comisión tiene habilitación competencial suficiente para resolver la revisión de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de TESAU a que se refiere la resolución, de fecha 1 de junio de 2006, de esta Comisión en la que se define y analiza el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (Mercado 12).

Segundo.- Contexto jurídico y regulatorio: obligaciones de TESAU en el mercado de banda ancha al por mayor

La Resolución de esta Comisión de 1 de julio de 2006 analizó el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (mercado 12), es decir, los servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle de abonado tanto a nivel regional como nacional.

En el análisis del mercado de referencia se designó a TESAU como operador con PSM en el mismo, en virtud de lo cual se le ha impuesto una serie de obligaciones. Entre estas obligaciones cabe resaltar la de atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (arts. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art. 12 de la Directiva de Acceso).

Dicha obligación implica que TESAU estará obligada a 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, bien directamente o a través de otras empresas de su mismo grupo.

En todo caso, y en relación con aquellos servicios que no figuraban en la vigente Oferta de Acceso al Bucle de Abonado pero que, sin embargo están incluidos en la definición del mercado de referencia, TESAU debía presentar una propuesta de oferta de referencia a la CMT conteniendo la información mencionada en el plazo de dos meses desde la adopción de la medida. De acuerdo con lo establecido en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, la CMT podrá dictar resolución motivada instando la modificación de la oferta y fijará asimismo la fecha a partir de la cual aquélla surtirá efectos.

Tercero.- Objeto del expediente

El objeto del expediente en el marco del cual se dicta la presente medida cautelar es la revisión de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de TESAU a que se refiere la Resolución, de fecha 1 de junio de 2006, de esta Comisión en la que se define y analiza el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (Mercado 12) y la concreción de las obligaciones impuestas a TESAU en dicha Resolución en tanto que operador con PSM en el citado mercado.

Cuarto.- Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares

El artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello”.

En el mismo sentido, el artículo 48.12 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que *“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

De acuerdo con estos preceptos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está habilitada para adoptar medidas cautelares.

Quinto.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar

Concurren en el presente procedimiento los elementos necesarios que, conforme al artículo 72 de la LRJPAC, justifican la adopción de una medida cautelar con el fin de evitar la comercialización del servicio minorista propuesto por TESAU, a saber: existencia de elementos de juicio suficientes; necesidad para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, e inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o violación de derechos amparados en leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución fundada en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (STC 108/1984, de 26 de noviembre y Auto del TC de 9 de diciembre de 1987).

a) Existe una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente expediente

Como ya se ha señalado en la presente resolución, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b) Apariencia de buen derecho

Como ya se ha comentado TESAU está obligada a 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.

Ahora bien, las ofertas que incluyen servicios de acceso ADSL TOP y ADSL PREMIUM+ se encuentran en una situación especial. Su lanzamiento fue permitido, como se explicó en la resolución de 4 de noviembre de 2005, en razón de la limitación de su cobertura y fue previo a la Resolución de 1 de junio de 2006 en el que se establece la obligación de que todas las ofertas minoristas dispongan de un servicio mayorista de acceso indirecto que permita su replicabilidad (es claro que la replicabilidad de estas ofertas quedaba garantizada a través del acceso directo al



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bucle ya que la cobertura estaba limitada justamente a esas zonas con presencia de operadores ULL). Posteriormente, la propia TESAU incluyó en su propuesta de oferta de referencia las modalidades de acceso indirecto ADSL TOP y ADSL PREMIUM+, que están siendo objeto de examen por esta Comisión junto con el resto de su propuesta de oferta de referencia.

A la vista de que TESAU va a comercializar activamente a nivel minorista las modalidades ADSL TOP y PREMIUM+ con una cobertura amplia, no cabe duda de que deben incorporarse dichas modalidades a la oferta existente de servicios mayoristas de banda ancha, sin tener que esperar a la resolución final del expediente de revisión de dicha oferta de referencia, a fin de que los operadores estén en condiciones de poder competir con TESAU en la oferta de dichos servicios minoristas.

En consecuencia, está garantizada la apariencia de buen derecho de la adopción de una medida cautelar para incorporar a la oferta de servicios mayoristas de banda ancha las dos nuevas modalidades. No obstante, es pertinente precisar dos aspectos de la oferta mayorista: cobertura y precio.

Cobertura del servicio

De acuerdo con las obligaciones impuestas en la Resolución por la que se analiza el mercado de acceso mayorista de banda ancha (Mercado 12), las zonas de cobertura de los servicios mayoristas objeto de la presente medida cautelar deben ser al menos las del servicio minorista de TESAU. En efecto, la obligación de no discriminación impuesta a TESAU en tanto que operador declarado con poder significativo de mercado, implica necesariamente que debe ofrecer a sus competidores servicios mayoristas de cobertura no inferior a la de sus ofertas dirigidas al mercado minorista.

TESAU está en condiciones de ofrecer acceso mayorista ADSL IP a 10 MB (TOP) y a 20 MB (PREMIUM+) en toda ubicación en la que dispone de DSLAMs IP de nueva generación equipados con interfaz Gigabit Ethernet. En cambio, la disponibilidad en todas las ubicaciones de la cobertura del servicio GigADSL de estas modalidades, cuya velocidad descendente máxima supera las características de las modalidades existentes, podría tener un impacto en la red que desaconseja introducir este tipo de obligaciones mediante medida cautelar.

En efecto, consideración aparte merecen las ubicaciones en las que TESAU no dispone de DSLAMs IP con interfaz Gigabit Ethernet IP sino únicamente de DSLAMs ATM adaptados a las características de los servicios previamente existentes de hasta 7,3 Mb/s y que no ha previsto equipar para ofrecer los servicios de mayores prestaciones que aquí se analizan. Si se obligara a TESAU a una ampliación de la cobertura de las ofertas de 10 y 20 Mb/s que abarcara esas ubicaciones, se le estarían imponiendo inversiones adicionales en una tecnología que no es la de su elección para la extensión de su red. Se trata por ello de una medida cuya proporcionalidad deberá examinarse en el transcurso del expediente con el fin de dilucidar si está justificado que estos servicios se implanten en toda la cobertura del servicio GigADSL. Por ello la presente medida cautelar debe limitarse a introducir modalidades mayoristas de cobertura no inferior en ningún caso a la de los servicios minoristas relacionados.

Adicionalmente, los operadores que deseen contratar estas modalidades del servicio mayorista para ofrecerlas en el mercado deberán conocer con exactitud el ámbito de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cobertura que alcanzan, por lo que debe instarse a TESAU a informar debidamente de las centrales en las que estará disponible el servicio.

Servicio regional y servicio nacional

En consonancia con lo anterior, dado que no se considera justificado imponer, en sede cautelar, la disponibilidad de las modalidades de referencia en las ubicaciones equipadas con los DSLAMs de tecnología ATM, no resultaría coherente obligar a incluir dichas modalidades en el servicio GigADSL, el actual servicio de nivel regional, puesto que se basa precisamente en la entrega mediante tecnología ATM de los servicios ofrecidos por dichos DSLAMS ATM.

Tampoco es conveniente resolver en este momento procedimental acerca de las características precisas que debe poseer un servicio regional eventualmente destinado a sustituir al actual servicio GigADSL o sobre la idoneidad del servicio regional de 7 puntos basado en ADSL-IP planteado por TESAU. Por ello la presente medida cautelar debe quedar restringida al servicio de nivel nacional, ADSL-IP y será en la resolución final del expediente donde se diriman estos aspectos.

No obstante, resulta claro que en la fijación de precios debe tenerse en cuenta que los operadores van a disponer únicamente del servicio de nivel nacional, en el sentido de que una aproximación excesivamente prudente a los costes de prestación de los servicios podría dar lugar a unos niveles de precios incoherentes con la propia oferta minorista de TESAU.

Precios aplicables

En virtud de la obligación vigente tras el análisis del Mercado 12, los servicios mayoristas deben ofrecerse a precios que cumplan con el criterio de orientación a costes.

La propuesta de TESAU planteaba para las modalidades ADSL IP TOP y ADSL IP PREMIUM+ unas cuotas mensuales por conexión respectivamente de 35,33 y 120,26 euros pero no ha aportado información alguna que acredite que se trata de precios orientados a costes. Más bien al contrario, en respuesta a un requerimiento de información sobre, entre otros aspectos, la motivación de los precios planteados en su propuesta, TESAU expone que *“ha intentado buscar una coherencia en los precios propuestos para el servicio nacional y regional, teniendo en cuenta los actuales precios de los servicios minoristas y mayoristas existentes.”* Así pues, difícilmente puede considerarse acorde con el principio de orientación a costes la propuesta de TESAU en que ha primado la continuidad con los precios vigentes y la vinculación con los precios minoristas.

A mayor abundamiento, los precios propuestos por TESAU son superiores a los que se obtienen por medio del enfoque *retail-minus* que ha utilizado en otras ocasiones esta Comisión. En efecto, la aplicación a los precios minoristas de las modalidades TOP y PREMIUM+ del cálculo *retail-minus* lleva a los siguientes resultados:

ADSL IP	Descendente / Ascendente (Kbit/s)	Precio minorista	Precio Mayorista (Retail-minus)
TOP (E)	10.000 / 320	44,90	27,06 €
PREMIUM+ (F)	20.000 / 800	150,57	100,26 €



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, y hasta que se disponga de información más satisfactoria de los costes subyacentes, cabe recurrir a la posibilidad de fijar un precio mediante la metodología *retail-minus*, como ya se contemplaba en la resolución de 1 de junio de 2006:

“Para los casos en que no se disponga de la información suficiente, la CMT podrá determinar los precios mayoristas de referencia de acuerdo con una metodología Retail Minus de forma que, en ningún caso, los precios ofrecidos a terceros por TESAU podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente tanto en los mercados minoristas conexos como en los mayoristas descendentes al de referencia.”

Plazo para la efectividad de la resolución

En aras de una mayor seguridad jurídica es conveniente precisar el plazo para la disponibilidad de las nuevas modalidades en la oferta mayorista. A este respecto, debe traerse a colación que se trata de modalidades técnicas ya implantadas en la red como muestra la comercialización a nivel minorista que viene realizando TESAU. Adicionalmente, se trata de nuevas modalidades a incluir en el servicio mayorista ya existente, de manera que no se alteran ni los procedimientos administrativos ni los flujos de interacciones. Por lo anterior, el plazo para la efectividad de la medida puede ser razonablemente reducido, considerándose suficiente a estos efectos una semana desde su notificación.

c) Necesidad y urgencia de la medida

La medida cautelar aprobada en la presente resolución es necesaria y urgente para asegurar la eficacia de la resolución definitiva que se adopte en el procedimiento en el cual se enmarca, existiendo elementos de juicio suficientes para ello, tal y como ya se ha expresado, y según exige el artículo 72 de la LRJPAC y el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre.

En fechas recientes TESAU ha modificado de manera determinante su política comercial en lo que hace a estas ofertas comunicando la comercialización de diversos paquetes y promociones, cuya cobertura no queda limitada ya a las centrales inicialmente previstas, lo que cambia radicalmente las implicaciones de estas ofertas y hace urgente la necesidad de disponer de las correspondientes modalidades mayoristas, sin esperar a la resolución final del expediente.

Resulta claro que los operadores necesitan contar con los servicios mayoristas para disponer de una cobertura comparable a la de los servicios minoristas que oferta TESAU, si la competencia ha de desarrollarse “con igualdad de armas” entre los competidores.

En efecto, si se consideran las condiciones competitivas particulares que afectan a los servicios de banda ancha, se observa que los operadores utilizan diferentes servicios mayoristas en función de sus decisiones empresariales, la distribución y necesidades de sus clientes. Por ello la propia imposición de las obligaciones en el marco del Mercado 12 vino determinada por la inexistencia de infraestructuras alternativas en determinadas zonas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta la comercialización anunciada por TESAU, diferir la incorporación a su oferta mayorista de los servicios adecuados para ello al momento de aprobación de la OIBA, en trámite actualmente, implicaría dejar a los competidores de TESAU sin la posibilidad de ofertar en el mercado productos competidores, en velocidad y precio, de los comercializados por la operadora dominante.

Por lo anterior, con el fin de garantizar la pluralidad de ofertas y la competencia en el mercado, se hace necesaria y urgente la adopción de medidas cautelares que aseguren, de manera inmediata, la disponibilidad de las modalidades dentro de los servicios mayoristas de TESAU, todo ello para asegurar el efecto útil de la resolución que finalmente se dicte.

d) Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes

La adopción de esta medida cautelar no supone en modo alguno un perjuicio a TESAU de imposible o difícil reparación. En efecto, por medio de la presente medida cautelar se añaden a su oferta mayorista dos modalidades, ya contempladas por TESAU en su propuesta, por lo que ningún perjuicio puede causar la inclusión de estas modalidades al estar ya prevista por la propia TESAU su incorporación a la oferta, como se constata en su propuesta.

En consecuencia, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- Adoptar una medida cautelar por la que en el plazo máximo de una semana desde la notificación de la presente resolución Telefónica de España, S.A.U., deberá ofrecer dentro del servicio mayorista ADSL-IP de nivel nacional¹, las modalidades que se detallan a continuación con las cuotas mensuales por conexión indicadas:

MODALIDAD	Downstream / Upstream (Kbit/s)	Cuota mensual
TOP (E)	10000 / 320	27,06 €
PREMIUM+ (F)	20000 / 800	100,26 €

Dichas modalidades deberán estar disponibles al menos en todas las centrales en las que Telefónica de España, S.A.U., ofrece los servicios minoristas relacionados. En el plazo de dos días desde la notificación de la presente resolución Telefónica de

¹ Descrito en el anexo II Resolución de 21 de diciembre de 2006 sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de TESAU.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

España, S.A.U., deberá remitir a los operadores la lista de centrales y arcos de numeración en las que estará disponible el servicio. Asimismo, deberá alertar a los operadores de las variaciones en dicha lista con una semana de antelación a que se produzcan.

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu