



COMISION 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 número 20/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de mayo de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A." CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 27 DE ABRIL DE 2006 POR LA QUE SE PUSO FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA DE LA RECURRENTE CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR LA COMERCIALIZACIÓN DE LA OFERTA "DÚO IMAGENIO + TARIFA PLANA NACIONAL" (AJ 2006/789).

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 27 de abril de 2006, por la que se puso fin al Periodo de Información Previa en relación con la denuncia de la recurrente contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por la comercialización de la oferta "Dúo Imagenio+Tarifa Plana Nacional", procediendo al archivo de las actuaciones (Expediente número AEM 2005/1697), el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su Sesión número 20/08, celebrada el día de la fecha, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución del Consejo de 27 de abril de 2006.

Con fecha 27 de abril de 2006 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se puso fin al Periodo de Información Previa en relación con la denuncia de FRANCE TELECOM



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ESPAÑA, S.A. (en adelante, FRANCE TELECOM) contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) por la comercialización de la oferta "Dúo Imagenio+ Tarifa Plana Nacional" (en adelante, la oferta comercial DÚO IMAGENIO), procediendo al archivo de las actuaciones; dicho procedimiento fue tramitado en Expediente con número AEM 2005/1697.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

<< ÚNICO.- Proceder al archivo del expediente en relación con la denuncia presentada por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U., y declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia.>>

SEGUNDO.- Recurso de reposición de FRANCE TELECOM.

Con fecha 9 de junio de 2006 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de FRANCE TELECOM en virtud del cual interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de 27 de abril de 2006 a la que se refiere el Antecedente de Hecho anterior, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LRJPAC), y dentro del plazo de un mes establecido en el artículo 117.1 de la misma Ley.

En lo referente al contenido material del recurso de reposición de FRANCE TELECOM, este operador manifestaba su disconformidad con la Resolución de 27 de abril de 2006 impugnada, por lo que frente a la misma alegaba fundamentalmente lo siguiente:

1. FRANCE TELECOM discrepa de las afirmaciones de la Resolución recurrida cuando afirma que el peso del producto audiovisual de televisión de pago denominado "IMAGENIO" de TESAU en el mercado era, en los primeros meses de 2006, "pequeño", y al contrario opina que el servicio IMAGENIO de TESAU tiene un gran peso en el mercado por el crecimiento en el número de clientes experimentado durante los primeros meses de 2006, por la ampliación de su cobertura geográfica y poblacional y, sobre todo, por su empaquetamiento con otros servicios de telecomunicaciones en cuyos segmentos de mercado TESAU ostenta una clara "posición de dominio". En este sentido, la recurrente cita a Directivos de TESAU que habrían manifestado que el crecimiento de TESAU en el segmento de Banda Ancha se debería en gran parte al empaquetamiento de sus servicios de voz y de Banda Ancha con el servicio IMAGENIO.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. La recurrente entiende que no serían admisibles las argumentaciones de la Resolución recurrida en el sentido de que las ofertas empaquetadas de TESAU responderían a una estrategia defensiva frente a las ofertas de los operadores de cable que compiten empaquetando el mismo tipo de servicios, ya que según la recurrente los accesos de Banda Ancha se prestarían en el mercado español mayoritariamente mediante tecnologías basadas en "XDSL".
3. FRANCE TELECOM también discrepa del análisis de emulabilidad realizado por la Resolución de 27 de abril de 2006, ya que entiende que no existen plenas facilidades para acceder a los servicios mayoristas de acceso a las redes de abonado de TESAU, debido a las demoras en el suministro de determinados servicios incluidos en la Oferta de Bucle de Abonado de TESAU (en adelante, OBA) a los competidores, demoras que según la recurrente no se producirían en el despliegue técnico para suministrar el servicio IMAGENIO, que además se prestaría sobre la denominada "Red RIMA", una red soporte del servicio mayorista de Banda Ancha diferenciado de la red soporte común de la OBA, lo que constituiría un trato discriminatorio a favor de los servicios minoristas de TESAU que constituiría una barrera de entrada sustancial al mercado y cuestionaría la replicabilidad real del mismo por parte de los operadores alternativos.
4. La recurrente impugna también la metodología de cálculo del estrechamiento de márgenes aplicado en la Resolución recurrida, en función a un importe máximo establecido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ya que entiende que la misma no está ni completa ni suficientemente explicada en la Resolución recurrida y, en general, no permite conocer si el precio del paquete de servicios DÚO IMAGENIO está o no por debajo de los costes de prestación de los mismos de acuerdo con los precios mayoristas ofrecidos por TESAU a otros operadores en la OBA.
5. Por todo ello FRANCE TELECOM manifiesta que dicho empaquetamiento tiene efectos anticompetitivos al ser realizado por un operador dominante en mercados conexos, no emulable por sus competidores, con efectos de creación de barreras de entrada al mercado de Banda Ancha para los competidores y asimismo con efectos fidelizadores y de fortalecimiento de su cuota de mercado en dichos mercados conexos.

La recurrente concluye su escrito solicitando la estimación de su recurso de reposición y que, en consecuencia, se anule la Resolución del Consejo de esta Comisión de 27 de abril de 2006, declarando que la oferta DÚO IMAGENIO conlleva efectos anticompetitivos, y que se inste a TESAU a cesar en su comercialización.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Notificación y trámite de información a los interesados.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados el día 13 de junio de 2006 y cuya salida fue registrada el día 14 de junio de 2006, se informó a la recurrente y a los demás interesados, TESAU y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante, ASTEL), del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a TESAU y ASTEL de una copia del escrito de interposición del recurso de reposición de FRANCE TELECOM y se les informaba de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente para sus intereses.

CUARTO.- Alegaciones efectuadas por TESAU.

TESAU efectuó alegaciones al recurso de reposición de FRANCE TELECOM mediante un escrito cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 11 de julio de 2006, manifestaba fundamentalmente lo siguiente:

1. En primer lugar afirma que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición deben basarse en alguna causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, y sin embargo el recurso presentado por FRANCE TELECOM debería inadmitirse a trámite, ya que no invoca la infracción de ninguna norma ni señala ninguna causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, sino que se limita a defender sus intereses comerciales y su modelo de negocio de empaquetamiento de servicios, y a reiterar argumentos y pretensiones que ya obran en el expediente finalizado con la Resolución recurrida.
2. TESAU expresa su conformidad con la fundamentación jurídica y con la Parte Dispositiva de la Resolución recurrida, y afirma que ésta se ajusta a Derecho cuando declara que el producto DÚO IMAGENIO no puede ser calificado como un empaquetamiento ilícito porque es replicable por sus competidores y no provoca un cierre del mercado, además de ser beneficiosa para el consumidor.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Asimismo considera fuera de lugar solicitar en un recurso de reposición la apertura de la “Red RIMA” a terceros operadores, ya que no es el cauce jurídico adecuado y además considera que con la OBA cumple perfectamente todos los requisitos de apertura de su red a sus competidores y les ofrece una calidad suficiente para que puedan emular el empaquetamiento de servicios impugnado por la recurrente.
4. Según TESAU, la Resolución de esta Comisión de 21 de julio de 2005 recogió los niveles de precios a aplicar por TESAU en sus empaquetamientos de servicios para que no fuesen contrarios a la competencia, sin que FRANCE TELECOM los impugnara en tiempo y forma y que el producto DÚO IMAGENIO puesto en cuestión por la recurrente cumple con los mismos.
5. Tampoco existiría un cierre de mercado ya que el producto DÚO IMAGENIO captó mayoritariamente clientes de TESAU que no muestran una preferencia por la contratación de servicios de acceso a Internet de Banda Ancha ADSL, sin restar clientes ni frenar el incremento de clientes y de facturación de Banda Ancha de sus competidores, es decir, con un “efecto procompetitivo neto”.

Por todo ello, TESAU solicitaba que se inadmitiese a trámite el recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM, por no reunir los requisitos legales de admisibilidad al no concurrir causa alguna de nulidad o anulabilidad y en su defecto que se desestimase el mismo.

ASTEL no ha presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FRANCE TELECOM califica expresamente su escrito como recurso de reposición, y del contenido del mismo se deduce que estima que la Resolución recurrida no se ajusta a Derecho en algunos aspectos de la misma, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, resulta procedente calificar el escrito presentado por FRANCE TELECOM en el Registro de esta Comisión el día 9 de junio de 2006 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 27 de abril de 2006, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición objeto de la presente Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mencionado escrito por parte de FRANCE TELECOM, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de FRANCE TELECOM ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- En relación con la solicitud de TESAU para la inadmisión a trámite del recurso de reposición de FRANCE TELECOM.

En primer lugar, frente a la solicitud de TESAU de que no se admita a trámite el recurso de reposición de FRANCE TELECOM por no ajustarse el mismo a lo previsto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, hay que señalar que dicho precepto legal establece claramente que los recursos potestativos de reposición deben



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estar fundamentados en alguna causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad de las previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

El recurso de reposición presentado por FRANCE TELECOM no invoca expresamente la causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad invocada para justificarlo jurídicamente, pero sí que califica expresamente su escrito como recurso de reposición y del contenido del mismo se deduce claramente que, en opinión de la recurrente, la Resolución de 27 de abril de 2006 incurrió en la infracción de varias normas jurídicas de Derecho Sectorial de Telecomunicaciones, y singularmente en las siguientes:

- El artículo 48.3, letra e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), que establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del 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 por los prestadores de los servicios”*.
- Los artículos 10 y 48.3, letra g), de la misma Ley, que disponen que esta Comisión deberá definir los mercados pertinentes relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, determinando si existe en los mismos un entorno de competencia efectiva o no, y en este caso si existen operadores con poder significativo en dichos mercados o en mercados conexos, y en su caso imponerles obligaciones específicas.

La eventual vulneración de dichos preceptos legales por parte de la Resolución recurrida denunciada por FRANCE TELECOM en su recurso de reposición constituiría, de resultar acreditada la misma, un vicio de nulidad de pleno derecho por vulneración de una norma legal (artículos 62.1, y 62.2, letras e) y f), de la LRJPAC) o de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63.1 de la LRJPAC).

En definitiva, el recurso de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM se fundamenta en causas de nulidad y anulabilidad, tal y como exige el artículo 107.1 de la LRJPAC, por lo que de acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos Jurídicos Procedimentales de la presente resolución procede la admisión a trámite del mismo y debe rechazarse la solicitud de TESAU en este punto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Respecto a la posición del producto DÚO IMAGENIO en el mercado minorista de Banda Ancha.

FRANCE TELECOM discrepa de las conclusiones de la Resolución de 27 de abril de 2006 en cuanto al peso del producto de televisión de pago IMAGENIO de TESAU en el mercado minorista y en cuanto a los efectos de los empaquetamientos de TESAU en relación con la Banda Ancha, ya que en su opinión el servicio IMAGENIO de TESAU tenía un “gran” peso en el mercado por el crecimiento en el número de clientes experimentado durante los primeros meses de 2006, por la ampliación de su cobertura geográfica y poblacional y sobre todo por el valor estratégico de su empaquetamiento con otros servicios de telecomunicaciones en cuyos segmentos de mercado TESAU ostenta una clara “posición de dominio”.

En apoyo de esta tesis, la recurrente aporta los siguientes datos: en diciembre de 2005 IMAGENIO alcanzó la cifra de 200.000 clientes, cuando el número de bucles desagregados en el cuarto trimestre del 2005 era de 279.029 compartidos y 56.411 completamente desagregados; asimismo, cita a directivos de TESAU y a documentación publicitaria y de promoción de la actividad elaborados por ellos que habrían manifestado que el crecimiento de TESAU en el segmento de Banda Ancha, que ha acaparado la mayor parte del crecimiento en el segmento de mercado de Banda Ancha se debería en gran parte al empaquetamiento de sus servicios de voz y de Banda Ancha con el servicio IMAGENIO.

Sin embargo, frente a esas alegaciones de la recurrente hay que contestar que el indicador más fiable y objetivo del peso real de un producto comercial en un mercado es la cuota de mercado de la empresa que lo oferta y que, tal y como se expuso en el Apartado II.2.3 de la Resolución recurrida, a pesar del crecimiento experimentado por el servicio IMAGENIO la cuota de mercado de TESAU en el mercado de servicios de televisión de pago y video sobre demanda era baja en 2006 (y sigue siendo moderada), por lo que el peso real del producto de TESAU en dicho segmento de mercado era pequeño en 2006. Adicionalmente, cabe indicar que existen distintas tecnologías que permiten la transmisión y difusión de una señal audiovisual de un servicio de televisión de pago, por lo que cualquier comparación del número de abonados de IMAGENIO únicamente con el número de bucles desagregados, como hace FRANCE TELECOM en su recurso, ofrece una información parcial, incompleta, distorsionada y de difícil interpretación.

TERCERO.- Respecto a los efectos del empaquetamiento de servicios del producto DÚO IMAGENIO en el mercado minorista de Banda Ancha.

FRANCE TELECOM crítica el análisis que esta Comisión emprendió para comprobar si existía un desplazamiento de una posición de dominio desde los mercados adyacentes al mercado de televisión de pago, por no tratarse de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

práctica denunciada por la recurrente, que denunciaba el fortalecimiento de la posición de dominio de TESAU en los mercados de ADSL y voz y la eventual erección de barreras a la entrada de los competidores. FRANCE TELECOM citaba que TESAU había ganado el 73,90% del crecimiento en el mercado de ADSL en el tercer cuatrimestre de 2005.

Frente a esta alegación esta Comisión tiene que indicar lo siguiente:

- El hecho de que se analizara la posible traslación de una posición de dominio del mercado de voz y de ADSL al mercado de televisión de pago no implica que no se atendiera la denuncia de FRANCE TELECOM. En particular, en el Apartado III.3.4 de la Resolución recurrida se analiza la existencia de barreras a la entrada en el mercado que dificultaran la competencia de los rivales de TESAU para concluir que *“existen elementos mayoristas para replicar el servicio Imagenio”* y que *“todos los operadores cuentan con la misma capacidad para empaquetar estos servicios”*.
- Adicionalmente, según cifras de los informes trimestrales en el ejercicio 2005 y de final de ese año, se observa que, en el segundo semestre del ejercicio, la tasa de crecimiento del mercado minorista de banda ancha es mucho mas elevada que en el primer semestre, debido al aumento del número de clientes de los operadores de cable y de TESAU, pero también a un aumento significativo de los clientes de los operadores que alquilan la red de TESAU, lo que demuestra que el producto DÚO IMAGENIO no ha limitado el crecimiento de sus rivales que ofrecen ADSL.

Por otra parte, FRANCE TELECOM entiende que no serían admisibles las argumentaciones de la Resolución recurrida en el sentido de que las ofertas empaquetadas de TESAU responden a una estrategia defensiva y de eficacia competitiva frente a las ofertas de los operadores de cable que compiten empaquetando el mismo tipo de servicios, ya que según la recurrente los accesos de Banda Ancha se prestan en el mercado español mayoritariamente mediante tecnologías basadas en “XDSL” (más del 75 por 100 del total de los accesos de Banda Ancha existentes en España en 2006) y sería a su juicio inadmisibile que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones obviase la importancia competitiva de los operadores de servicios ADSL, cuando estos serían los únicos que pueden competir a nivel nacional. Además FRANCE TELECOM afirma que aunque TESAU probara sus razones de eficiencia, a la luz de la opinión de la Comisión Europea citada en el texto de la Consulta Pública sobre el Artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, Tratado CE) estos argumentos defensivos no resultarían admisibles cuando la empresa que los alega tenga una posición cercana al monopolio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frente a estas alegaciones esta Comisión tiene que contestar que en la Resolución de 27 de abril de 2006 no se obvia la importancia competitiva de los operadores que prestan servicios sobre tecnologías ADSL, pero tampoco se ignora la presión competitiva que los operadores de cable ejercen en el mercado, y en este caso en particular sobre TESAU y el Grupo Telefónica en general. En un mercado nacional, y en ausencia de una discriminación de precios geográfica, como es el caso de los mercados que nos ocupan, la cobertura de una red no es el mejor indicador de la presión competitiva que pueda ejercer su propietario o usuario, ya que si un operador con una cobertura geográfica reducida cambia su estrategia, y esto tiene un impacto sobre la demanda residual del rival, este se vera tan obligado a responder como si la amenaza viniera de un operador con una mayor cobertura. En este sentido es importante recordar que los operadores de cable se han localizado en zonas de alta densidad de población y que en diciembre de 2005 representaban el 21,2% del total de clientes en el mercado minorista de banda ancha.

CUARTO.- Sobre la emulabilidad del producto DÚO IMAGENIO.

FRANCE TELECOM también discrepaba del análisis de emulabilidad realizado por la Resolución de 27 de abril de 2006, ya que entendía que no existían plenas facilidades para acceder a los servicios mayoristas de acceso a las redes de abonado de TESAU en las mismas condiciones que ésta para poder emular sus ofertas, debido a las demoras en el suministro de determinados servicios incluidos en la Oferta de Bucle de Abonado de TESAU (en adelante, OBA) a los competidores, demoras que según la recurrente no se producirían en el despliegue técnico para suministrar el servicio IMAGENIO, que además se prestaría sobre la denominada "Red RIMA", una red soporte del servicio mayorista de Banda Ancha diferenciada de la red soporte común de la OBA, lo que a juicio de la recurrente constituiría un trato discriminatorio por parte de TESAU a favor de sus propios servicios minoristas que constituiría una barrera de entrada sustancial al mercado y cuestionaría la replicabilidad real del mismo por parte de los operadores alternativos. Como apoyo de esta alegación, FRANCE TELECOM cita el comentario de la Comisión Europea a la propuesta de análisis de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre el Mercado 12 mayorista de Banda Ancha, en el que se recomendaría que se garantizase una oferta de acceso indirecto que incluyese todas las infraestructuras de red, y donde se pondría en cuestión que la desagregación del bucle de abonado en España fuese una verdadera fuente de competencia potencial.

En respuesta a esta alegación cumple poner de manifiesto lo siguiente:

- Que la Resolución de 27 de abril de 2006 no desconoce la problemática existente respecto a la prestación de los servicios mayoristas para la desagregación efectiva del bucle del abonado, y de hecho se citan 10 conflictos de acceso resueltos gracias a su intervención. En este sentido, desde el inicio de la regulación de la OBA esta Comisión vela por imponer



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones de acceso razonables y porque TESAU cumpla las mismas, y esta política ha dado sus frutos, lo que se refleja en el dato de que en febrero de 2006 la proporción de centrales cubiertas y pares accesibles por los operadores alternativos sobre el total era de un 54%, y en términos de población representaba aproximadamente el 67% (más alto en las áreas urbanas). Por lo tanto hay que concluir de nuevo que, a pesar de las dificultades existentes, TESAU no gozaba en 2005 y 2006 de unas ventajas irreplicables, y como concluye la Resolución recurrida, *“La desagregación del bucle del abonado no era un servicio mayorista teórico, sino que en efecto esta produciendo una presión competitiva sobre TESAU”*.

- Que como demostración de la no existencia de barreras a la entrada en el mercado y de la existencia de una presión competitiva real, la Resolución recurrida citaba al operador JAZZ TELECOM, S.A.U., que en 2005 y 2006 ya ofrecía un servicio de televisión de pago de características similares al del servicio IMAGENIO de TESAU. Asimismo, la recurrente, FRANCE TELECOM, había iniciado en 2006 en algunas zonas geográficas la comercialización de un servicio de televisión de pago, y ofertaba en su página web un paquete de servicios de características parecidas al DÚO IMAGENIO denunciado, y a un precio de 36 euros mensuales, cuando el precio del producto de TESAU denunciado era de 51,90 euros mensuales (sin promoción).
- Que los comentarios de la Comisión Europea al análisis del Mercado 12 mayorista de Banda Ancha ya se analizaron por esta Comisión en el contexto de ese procedimiento, cuya conclusión es la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del día 1 de junio de 2006 en la que se aprobó la definición del mercado de acceso mayorista de Banda Ancha, el análisis del mismo, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, acordándose su notificación a la Comisión Europea.

FRANCE TELECOM se mostraba también en desacuerdo con la aplicación de la metodología de cálculo del estrechamiento de márgenes aprobada en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 15 de julio de 2004 en la Resolución recurrida, en función a un importe máximo establecido por esta Comisión, ya que entiende que la misma no estaba ni completa ni suficientemente explicada en la Resolución recurrida, no era clara ni transparente, no tiene en cuenta el coste de adquisición para el cliente, y en general no permitía conocer si el precio del paquete de servicios DÚO IMAGENIO está o no por debajo de los costes de prestación de los mismos de acuerdo con los precios mayoristas ofrecidos por TESAU a otros operadores en la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para apoyar estas afirmaciones la recurrente alude genéricamente a “la doctrina de la Comisión Europea”, que habría establecido que “los costes de adquisición de clientes son una partida fundamental de todo análisis de estrechamiento de márgenes, máxime cuando esos costes se incurren precisamente en razón de la actividad comercial objeto de análisis”.

Frente a estas alegaciones, esta Comisión no puede sino responder y rebatirlas con base en los siguientes argumentos:

- En los párrafos 190, 191 y 192 de la mencionada Consulta Pública del Artículo 82, la Comisión Europea describe un “test” de precios incrementales análogo al que esta Comisión ha empleado para analizar la replicabilidad del producto DÚO IMAGENIO de TESAU, para comprobar “*si el precio incremental que los consumidores pagan por cada uno de los productos de la empresa dominante cubre los costes incrementales a largo plazo de incluir el producto en el paquete. Esto permitiría ver si un competidor igualmente eficiente que produjera solamente un producto podría competir contra el paquete.*”. Esta cita se refiere al análisis *ex post* de una denuncia de empaquetamiento en el marco del citado artículo 82.
- Sin embargo, el análisis que efectúa la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un análisis *ex ante*, resultante de una obligación impuesta en el marco del análisis del Mercado 12 mayorista de Banda Ancha, en el cual se trató de garantizar que los operadores alternativos puedan replicar las ofertas del operador dominante sin tener que poner precios predatorios. Así, se consideró más adecuado sustituir en el “test” el criterio de “coste incremental a largo plazo para el operador dominante” por el de “coste incremental de un operador alternativo que ofreciera el producto sobre la red de TESAU”. Esto está todavía más justificado cuando precisamente el citado “test” se emplea para garantizar que los oferentes que a día de hoy solamente ofertan un servicio de tráfico de voz puedan competir con el producto DÚO IMAGENIO de TESAU. Como dice la Resolución, “*se analiza (...) si los precios del Dúo (...) permitirían a un competidor eficiente ofertar un servicio de tráfico de voz de forma que al consumidor le compensara la contratación separada de este servicio de voz y del servicio Imagenio en vez de la contratación del Dúo de TESAU*”.
- La aplicación de este “test” daba como resultado una diferencia entre ingresos y costes incrementales de 72,24 euros en los costes de comercialización, o de 3,01 euros mensuales. La Resolución recurrida admite que la cifra de 3,01 euros mensuales se trata de una estimación al alza de la rentabilidad del servicio de tráfico de voz del operador alternativo, dado que en el cálculo no se atribuye ningún coste de comercialización de este producto. Sin embargo, los costes de comercialización del producto DÍO IMAGENIO eran de 61 euros, que resultaban de sumar el coste del regalo del módem inalámbrico (52,9 euros) y un descuento en la cuota de alta (8,1 euros). Es decir, los mencionados 72,24 euros exceden a los 61



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

euros considerados como costes de comercialización, por lo que incluso si se atribuyeran todos estos costes a la comercialización de un servicio de voz, el margen para el operador alternativo seguiría siendo positivo. Pero además hay que tener en cuenta que para ofertar un servicio de voz no es necesario tener un módem inalámbrico, por lo que en ningún caso podría considerarse a este coste de comercialización (52,9 euros) como un coste obligatorio e ineludible para el operador alternativo. Por lo tanto, la estimación de los costes de captación comercial relevantes es únicamente de 8,1 euros, cifra que tampoco excede a los 72,24 euros de ingreso incremental. Por último, esta Comisión considera que el descuento en la cuota de abono de 8,1 euros en el producto DÚO IMAGENIO es mayor que el descuento que se daría a una cuota de abono por un servicio de voz. Esto es así porque los operadores de preselección no suelen imponer este tipo de cobro a sus consumidores.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, el Consejo de esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra el Acuerdo del Consejo de esta Comisión de fecha 27 de abril de 2006, por la que se puso fin al Periodo de Información Previa en relación con la denuncia de la recurrente contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por la comercialización de la oferta "Dúo Imagenio+Tarifa Plana Nacional", y se procedió al archivo de las actuaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 puede interponerse 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,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 VICEPRESIDENTE

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu

Marcel Coderch Collell
P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre
(B.O.E. de 25 de septiembre de 1996)