



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 25/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **AEM 2008/667**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON EL ESCRITO PRESENTADO POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. REFERENTE AL PAQUETE DE SERVICIOS ADSL MINI CON TARIFA PLANA NACIONAL DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y SE ACUERDA NO INICIAR EL CORRESPONDIENTE PROCEDIMIENTO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- APROBACIÓN DE LA METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS DE LAS OFERTAS COMERCIALES DE TESAU

Con fecha 26 de julio de 2007 esta Comisión dictó Resolución por la que se aprobaba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España S.A.U. (en adelante, TESAU). Dicha metodología concretaba las obligaciones impuestas a este operador en virtud de los análisis de mercados de acceso¹, tráfico telefónico² y banda ancha mayorista³.

¹ Resolución de 23 de marzo de 2006 sobre la definición de los mercados de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales, el análisis de los mismos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (mercados 1 y 2 de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- COMUNICACIÓN DE TESAU DE LA MODIFICACIÓN DEL ADSL MINI CON TARIFA PLANA NACIONAL

Con fecha 17 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de TESAU en el que comunicó su intención de modificar las condiciones por las que comercializa un paquete de servicios minoristas que incluye el acceso a Internet ADSL Mini así como una tarifa plana de ámbito nacional.

TERCERO.- DENUNCIA DE FRANCE TELECOM ESPAÑA RESPECTO A LA OFERTA MINORISTA ADSL MINI MÁS LLAMADAS

Con fecha 6 de febrero de 2008, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de France Telecom España S.A. (en adelante, FTE) por el que denuncia la oferta anteriormente mencionada y entiende que ésta supone una práctica de estrechamiento de márgenes por parte de TESAU de acuerdo con la metodología aprobada mediante Resolución el 26 de julio de 2007.

Asimismo, con fecha 15 de febrero tuvo entrada un nuevo escrito de FTE por el que este operador aporta información adicional al escrito anterior.

CUARTO.- PETICIÓN DE TELE2 DE PARTE INTERESADA

Con fecha 14 de abril de 2008, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Tele2 Telecommunication Services, S.L.U. (en adelante, Tele2) solicitando que se tenga por personada como parte interesada en la denuncia presentada por FTE.

QUINTO.- PETICIÓN DE VODAFONE DE PARTE INTERESADA

Con fecha 16 de abril de 2008, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) solicitando que se tenga por personada como parte interesada en la denuncia presentada por FTE.

SEXTO.- ALEGACIONES DE TESAU

Con fecha 22 de abril de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por la que realiza una serie de alegaciones al respecto de la notificación enviada por esta Comisión sobre el escrito de FTE.

Recomendación de la CE de 2003).

² Resolución de 9 de febrero de 2006 sobre la definición de los mercados de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para clientes residenciales, servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para clientes no residenciales y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para clientes no residenciales, el análisis de los mismos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (mercados de 3 a 6 de la Recomendación de la CE de 2003).

³ Resolución de 1 de junio de 2006 sobre la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (mercado 12 de la Recomendación de la CE de 2003).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU indica en sus alegaciones que la oferta es replicable por los operadores alternativos y que ha dado cumplimiento a sus obligaciones de comunicación a esta Comisión por lo que *“entiende que no da lugar a considerar las reclamaciones interpuestas por”* FTE.

SÉPTIMO.- APERTURA EXPEDIENTE DE INFORMACIÓN PREVIA

A la vista del escrito de denuncia y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), con fecha 13 de mayo de 2008 se procedió a la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento a partir de la denuncia presentada.

Tanto Tele2 como Vodafone han estado considerados parte interesada en este procedimiento.

OCTAVO.- APROBACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS EX ANTE DE LAS OFERTAS DE TESAU.

Con fecha 22 de mayo de 2008 el Consejo de esta Comisión aprobó la Resolución por la que se actualizan determinados parámetros de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (AEM 2008/215).

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El artículo 3 de la LGTel fija, entre otros, como objetivos de la Ley los siguientes:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”

El artículo 48.2 de la LGTel establece que *“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 y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.

Según el artículo 48.3 de la LGTel, en las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, esta Comisión ejercerá las siguientes funciones:

“e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la 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. [...]

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 la LGTel]”

En uso de la habilitación competencial citada, mediante Resolución de esta Comisión de 9 de febrero de 2006, (publicada en el B.O.E. de 1 de marzo de 2006) se aprobó la definición y análisis de los mercados de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales y servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

En dicha Resolución, tras definir y analizar los mercados citados, se concluyó que no son realmente competitivos y se identificó a TESAU como operador con poder significativo en los mismos, imponiéndose las correspondientes obligaciones, entre las que se encontraban aquéllas relativas a la provisión de los servicios al por menor. En concreto, en el Anexo 2.3 de la Resolución de 9 de febrero se estableció que TESAU no podría comercializar ofertas minoristas, tanto generales como personalizadas, que implicasen riesgos para la libre competencia 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,...);
- prácticas discriminatorias, en particular, discriminación abusiva en términos de precios;
- cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, texto legal al que, en virtud de lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dispuesto en el artículo 48.1 de la LGTel se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión tiene encomendadas.

En concreto, los artículo 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento al respecto.

De acuerdo con lo anterior, cabe concluir la competencia de esta Comisión para incoar y conocer sobre la supuesta infracción denunciada por incumplimiento de las Resoluciones adoptadas por esta Comisión, y, consecuentemente, la competencia para decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- ANÁLISIS DE LA OFERTA DENUNCIADA

Tal y como se ha mencionado en el Antecedente de Hecho Tercero, con fecha 6 de febrero de 2008, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de FTE de denuncia contra la oferta ADSL Mini con llamadas nacionales de TESAU. En este sentido, FTE afirma que dicha oferta podría constituirse en una práctica de estrechamiento de márgenes por parte del operador incumbente de acuerdo con la metodología aprobada por esta Comisión el 26 de julio de 2007 y mencionada en el Antecedente de Hecho Primero.

La modificación del producto dúo ADSL Mini más llamadas nacionales comunicada por TESAU el 17 de diciembre de 2007, tal y como se especifica en el Antecedente de Hecho Segundo y que es objeto de análisis en el presente apartado, consistía en una reducción de precios de la cuota mensual y en un aumento en la franquicia (volumen de datos a descargar por el usuario



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incluidos en la tarifa base). Las siguientes dos tablas reflejan las modificaciones comunicadas respecto a las condiciones iniciales del producto comercializado por TESAU tanto para el producto individual como para el paquete en el que se incluye la tarifa plana nacional.

Tabla 1. Acceso a Internet ADSL Mini:

Modalidad Acceso a Internet	Cuota mensual (Cuota máxima)	Reducción del precio	Características
ADSL Mini (1Mbps.)	18,90 € (39,90 €)	37% (5%)	ADSL por volumen con 2Gb. de descarga incluido. Por cada tramo adicional de 2Gb se cobra 5 €.

Tabla 2. Paquete de servicios denunciado (ADSL Mini más tarifa plana nacional)⁴:

Acceso a Internet	Voz	Cuota mensual (Cuota máxima)	Reducción del precio (respecto de la cuota máxima)
ADSL Mini	Tarifa plana nacional	19,90 € (39,90 €)	41% (5%)

Esta Comisión ha analizado nuevamente la oferta minorista denunciada en el marco de la actualización de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU, mencionada en el Antecedente de Hecho Octavo, y que se aprobó el pasado 22 de mayo. En el Anexo I de dicha Resolución se encuentran las tablas de actualización de los VAN.

En dicha Resolución se concluyó que el incumbente no incurría en un estrechamiento de márgenes por cuanto su valor actual neto (VAN) es positivo y, por tanto, los servicios mayoristas puestos a disposición por TESAU a los operadores alternativos a partir de las ofertas de referencia reguladas garantizan tanto la replicabilidad técnica como económica del ADSL Mini del operador denunciado (se aporta en el Anexo 1 confidencial de la presente Resolución el análisis de replicabilidad de este servicio).

FTE no aporta dato alguno que presuponga un cambio sustancial en el análisis realizado por esta Comisión en el marco de la actualización de la metodología, más allá de considerar “altamente improbable” que se alcancen el ingreso medio considerado.

En relación a estas alegaciones es preciso resaltar que, en relación con la metodología de estimación de los VAN, la Resolución de 21 de febrero de 2008 ya estimó que cabe decir que *“las consideraciones de Orange relativas a metodología establecida para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU o la revisión de los parámetros considerados para el cálculo de los*

⁴ Las características generales de prestación son idénticas a las de la modalidad que incluye únicamente la conectividad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

márgenes” no eran objeto de dicho procedimiento. Por este motivo, no pueden considerarse en el presente procedimiento las alegaciones de FTE en relación con la vida media del cliente o la tasa de descuento.

En relación con el ingreso adicional por cliente, no se entienden bien los cálculos realizados por FTE⁵. Es evidente del cálculo realizado por esta Comisión que dicho ingreso adicional es compatible con el precio de otras modalidades de TESAU. Como se observa del cálculo aportado en el Anexo I, la cuota recurrente considerada para el servicio ADSL Mini asciende a **CONFIDENCIAL []** euros/mes. Por su parte, el servicio ADSL hasta 1 Mega, servicio con el que compara FTE el ADSL Mini contaría con una cuota recurrente de **CONFIDENCIAL []** euros/mes. Como se observa, es factible y probable, al contrario de lo que estima FTE que un usuario racional contrate el servicio ADSL Mini dados los ingresos adicionales considerados.

Por tanto, en la medida que el ingreso adicional aportado por TESAU es compatible con la realidad observada, esta Comisión debe utilizar, tal y como establece tanto la metodología de análisis como la aplicación coherente de la jurisprudencia comunitaria, el criterio de operador igualmente eficiente y por tanto aplica en el test de imputación los ingresos adicionales reales que TESAU obtiene de los clientes que tienen contratado el servicio ADSL Mini para de esta manera, realizar el cálculo por este concepto e incorporarlo al test de emulabilidad tal y como se puede apreciar en los cálculos descritos en el Anexo 1.

Adicionalmente, FTE afirma que la oferta denunciada, con un precio de 19,90 €/mes *“se sitúa a la cabeza de las tarifas más baratas del mercado”* y que según jurisprudencia *“un operador que ostente una posición de dominio no debería liderar reducciones de precios”*.

Esta Comisión no puede compartir las afirmaciones realizadas por FTE, ya que en la actualidad existe, al menos otro operador alternativo, Jazztel, que publica en su página web una oferta de ADSL Hasta 1Mb/512Kb con llamadas nacionales gratis por un precio de 17,95 €/mes. Adicionalmente, dicha oferta no impone un límite máximo de descarga al usuario por lo que la diferencia de precio y por ende de ingresos a favor de TESAU no sería solamente la derivada de las diferencias entre los precios nominales de ambos productos (19,9 €/mes el de TESAU frente a 17,95 €/mes el de Jazztel) sino también los ingresos adicionales que obtendría el operador incumbente derivados de aquellos clientes que sobrepasasen en su consumo el límite de descarga impuesto por la tarifa del ADSL mini.

Esta Comisión tampoco puede compartir las afirmaciones de FTE en relación con que *“este posicionamiento en precio tiene gran alcance pues, en manera significativa puede considerarse marginal sino principal y no sólo puede*

⁵ FTE con su segundo escrito de fecha 15 de febrero aportó información adicional en relación con este aspecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificar drásticamente la nueva captación sino que además puede afectar a un porcentaje significativo de la base de clientes existente, más aún con los medios de publicidad de que dispone la operadora dominante”.

Pues bien, este efecto sobre el mercado dista mucho de haberse producido. De acuerdo con los datos que obran en poder de esta Comisión, entre noviembre de 2007 y abril de 2008 únicamente se produjeron **CONFIDENCIAL []** altas brutas del servicio ADSL Mini en su modalidad individual, lo que supuso un **CONFIDENCIAL []**% del total. En relación con su modalidad empaquetada con el servicio telefónico fijo esta cifra se redujo al **CONFIDENCIAL []**% del total de las altas brutas de TESAU.

Así pues, a la vista de lo expuesto en este apartado, no procede paralizar la comercialización del paquete de servicios ADSL Mini con llamadas nacionales que FTE denuncia.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas

RESUELVE

Único.- Declarar concluso el presente procedimiento iniciado a instancia de la entidad France Telecom España, S.A., procediéndose al cierre y archivo del mismo sin más trámite por no existir indicios en relación con posibles prácticas de estrechamiento de márgenes aplicadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la oferta “ADSL Mini con llamadas nacionales”.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera