



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 núm. 07/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de febrero de 2008, 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 EXISTENCIA DE POSIBLES PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL SERVICIO “ADSL HASTA 1 MB/S + LLAMADAS NACIONALES” DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

(AEM 2007/1292)

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, 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.

SEGUNDO.- Mediante Resolución de 19 de julio de 2007, esta Comisión puso fin al periodo de información previa relativo a la conveniencia de iniciar un procedimiento de modificación de la Oferta del Bucle de Abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL hasta 1 Mb/s” así como servicios empaquetados con voz y televisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Con fecha 26 de julio de 2007, esta Comisión aprobó la Metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU así como su comunicación a la Comisión Europea. En el Anexo 4 de la misma se incluyen los márgenes (VAN) relativos a la modalidad de banda ancha “ADSL hasta 1 Mb/s” así como los productos empaquetados con la misma. Con fecha 4 de diciembre de 2007, esta Comisión desestimó el recurso de reposición presentado por France Telecom España, S.A. (en adelante, Orange) contra esta Resolución¹.

CUARTO.- Con fecha 31 de octubre de 2007 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión escrito de Orange en el que plantea dudas con respecto a la emulabilidad del servicio “ADSL hasta 1 Mb/s” combinado con el servicio telefónico fijo. Por este motivo, solicita su paralización *“en tanto no se proceda a una revisión mediante procedimiento público y contrastado del Valor Actual Neto de la referida oferta”*. Adicionalmente estima Orange que se deberían adoptar nuevas medidas cautelares en referencia a los precios mayoristas de acceso indirecto con carácter retroactivo que *“al menos, restablezca la situación de competencia tras la aplicación de los precios de la Resolución de 21 de diciembre de 2006”*.

QUINTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 9 de noviembre de 2007, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se acordó abrir el presente periodo de información previa con el fin de conocer las condiciones de comercialización de estas nuevas ofertas ADSL y los costes de prestación de las mismas con el fin de analizar el margen con que cuenta un operador alternativo para su replicabilidad.

Asimismo, mediante el citado escrito y por ser necesario para la determinación del impacto en el mercado de la comercialización de dichos servicios, se requirió a TESAU para que aportara determinada información.

SEXTO.- Con fecha 5 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el Registro el escrito de TESAU por el que venía a contestar al requerimiento de información practicado por esta Comisión, aportando la información solicitada.

¹ Resolución del 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 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de la entidad Telefónica De España, S.A.U (AJ 2007/1038)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.

Asimismo se estableció 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Finalmente, en la citada Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprobó la metodología para el análisis ex ante de las ofertas de TESAU como concreción de las obligaciones regulatorias impuestas a este operador en el marco de los análisis de los mercados relevantes, se estableció que *“en caso que los análisis entre los precios minoristas y las condiciones mayoristas se concluyera que no existe un margen suficiente, esta Comisión procedería a iniciar un procedimiento para la modificación de las condiciones mayoristas de acceso. Durante este proceso de revisión, esta Comisión prohibiría a TESAU auto-prestarse el servicio mayorista a sí misma necesario para la prestación de las oferta minoristas incompatibles con las obligaciones anteriores. Por este motivo, y en tanto que TESAU no disponga de un servicio mayorista propio suficiente para la prestación del servicio minorista, la oferta en cuestión de TESAU sería suspendida cautelarmente”*.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De forma preliminar al análisis de la denuncia de Orange, esta Comisión considera apropiado analizar determinados aspectos de las condiciones minoristas de los servicios de banda ancha. Asimismo, y dado que el servicio ADSL hasta 1 Mb/s fue objeto de análisis *ex ante* por esta Comisión de la misma forma que otras ofertas de TESAU, se ha considerado relevante extraer de dichas Resoluciones los aspectos más relevantes de cara al análisis de la denuncia de Orange.

IV.1 Evolución de los servicios de banda ancha

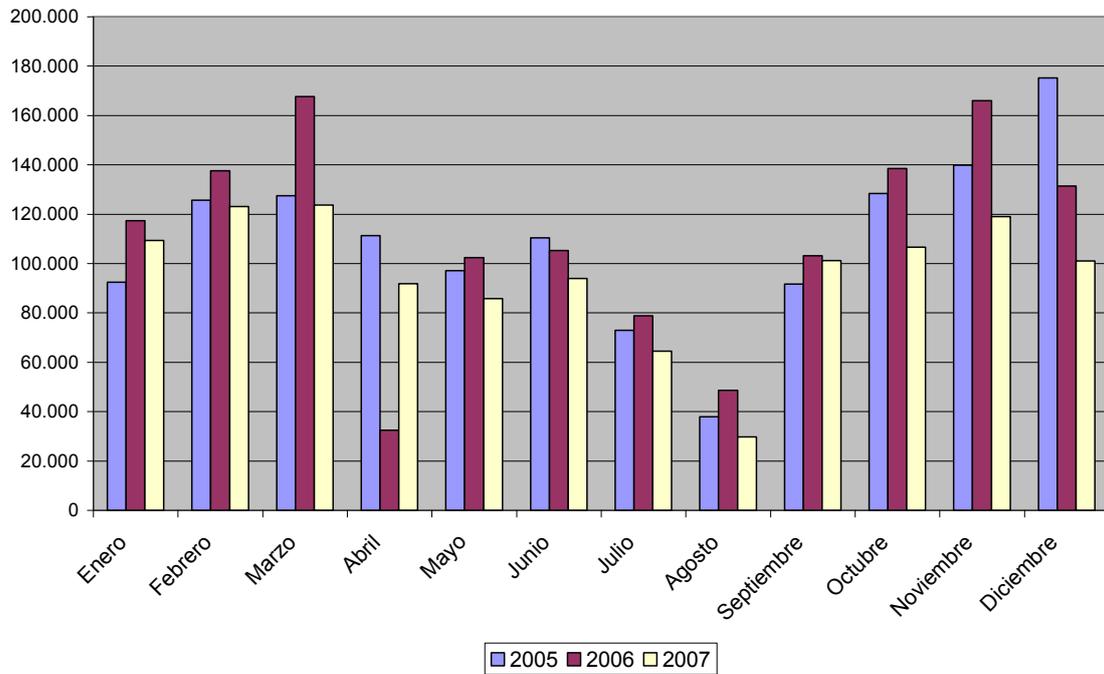
De forma preliminar al análisis de los costes relevantes del servicio ADSL hasta 1 Mb/s y su emulabilidad, es necesario tener en cuenta determinados aspectos sobre la dinámica competitiva que se observa en el mercado minorista de banda ancha.

En primer lugar, resulta apropiado constatar que la tendencia hacia la reducción del número de altas netas de los servicios de banda ancha que esta Comisión ya identificó en la citada Resolución de 19 de julio de 2007 se ha mantenido. Así, como se observa en el gráfico siguiente, las altas netas durante el ejercicio 2007 han sido inferiores a las registradas en los mismos meses de los ejercicios anteriores (2005 y 2006).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 1. Altas mensuales netas de los servicios ADSL

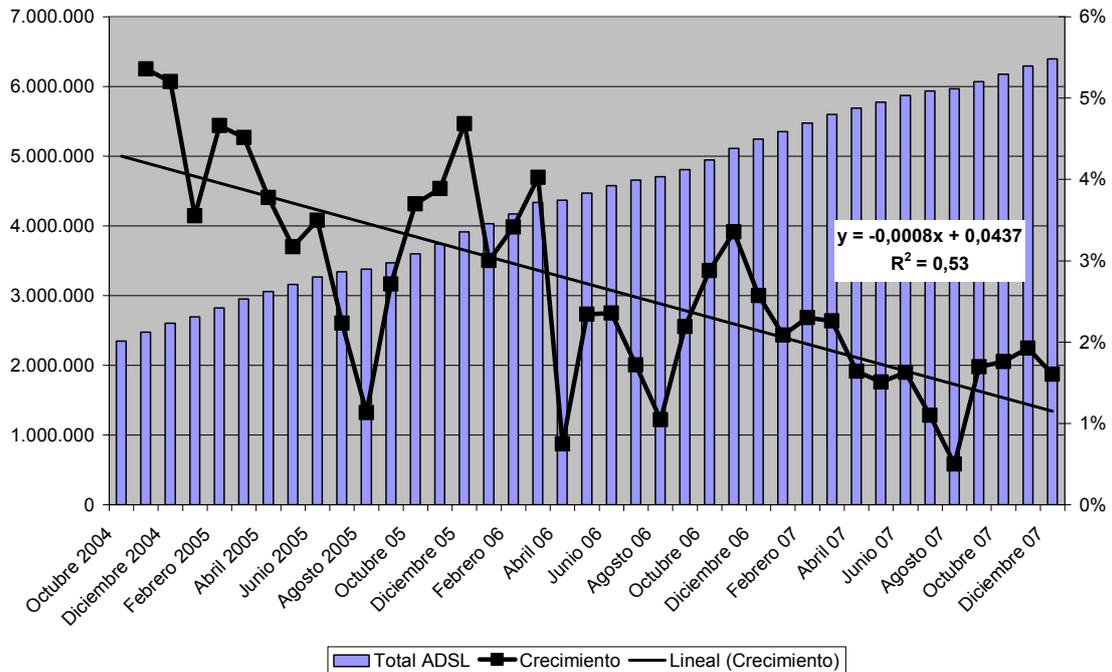


Esta tendencia se muestra más acentuada si se analiza la tasa de crecimiento en el número de líneas, que todavía muestra una tendencia más negativa:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 2. Líneas ADSL y crecimiento mensual

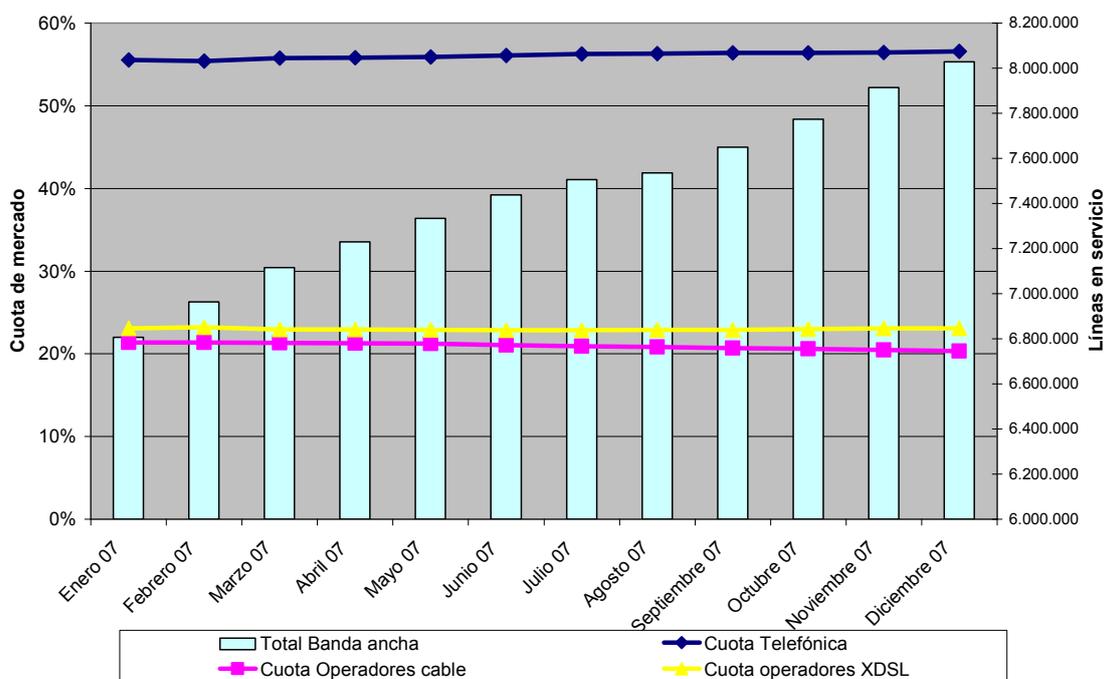


A pesar de esta ralentización del crecimiento de los servicios de banda ancha, el mercado alcanzó, considerando tanto los operadores de cable como los basados en xDSL, los 8 millones de líneas a finales de 2007. Este nivel supone una penetración aproximada de 18 líneas por cada 100 habitantes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 3. Mercado minorista de banda ancha y cuotas de mercado por tipo de operador



En términos de cuotas de mercado, durante 2007 se ha observado una gran estabilidad en las mismas, con TESAU en torno al 55%, los operadores basados en la desagregación del bucle y servicios mayoristas de TESAU cuentan con una cuota en torno al 23% y, finalmente, los operadores de cable alcanzaron el 22% del mercado en términos de líneas en servicio.

IV.2 Servicio ADSL hasta 1 Mb/s y sus empaquetamientos asociados

Como se ha descrito en los Antecedentes de Hecho, esta Comisión analizó el servicio minorista “ADSL hasta 1 Mb/s” así como su oferta empaquetada con el servicio telefónico fijo (Dúo) en la citada Resolución de 19 de julio de 2007. En dicha Resolución se estableció que “*dadas las funcionalidades de la nueva modalidad ADSL propuesta por TESAU, esta Comisión no considera necesario modificar la actual oferta mayorista en tanto que ésta debe considerarse, de facto, únicamente como una reducción del precio efectivo del servicio ADSL 1 Mb/s*”.

La acción comercial de TESAU ha confirmado la afirmación anterior como se muestra en su página web², donde se comercializa el Dúo ADSL más llamadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a un precio de 29,90 euros/mes. Dada la replicabilidad técnica a partir de las modalidades mayoristas de 1 Mb/s en los niveles regional y nacional, se analizó la replicabilidad económica de la oferta, determinándose en el Resuelve Segundo los márgenes aplicables a dicha oferta. Dichos márgenes son los siguientes:

	Margen (euros)
ADSL hasta 1 Mb/s	229,54
Paquete	
Dúo ADSL más llamadas (plan de precios 10)	205,63
Dúo ADSL más llamadas (plan de precios 19)	205,63
Dúo ADSL más llamadas (plan de precios 10) e Imagenio básico	271,02
Dúo ADSL más llamadas (plan de precios 10) e Imagenio familiar	294,64

De esta forma, la oferta minorista de TESAU para el segmento residencial se configura en torno al servicio ADSL 1 Mb/s, 3 Mb/s y 10 Mb/s (además de otros servicios sin tarifa plana) con los precios siguientes dadas las modificaciones realizadas por este operador en el último trimestre de 2007:

Tabla 1. Evolución de la oferta comercial de TESAU para el segmento residencial

Euros/mes	Hasta septiembre 2007	Desde septiembre 2007	Diferencia (%)
ADSL 1 Mb/s + llamadas	39,90	29,90	-25,1%
ADSL 3 Mb/s + llamadas	40,90	39,90	-2,4%
ADSL 10 Mb/s + llamadas	50,00	44,90	-10,2%

Las modificaciones en la oferta de TESAU anteriores han tenido impacto en la captación de líneas en el mercado minorista y su distribución entre las diferentes modalidades.

http://www.telefonicaonline.com/on/onTOFichaProducto/0,,v_segmento%2BAHOG%2Bv_idiom a%2Bes%2Bv_seggest%2BAHOG%2Bv_pagina%2BDI2%2Bv_hueco%2BMPO%2Bv_posicion %2B3%2Bv_producto%2B62275%2Bv_correspondencia%2BAHOG%2Bv_procede%2Btes,00.html



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla 2. Evolución de las líneas ADSL (altas brutas)³

	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	Total
Evolución ADSL	4.827.855	4.892.233	4.969.998	5.040.004	
Nuevas altas ADSL	71.200	64.378	77.765	70.006	283.349
Evolución ADSL Grupo Telefónica	4.314.934	4.385.053	4.466.218	4.540.722	
Nuevas altas Telefónica	73.267	70.119	81.165	74.504	299.055

Así, más del **CONFIDENCIAL** [] % de las nuevas captaciones se han producido en la modalidad ADSL hasta 1 Mb/s. Sin embargo, como se observa en la tabla siguiente, su importancia relativa sigue siendo pequeña con respecto a modalidades como el 3 Mb/s e incluso la modalidad de 1 Mb/s (el mismo servicio pero a un precio mayor):

Tabla 3. Evolución de las líneas ADSL de TESAU por modalidad

[CONFIDENCIAL]

De los datos anteriores se observa una importante reducción en el número de altas de la modalidad ADSL 1 Mb/s que se han migrado al servicio mayoritariamente a la modalidad de 3 Mb/s y, en menor medida, al ADSL hasta 1 Mb/s.

Efectivamente, la modalidad más popular de TESAU es el ADSL 3 Mb/s (de acuerdo con los datos del informe correspondiente al tercer trimestre presentados en la tabla siguiente, sumaba más del 70% de las conexiones) siendo las modalidades de menor velocidad la segunda opción en la cartera comercial de este operador. Los operadores de cable tienen una estructura similar, si bien su producto estándar a nivel comercial tiene una velocidad de entre 4 y 6 Mb/s. Finalmente, el resto de operadores (xDSL) se reparten entre velocidades bajas o bien superiores a 10 Mb/s, una estructura que deriva de sus servicios mayoristas (zonas con y sin cobertura mediante acceso desagregado).

³ No se incluye las líneas prestadas a través de cable ni acceso desagregado al bucle.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla 4. Distribución de las líneas de banda ancha de acuerdo con su velocidad

	TELEFÓNICA DE ESPAÑA	OPERADORES DE CABLE	RESTO	TOTAL
<= 600 Kbps	0,0	12,4	1,7	3,0
1 Mbps	20,5	2,3	51,1	23,4
2 Mbps	3,6	7,8	4,5	4,7
3 Mbps	72,6		8,5	42,8
4 Mbps	1,1	69,1	7,4	17,1
> 4 Mbps <= 10 Mbps	2,1	7,6	6,6	4,3
> 10 Mbps	0,1	0,2	20,0	4,5
Otros		0,6	0,2	0,2
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

Fuente. CMT, III Informe Trimestral 2007.

IV.3 Metodología de análisis ex ante de las ofertas minoristas de TESAU

Mediante la citada Resolución de 26 de julio de 2007, esta Comisión aprobó la metodología para el análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de TESAU, concretando de esta forma las obligaciones impuestas a este operador en los mercados 1-6 y 12. Esta metodología tiene por objeto dar transparencia a los análisis *ex ante* que esta Comisión realiza de la oferta comercial de TESAU relativa a los servicios de acceso y tráfico telefónico fijo así como banda ancha (incluyendo las ofertas empaquetadas). De acuerdo con la metodología, esta Comisión debe determinar el Valor Actual Neto de todos los servicios pertenecientes a los citados mercados y asegurar que el mismo sea positivo.

El servicio “ADSL hasta 1 Mb/s” así como su modalidad empaquetada con la tarifa plana nacional fue objeto de análisis por esta Comisión de acuerdo con los parámetros establecidos para la replicabilidad de las ofertas minoristas de TESAU.

IV.3.1 Valor actual neto del servicio “ADSL hasta 1 Mb/s” y las ofertas empaquetadas correspondientes

Esta Comisión analizó el servicio “ADSL hasta 1 Mb/s” así como el Dúo “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales” en el marco de la Resolución de 26 de julio de 2007.

Adicionalmente, y con motivo de la denuncia presentada por Orange, esta Comisión requirió a TESAU la actualización de los datos correspondientes a los costes minoristas en el periodo objeto de análisis (septiembre-diciembre 2007).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se observa en la tabla siguiente, el VAN es positivo tanto con los datos considerados en el marco de la Resolución de la metodología como con los nuevos datos aportados por TESAU.

Tabla 5. Cálculo del VAN para el servicio "ADSL hasta 1 Mb/s" y "ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales"

[CONFIDENCIAL]

IV.3.2 Ofertas promocionales realizadas por TESAU con respecto al servicio "ADSL hasta 1 Mb/s" y las ofertas empaquetadas correspondientes

TESAU ha buscado potenciar el consumo de esta modalidad ADSL (al igual que lo realiza en general en los servicios de banda ancha) mediante la promoción de determinados conceptos facturables de forma temporal. Los costes de captación se consideran como un coste fijo no recurrente en el momento que se produce la adscripción del cliente y que debe detrarse del VAN. La metodología establecía que el control de estos costes debía considerarse de forma agregada – en función del número de captaciones de cada promoción – al finalizar el semestre objeto de análisis⁴. El cálculo del coste medio de los costes de captación se presenta en el Anexo I confidencial de la presente Resolución⁵.

En la tabla siguiente se presenta el VAN del servicio ADSL hasta 1 Mb/s descontando los costes de captación derivados de la actividad promocional de TESAU. Como se observa, el servicio, al contrario de lo que denuncia Orange, es emulable por un operador alternativo:

Tabla 6. VAN neto del servicio "ADSL hasta 1 Mb/s" y "ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales"

[CONFIDENCIAL]

⁴ De acuerdo con la Metodología, TESAU puede realizar promociones con un VAN negativo de hasta un 30% sobre el mismo siempre que no afecten a los servicios de acceso y su duración no sea superior a 3 meses. Sin embargo, de forma agregada, el VAN del servicio durante el semestre debe ser positivo.

⁵ Se incluyen las promociones sobre el servicio empaquetado "ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas + TV" aunque este paquete no ha sido objeto de denuncia por parte de Orange. En cualquier caso, el importe de dichas promociones no supera el VAN establecido por esta Comisión en el Anexo 4 de la Metodología.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

V ALEGACIONES DE ORANGE SOBRE LOS COSTES CONSIDERADOS POR ESTA COMISIÓN EN EL ANÁLISIS DEL SERVICIO “ADSL HASTA 1 MB/S”

V.1 Consideraciones preliminares

En primer lugar, 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 márgenes no son objeto de este procedimiento. Efectivamente, esta Comisión ya ha considerado tanto las alegaciones de los operadores alternativos como los comentarios de la Comisión Europea en el marco del procedimiento MTZ 2006/1486. Asimismo, también ha resuelto, como se ha apuntado anteriormente, el recurso de reposición al que Orange hace referencia en su escrito.

Por otra parte, Orange considera que la reducción del precio minorista del servicio básico ADSL de TESAU en 9 euros/mes significa que *“la situación competitiva en el mercado, en estos momentos, ha empeorado sustancialmente con respecto a la situación a fecha de 21 de diciembre de 2006, fecha en la que la CMT reconoció la necesidad y urgencia para adoptar una medida cautelar reduciendo los precios mayoristas de las modalidades de acceso indirecto”*.

Esta Comisión no puede compartir el razonamiento de Orange. Por una parte, una reducción del precio minorista de los servicios de banda ancha, en la medida que se garantice un margen suficiente para un operador eficiente, no puede significar nunca un empeoramiento de su situación competitiva. En todo caso podría hablarse de una reducción en los márgenes del servicio en la medida que la competencia basada en méritos entre el operador tradicional y los alternativos esté trasladando mejoras en las condiciones de acceso a los servicios de banda ancha para los consumidores en términos de precios.

Esta Comisión considera que el lanzamiento de la oferta minorista “ADSL hasta 1 Mb/s” y “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales” por parte de TESAU supone una reducción de precios beneficiosa para el consumidor que, de acuerdo tanto con la Resolución en la que se analizó (de 19 de julio de 2007) como con la metodología aprobada por esta Comisión (Resolución de 26 de julio de 2007) y los nuevos cálculos realizados en el marco del presente procedimiento (considerando los nuevos costes de prestación y las promociones realizadas por TESAU), es compatible con los precios mayoristas vigentes. No es necesario, tal y como solicita Orange, *“adoptar nuevas medidas cautelares, con carácter retroactivo desde 7 de septiembre de 2007, aprobando nuevos precios para los servicios mayoristas de referencia que, al menos,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

restablezca la situación de competencia tras la aplicación de los precios de la Resolución de 21 de diciembre de 2006”.

V.2 Respecto a los costes y criterios considerados en la metodología para el análisis ex ante de las ofertas de TESAU respecto del servicio “ADSL hasta 1 Mb/s”

Orange estima que los costes considerados por esta Comisión respecto de los servicios de banda ancha en la Resolución de 26 de julio de 2006 se sitúan claramente por debajo de los costes enfrentados por un operador alternativo. En este sentido aporta una estimación de dichos costes en el Anexo 1 de su escrito.

Como ya se ha dicho anteriormente, esta Comisión consultó a todos los operadores en el marco del citado expediente MTZ 2006/1486 los costes minoristas en que incurren como consecuencia de la prestación de los servicios de banda ancha. Orange no aportó en aquella ocasión información alguna al respecto. Tampoco lo hizo con ocasión de la presentación del recurso de reposición de la Resolución por la que se aprobó la citada metodología. Esta vez, Orange pretende, con la presentación de su escrito, una revisión *de facto* de los márgenes establecidos para los servicios minoristas de TESAU en un procedimiento al margen de la propia metodología.

Sin embargo, dicha revisión supondría una revisión de la oferta comercial de TESAU con unos parámetros y criterios distintos a los establecidos en la Metodología sin que hayan sido sometidos a consulta a los operadores interesados, lo que iría en contra de los propios objetivos de la Resolución de 26 de julio de 2006, que no son otros que incrementar la seguridad jurídica de TESAU:

“Es objeto de esta Resolución clarificar los instrumentos que utilizará la CMT para analizar las ofertas del incumbente aumentando así la seguridad jurídica tanto para la propia TESAU, cuya estrategia comercial es objeto de control regulatorio, como para sus competidores, que han de contar con unos criterios sólidos sobre los que determinar qué tipo de ofertas y bajo qué circunstancias podrían ser consideradas como prácticas anticompetitivas, en el sentido de lo dispuesto en las obligaciones regulatorias antes mencionadas” (página 12 de la Resolución, el subrayado es añadido).

Por tanto, Orange cuenta con la información necesaria para concluir que ofertas serán consideradas *ex ante* como contrarias a las obligaciones impuestas por esta Comisión en el marco del análisis de mercados. No parece razonable ahora que esta Comisión cambie los criterios de análisis de las ofertas minoristas de TESAU dado que supondría ir en contra de los objetivos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la propia metodología que no son otros que introducir transparencia y seguridad jurídica para todos los agentes que operan en el mercado.

V.3 Respecto a los márgenes establecidos en el Anexo 4 de la Metodología de análisis ex ante de las ofertas de TESAU

Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión considera que los costes aportados por Orange son inconsistentes con la realidad observada y no pueden servir de referente para el análisis de esta Comisión. Sin pretender en ningún momento revisar los costes considerados en la metodología, cabe destacar que los costes estimados por esta Comisión en su análisis son superiores a los aportados ahora por Orange para la prestación del servicio “ADSL hasta 1 Mb/s” y “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales”, como se muestra en la tabla siguiente⁶:

Tabla 7. Comparación de la estimación de los costes de prestación del servicio "ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales" por Orange y la CMT

[CONFIDENCIAL]

Como se observa, la principal diferencia se concentra en el cálculo del coste del acceso compartido. Mientras que Orange considera únicamente la cuota mensual de conexión, esta Comisión incluye también costes prorrateados de otros conceptos necesarios para la ubicación y la desagregación del bucle.

Por tanto, tal y como se ha constatado en la tabla anterior, los costes de prestación estimados por Orange y por esta Comisión son similares, sin embargo, las divergencias entre Orange y esta Comisión radican en la diferente metodología utilizada para el cálculo de los márgenes relevantes para el servicio. Las principales variables que determinan la metodología utilizada por esta Comisión y que dan coherencia a los resultados obtenidos son las siguientes:

- La promediación de los servicios mayoristas disponibles;
- La vida económica del cliente de tres años;
- El estándar del operador tan eficiente como el incumbente;

⁶ Se han utilizado los costes minoristas que TESAU ha aportado en el nuevo requerimiento de información. Sin embargo, los resultados con los costes calculados en el marco de la metodologías arrojan los mismos resultados (ver Anexo II).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Consideración de los ingresos adicionales obtenidos en el marco de los planes de precios y los servicios de banda ancha.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el servicio “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales” tendría un VAN recurrente de acuerdo con los datos utilizados por esta Comisión de 182,23 euros⁷ (214,89 euros de acuerdo con los datos de Orange). Por tanto, sin considerar los costes no recurrentes, puede concluirse que el servicio “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales” es emulable y rentable para un operador que utilizara de forma razonablemente eficiente los servicios mayoristas regulados puestos a su disposición (en la misma medida que el mercado). Y esto es así incluso si se consideran los costes de un operador alternativo (costes aportados por Orange) y no los del operador incumbente (estándar utilizado en la metodología y coherente con los principios del Derecho de la competencia), lo que demuestra que esta Comisión fue especialmente conservadora cuando estableció los parámetros relevantes en el test de imputación utilizado en la metodología.

V.4 Respecto a los márgenes de la promoción del servicio “ADSL hasta 1 Mb/s + Voz” vigente en septiembre de 2007

Con respecto a los costes a considerar referentes a desembolsos no recurrentes, esta Comisión considera que este análisis debe considerarse de forma conjunta con las promociones que denuncia Orange en su escrito. Los costes de captación no fueron considerados en el análisis de emulabilidad sino que se optó por considerarlos caso a caso. Así, con fechas 19 y 20 de julio de 2007 tuvieron entrada en el registro de esta Comisión dieciséis escritos de TESAU en los que comunica su intención de promocionar, entre otros, el servicio “ADSL hasta 1 Mb/s”. Dichas promociones incluían la cuota de alta y el modem gratis así como dos cuotas mensuales reducidas a 9,90 euros/mes. De acuerdo con el Anexo I, las dos promociones denunciadas por Orange no han sido las únicas realizadas por TESAU sobre este servicio.

A continuación se detallan los costes no recurrentes considerados por Orange y esta Comisión (el importe se obtiene de la ponderación de los diferentes conceptos promocionados descritos en el Anexo I), incluyendo la promoción practicada por TESAU en el periodo objeto de análisis:

⁷ VAN calculado a partir de los nuevos datos de costes aportados por TESAU en el marco del requerimiento. El VAN de acuerdo con la metodología para el servicio “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales” es de 177,9 euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla 8. Descripción de los costes no recurrentes consideradores por la CMT y Orange (euros)

[CONFIDENCIAL]

Los márgenes obtenidos por TESAU serían los siguientes:

Tabla 9. VAN obtenido de acuerdo con los costes aportados por Orange y los considerados por la CMT

Euros	Según costes aportados por Orange	Según costes considerados por la CMT
VAN recurrente	214,9	186,7
VAN no recurrente	- 215,1	- 133,4
Resultado	- 0,2	53,3

De acuerdo con los datos de Orange y aplicando la metodología establecida en la Resolución mencionada anteriormente, el servicio “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales”, incluyendo las promociones realizadas por TESAU, tendría un VAN negativo. Por el contrario, de acuerdo con los costes considerados por esta Comisión, este margen sería positivo. Sin perjuicio de que este resultado es el único coherente con la Resolución de 26 de julio de 2006, es posible realizar las siguientes consideraciones:

El resultado negativo al que llega Orange es consecuencia de la aplicación del valor actual neto dado que los costes considerados por esta Comisión son más conservadores en su conjunto. Cabe recordar que el valor actual neto descuenta los flujos monetarios futuros de acuerdo con una tasa, que en el caso de la metodología, se asimiló con la WACC de TESAU. De esta forma, los costes considerados en el momento inicial de la vida del cliente tendrán un peso mucho mayor en el cálculo del margen del servicio minorista que aquéllos que se prorratan durante el periodo considerado y que, por tanto, se actualizan al valor presente. La consideración de un coste como recurrente o no recurrente que tendría un impacto neutro en caso de calcularse el margen comercial sin descontar, supone una divergencia relevante entre los cálculos de Orange y esta Comisión dado que se aplica el valor actual neto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla 10. Costes totales considerados durante la vida económica del cliente

[CONFIDENCIAL]

Por tanto, el resultado al que llega Orange es consecuencia de la contabilización como costes no recurrentes (y que, por tanto, no se descuentan) de determinadas partidas como son los costes de comunicación y las comisiones. En este sentido, la citada Resolución de la metodología estimaba que *“[A]dicionalmente al test de imputación, es necesario preguntarse por las motivaciones empresariales objetivas que pueden llevar a la empresa a adoptar una determinada estrategia. La observación de un pinzamiento de precios, no tiene por qué responder a una motivación u objetivo anticompetitivo, siendo necesario analizar las causas que pueden haber llevado a tal resultado”*. Así, la jurisprudencia comunitaria⁸ establece que:

“El concepto del uso abusivo es un concepto objetivo que hace referencia a las prácticas de una empresa en posición dominante que pueden influir sobre la estructura de un mercado en el que la competencia ya está debilitada precisamente por la presencia de dicha empresa y que obstaculizan el mantenimiento o desarrollo del grado de competencia que aún subsiste en el mercado al utilizarse medios que difieren de los medios de una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los operadores” (el subrayado es añadido)

Por tanto, a priori, no existen elementos que permitan concluir que la oferta de TESAU sea anticompetitiva y, por tanto, que la imputación de costes realizada por Orange sea adecuada en este caso.

Adicionalmente es importante destacar que, como se ha comprobado anteriormente, de acuerdo con la propia Orange, el margen recurrente de TESAU en el servicio “ADSL hasta 1 Mb/s” es positivo. El valor actual neto es negativo, de acuerdo con los datos aportados por este operador, cuando se

⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 85/76, Hoffmann/La Roche, apartado 91, Rec. 1979, p. 461.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consideran los costes no recurrentes en el periodo analizado. Ahora bien, la citada Resolución de 26 de julio de 2007 ya estimó que las ofertas promocionales deberían tener una consideración diferente dada su capacidad para distorsionar la competencia:

“Una vez analizados todos los servicios que TESAU comercializa de forma indefinida, cabe analizar el tratamiento que debe darse a las ofertas promocionales. Este tipo de ofertas, como se ha descrito en el apartado III.8, dado su horizonte temporal, suponen unos riesgos menores para la situación competitiva en el mercado. Por este motivo, se propone un tratamiento menos restrictivo, dado el menor impacto potencial de dichas ofertas”.

En particular, esta Comisión permitió a TESAU *“una mayor libertad para ajustar su oferta a las necesidades de sus clientes implementando a su vez un mecanismo de detección de prácticas anticompetitivas”.* De esta forma, esta Comisión debe revisar, cada seis meses, que el *“coste de captación medio ponderado por el número de altas para cada uno de los servicios incluidos en el Anexo 4 comprobándose que en media, el VAN de cada uno de ellos ha sido positivo. Durante el periodo de análisis, TESAU podría configurar libremente sus promociones siempre y cuando al final del periodo se cumpliera la siguiente condición para todos los servicios:*

$$VAN_{servicio} - \sum \text{coste captación}_j \times \frac{n^{\circ} \text{ usuarios captados promoción } j}{n^{\circ} \text{ usuarios totales}} \geq 0$$

Por tanto, TESAU puede realizar promociones puntuales con un VAN negativo siempre que se compense con otras promociones de forma que, a lo largo del semestre objeto de análisis el VAN agregado sea positivo.

VI CONCLUSIONES

Esta Comisión, con el fin de incrementar la transparencia y la seguridad jurídica en el marco del análisis *ex ante* de las ofertas comerciales de TESAU, estableció los criterios y parámetros del mismo mediante Resolución de 26 de julio de 2007. En particular, en el Anexo 4 de la misma estableció el VAN del servicio *“ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales”.* El VAN del mismo era positivo. Este resultado se mantiene con los nuevos costes aportados por TESAU en el marco del presente procedimiento.

Por otra parte, esta Comisión considera que sería contrario a los principios que rigen la propia Metodología que, de forma independiente a la misma y sin consulta previa a los operadores interesados, se modificaran los criterios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cambiando, por tanto, los análisis *ex ante* en función de la aportación de los datos realizados por un único operador. En consecuencia, la denuncia presentada por Orange no puede modificar las conclusiones alcanzadas por esta Comisión en dicha Resolución.

Adicionalmente, el análisis de los costes aportados por Orange demuestra que esta Comisión fue conservadora en su aproximación a los mismos, derivándose las discrepancias de una diferente imputación de los costes entre recurrentes y no recurrentes.

Finalmente cabe destacar que las evidencias del mercado muestran que la oferta “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas nacionales” no supone una reducción de los precios minoristas superior a la practicada por los propios operadores alternativos en España u otros incumbentes en la UE. Asimismo, el impacto en el mercado, en términos de captación de clientes de este servicio, ha sido reducido.

Por todo lo anterior cabe concluir que el análisis acometido por esta Comisión con respecto al servicio denunciado por Orange en el marco de la metodología aprobada mediante Resolución de 26 de julio de 2006 es correcto y que, por tanto, la oferta es perfectamente emulable por un operador alternativo eficiente a partir de los servicios mayoristas regulados. No es necesario por tanto, modificar dichas condiciones como solicita Orange.

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

RESUELVE

Único.- Archivar la denuncia presentada por France Telecom España, S.A. dad que se ha constatado que la comercialización del producto “ADSL hasta 1 Mb/s + llamadas” no supone un incumplimiento de las condiciones impuestas a Telefónica de España S.A.U.

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, **por quienes puedan acreditar su condición de**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interesados, 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 29/10998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 48 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANEXO I

[CONFIDENCIAL]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ANEXO II

[CONFIDENCIAL]