



## 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 num. 41/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de diciembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A.U, CONTRA EL ACUERDO, DE FECHA 19 DE JULIO DE 2007, POR EL QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA SOBRE LA CONVENIENCIA DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA OBA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, SOCIEDAD UNIPERSONAL, COMO CONSECUENCIA DE LA PROPUESTA DEL SERVICIO DE BANDA ANCHA MEDIANTE ADSL DE 3 MB/S (AJ 2007/1032)**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A., Sociedad Unipersonal (en adelante, T-ONLINE) contra el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 19 de julio de 2007, por el que se pone fin al periodo de información previa abierto con el fin de determinar la conveniencia de iniciar un procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) de Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal (en adelante, TESAU), como consecuencia de la propuesta de esta entidad respecto del servicio de banda ancha mediante ADSL de 3 Mb/s, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 39/2007 del día 29 de noviembre de 2007, la siguiente Resolución:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### HECHOS

#### **PRIMERO.- Acuerdo del Consejo de fecha 19 de julio de 2007.**

Con fecha 19 de julio de 2007, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó el Acuerdo por el que se ponía fin al periodo de información previa abierto con el fin de determinar la conveniencia de iniciar un procedimiento de modificación de la OBA como consecuencia de la propuesta de TESAU respecto del servicio de acceso de banda ancha mediante ADSL de 3 Mb/s.

Concretamente, se acordó por el Consejo de la Comisión lo siguiente:

*“Primero.- Declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia sin proceder a la apertura de un procedimiento de modificación de la OBA como consecuencia de los cambios propuestos por Telefónica de España, S.A.U. con respecto a la modalidad de 3 Mb/s de acceso a Internet de ADSL.*

*Segundo.- Telefónica de España, S.A.U., con el fin de facilitar el proceso de migración de las conexiones de sus servicios mayoristas de acceso indirecto al bucle, proporcionará un listado de conexiones asociadas al servicio de acceso indirecto susceptibles de ser migradas a 3 Mb/s a los operadores afectados en un plazo máximo de 10 días hábiles desde la notificación de la presente Resolución, dando cuenta simultáneamente a la CMT del envío del citado listado. Asimismo deberá procesar las migraciones en bloque y no de forma individual de forma no discriminatoria.”*

#### **SEGUNDO.- Interposición de recurso potestativo de reposición por T-ONLINE.**

El día 2 de agosto de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por la representante de T-ONLINE, en virtud del cual interponía recurso de reposición contra el Acuerdo mencionado en el antecedente de hecho anterior, con fundamento en los siguientes motivos:

1º) Ausencia de transparencia de la promoción de TESAU y pinzamiento de márgenes.

La entidad recurrente afirma que la promoción comunicada por TESAU no es tal, sino que se trata de una migración o “upgrade” a todos los clientes de 1 Mb/s que dispongan de la cobertura necesaria, sin coste adicional para ellos, cuando, sin embargo, a nivel mayorista la diferencia de precios entre el 1 y el 3 Mb/s sigue siendo notoria.

Añade, además, que la promoción lanzada por TESAU está provocando un efecto llamada en el mercado de acceso a banda ancha, puesto que los clientes de los operadores alternativos están solicitando la migración de sus conexiones de 1 Mb/s, de manera gratuita, a la modalidad Máxima. Pero al equipararse los precios de las velocidades en el nivel minorista y no así en el nivel mayorista, se produce un estrechamiento de márgenes que le impide replicar la oferta de TESAU, principalmente en IP Nacional y en IP Total.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sostiene, asimismo, T-ONLINE, en relación con los precios que resultan de aplicación, que la Resolución de la Comisión de fecha 21 de diciembre de 2006<sup>1</sup>, aprobó los precios para los servicios de acceso indirecto GigADSL y ADSL IP Nacional de TESAU sobre la base de la contabilidad de costes relativa al ejercicio 2004, año éste en el que estaba todavía incipiente la tecnología ADSL2+.

Considera, por tanto, que el precio mayorista relativo a la modalidad de 3 Mb/s debería reducirse al precio de la modalidad de 1 Mb/s, hasta la fijación de forma definitiva de los precios para los servicios mayoristas en la Resolución que ponga fin al expediente MTZ 2006/1019.

2º) Falta de conocimiento por T-ONLINE de la disponibilidad en el SGO de la nueva modalidad.

Expone la recurrente que a fecha de la interposición del recurso de reposición ha podido comprobar la disponibilidad en el SGO de la modalidad Máxima, sin que TESAU haya procedido a comunicárselo.

Con independencia de ello, sostiene que TESAU ha incumplido durante más de 9 meses la Resolución de la Comisión de fecha 14 de septiembre de 2006<sup>2</sup> en la que se aprobó aquella modalidad.

En virtud de todo ello, T-ONLINE solicita:

- La paralización de manera cautelar de la promoción comunicada por TESAU con fecha 14 de junio de 2006, hasta la fijación de forma definitiva por la Comisión de los precios para los servicios mayoristas de acceso a Internet de TESAU o, en su defecto:
- La reducción del precio mayorista relativo a la modalidad de 3 Mb/s al precio de la modalidad de 1 Mb/s, igualmente, hasta la fijación de forma definitiva de los precios para los servicios mayoristas de acceso a Internet de TESAU.

### **TERCERO.- Comunicación de apertura del procedimiento.**

Mediante escritos del Secretario de la Comisión, de fecha 13 de septiembre de 2007, se puso en conocimiento de T-ONLINE y de TESAU la apertura del procedimiento para la resolución del recurso de reposición, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1002, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Se dio

<sup>1</sup> Resolución de 21 de diciembre de 2006, sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de TESAU (MTZ 2006/1019).

<sup>2</sup> Resolución de 14 de septiembre de 2006, por la que se puso fin a un período de información previa, se procedió a la apertura de un procedimiento para la modificación de la OBA de TESAU como consecuencia del lanzamiento de un nuevo servicio minorista de acceso a Internet mediante la tecnología ADSL, y se acordó la adopción de una medida cautelar modificando la OBA en relación con la oferta mayorista del servicio de acceso a Internet de banda ancha (MTZ 2006/1019).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

traslado, asimismo, a TESAU, copia del recurso, otorgándole un plazo de diez días para que alegara o aportara los documentos que tuviera por conveniente en su defensa.

### **CUARTO.- Escrito de alegaciones de TESAU.**

Con fecha 8 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito presentado por el representante de TESAU, en el que expone las siguientes alegaciones en relación con el recurso de reposición presentado por T-ONLINE:

1º) En relación con la consideración de la propuesta de TESAU por T-ONLINE como un proceso de “upgrade” de todos sus clientes de 1 Mb/s:

Además de remitirse a lo ya expuesto sobre dicho aspecto en el Acuerdo impugnado, alega TESAU que coinciden en la modalidad de 3 Mb/s dos aspectos fundamentales para su no consideración como “upgrade”:

- La solicitud del consentimiento del cliente.
- La no desaparición de la modalidad de 1 Mb/s.

2º) Respecto a las diferencias entre los precios mayoristas de 1 Mb/s y 3 Mb/s:

Señala TESAU que sus propuestas ya han sido verificadas por la Comisión, que son replicables por los operadores alternativos y que no incurren en ninguna práctica anticompetitiva.

Añade que será en el marco del expediente MTZ 200671019 donde deba determinarse cuáles son los precios mayoristas definitivos que resultarán aplicables.

3º) En cuanto al efecto llamada provocado en el mercado de acceso de banda ancha por la oferta ADSL 3 Mb/s de TESAU y la disponibilidad del servicio GigADL:

Alega la operadora que las afirmaciones de la recurrente no son ciertas, puesto que con fecha 27 de septiembre de 2006 puso en conocimiento de los operadores alternativos, mediante comunicación vía correo electrónico, la disponibilidad en el SGO de la modalidad 3 Mb/s del servicio ADSL IP, regional y nacional, así como el ADSL IP Total. Asimismo, el 18 de abril de 2007, TESAU puso en conocimiento de los operadores alternativos la disponibilidad de la modalidad 3 Mb/s del servicio GigADSL. Según TESAU, estos datos pueden ser comprobados en el Acuerdo impugnado.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

##### **PRIMERO.- Calificación del escrito.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los acuerdos de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar el escrito presentado por T-ONLINE como recurso potestativo de reposición que se interpone contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión el día 19 de julio de 2007.

##### **SEGUNDO.- Admisión a trámite.**

De conformidad con el artículo 107.1 de la LRJPAC el recurso potestativo de reposición podrá interponerse con fundamento en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 de la misma ley.

En el presente caso, aun cuando la recurrente no alude expresamente en su escrito a tales preceptos ni tampoco a ninguna de las causas de nulidad previstas en los mismos, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, correspondería admitir el recurso presentado, por cuanto las alegaciones contenidas en él aluden indirectamente a la infracción del ordenamiento jurídico que conllevaría la imposibilidad de la operadora de replicar el servicio ADSL 3 Mb/s debido a un estrechamiento de márgenes. Corresponde, por tanto, a través de la presente, determinar si la Resolución impugnada incurriría en el vicio de anulabilidad previsto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De igual modo, como se ha expuesto, el artículo 107.1 de la LRJPAC establece como requisito de los recursos administrativos que los mismos se interpongan contra resoluciones o actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

En relación con dicho requisito, debe tenerse en cuenta que en la Resolución impugnada se acordó poner fin a un período de información previa que tenía por objeto determinar la conveniencia de iniciar o no un procedimiento de modificación de la OBA de TESAU como consecuencia de la propuesta de la operadora respecto del servicio de acceso de banda ancha mediante ADSL 3 Mb/s.

Y, a tal efecto, procede señalar que no todos los actos en los que se acuerda poner fin a un período de información previa son susceptibles de impugnación, distinguiéndose en función de si se acuerda el archivo o si, por el contrario, se determina que debe iniciarse el procedimiento.

Puede tenerse en cuenta en tal sentido lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de mayo de 1998 (RJ 1998/4624) que establece que el acto que pone fin a unas diligencias preliminares sólo tiene carácter definitivo haciendo imposible su continuación y, por tanto, siendo susceptible de impugnación, cuando acuerda el sobreseimiento, pero no cuando resuelve iniciar el correspondiente procedimiento (*“el acto que pone fin a dichas diligencias sólo tiene carácter definitivo, haciendo imposible la continuación del procedimiento, cuando acuerda el sobreseimiento, pero no cuando resuelve iniciar el procedimiento disciplinario”*).

En el presente caso, al haberse acordado expresamente en el Acuerdo de 19 de julio de 2007 *“Declarar concluso el Período de Información Previa de referencia sin proceder a la apertura de un procedimiento de modificación de la OBA como consecuencia de los cambios propuestos por Telefónica de España, S.A.U. con respecto a la modalidad de 3 Mb/s de acceso a Internet de ADSL”*, resulta claro que la no iniciación del procedimiento y la inadmisión del recurso que pudiera interponerse contra la decisión de no proceder a su apertura, impediría una ulterior revisión de aquella decisión con los consiguientes perjuicios que con ello pudieran derivarse para la recurrente. Habida cuenta de ello, el Acuerdo del Consejo impugnado cumpliría con el requisito establecido en el artículo 107.1 de la LRJPAC en relación con las resoluciones y actos de trámite que son susceptibles de impugnación.

Teniendo en cuenta que el recurso presentado, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1 de la LRJPAC, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley y ha sido presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, resulta procedente su admisión a trámite.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

En el presente caso, debe reconocerse el interés de T-ONLINE en la replicabilidad del servicio ADSL de 3 Mb/s, habiendo sido objeto del período de información previa el determinar la procedencia de la apertura del correspondiente procedimiento de modificación de la OBA para garantizar dicha replicabilidad.

La apertura de este período de información previa tuvo lugar tras recibir escritos de varios operadores, entre ellos, T-ONLINE, que denunció la falta de replicabilidad técnica de la supuesta migración masiva que TESAU realizaba a sus clientes desde el servicio ADSL 1 Mb/s al ADSL 3 Mb/s. El citado período de información previa concluyó con el Acuerdo impugnado, que fue notificado a T-ONLINE.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe reconocerse la legitimación de T-ONLINE para interponer recurso contra aquél.

### **CUARTO.- Competencia para resolver.**

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

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

### **Primero.- Sobre la falta de replicabilidad del servicio ADSL 3 megas por parte de T-ONLINE.**

Entiende T-ONLINE que la promoción comunicada por TESAU no es tal, sino que se trata de una migración o “upgrade” a todos los clientes de 1 Mb/s que dispongan de la cobertura necesaria, sin coste adicional para ellos.

Asimismo, señala la operadora que la migración que TESAU ha acometido en el mercado minorista de banda ancha desde el servicio ADSL 1 Mb/s al 3 Mb/s no sería emulable por parte de terceros operadores que estén contratando los servicios de acceso indirecto al bucle de abonado. En tanto que el precio del servicio mayorista no se ha modificado como consecuencia de esta acción comercial de TESAU, T-ONLINE no podría replicar de forma rentable los servicios minoristas del operador tradicional.

A este respecto, la Resolución citada ya señalaba que, efectivamente, *“las implicaciones de la propuesta de TESAU deben ser consideradas, a los efectos de sus consecuencias mayoristas, como un proceso de migración de la totalidad de clientes actualmente*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*adscritos al servicio ADSL 1Mb/s*”, realizando, en consecuencia, el análisis del producto de TESAU como proceso de migración masiva.

Dicho lo anterior, y en relación con la no replicabilidad del servicio ADSL 3 Mb/s, debe señalarse que el análisis ex ante realizado por la Comisión en coherencia con las obligaciones impuestas a TESAU en el marco del mercado 12<sup>3</sup> aseguran que las condiciones mayoristas vigentes en relación con los servicios de acceso indirecto al bucle sean suficientes para garantizar la replicabilidad técnica y económica de todas sus ofertas minoristas.

En este sentido, y concretando dichas obligaciones, la Comisión aprobó, mediante Resolución de 26 de julio de 2007, la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU (AEM 2006/1486). En dicha Resolución se establecieron los valores actuales netos (VAN) con que cuenta un operador al menos tan eficiente como el incumbente y que utiliza los servicios mayoristas de dicho operador para prestar sus ofertas minoristas. En particular, en el ANEXO 4 se estableció que el VAN para el servicio ADSL 3 Mb/s ascendía a 408,7 euros. Por tanto, este servicio de banda ancha es emulable por terceros operadores.

Esta emulabilidad es independiente de que, efectivamente, como bien alega T-ONLINE, la modalidad de acceso indirecto regulada, tanto en el nivel regional como nacional, es superior para el servicio de 3 Mb/s, de acuerdo con los precios fijados por la Comisión en su Resolución de 21 de diciembre de 2006 (ver tabla siguiente). Sin embargo, el análisis incluido en dicho Anexo 4 ya consideró los precios más elevados del servicio mayorista ADSL 3 Mb/s.

**Tabla 1. Precios mayoristas regulados (euros/mes)**

Modalidad	GigADSL	ADSL IP
1024/320	16,48	22,42
3000/320	17,56	25,45
Incremento	6,6%	13,5%

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones respecto de la emulabilidad del servicio ADSL 3 Mb/s ya demostrada en la citada Resolución de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU, el incremento de costes mayoristas que supone para el caso concreto de T-ONLINE no es muy significativo, tal y como se muestra en la siguiente tabla calculada a partir de sus líneas mayoristas (dato aportado por TESAU en el marco del requerimiento mensual de la OBA):

### CONFIDENCIAL [

<sup>3</sup> Resolución de fecha 1 de junio de 2006, por la que se aprueba 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 y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (AEM 2005/1454).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla 2. Incremento de los costes mayoristas derivado de la migración (euros/mes)

]

Este importe supone un incremento en los costes mayoristas de acceso indirecto totales de T-ONLINE en un 7,5%, importe que, dados los márgenes calculados por la Comisión para el servicio ADSL 3 Mb/s no pondrían, en ningún caso, en cuestión su replicabilidad por terceros operadores.

T-ONLINE considera que *“el pinzamiento de márgenes se producirá cuando Ya.com emule la oferta de TESAU; esto es, cuando migre a sus clientes de 1 a 3 Mbps sin modificar el precio de la modalidad de 1 Mbps, no sufriendo la misma reducción el precio mayorista, que se mantiene”*. Para este ejercicio, este operador compara sus propios precios minoristas del servicio ADSL 1 Mb/s con los costes mayoristas de la modalidad de 3 Mb/s, concluyendo que no podrá mantenerlos sin una reducción de los precios mayoristas acorde (el ejercicio de T-ONLINE se reproduce en la tabla siguiente):

**CONFIDENCIAL [**

Tabla 3. Margen servicio minorista ADSL 1 Mb/s de T-ONLINE (euros/mes)

]

Con respecto a esta alegación cabe decir que T-ONLINE malinterpreta el concepto de estrechamiento de márgenes abusivo establecido por el Derecho de la competencia.

En relación con esta práctica, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas estableció en su Sentencia *Industrie des Poudres Sphériques* que *“existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado”*<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Asunto T-5/97, *Industrie des Poudres Sphériques SA c. Comisión*, sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2000, 2000 ECR II-3755, para. 178.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De igual forma, en la Decisión *Deutsche Telekom*<sup>5</sup>, la Comisión Europea señala que “en mercados conexos, en los que los competidores adquieren servicios mayoristas del operador tradicional y dependen de tales servicios para poder competir en un mercado descendente de productos o servicios, es perfectamente posible que se produzca una compresión de márgenes entre las tarifas mayoristas reguladas y las tarifas minoristas (...)”.

Por tanto, la referencia para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes, en el presente caso, no deben ser los precios fijados por T-ONLINE en el mercado minorista sino los del operador dominante, esto es, TESAU. Este ejercicio fue realizado, como se ha apuntado anteriormente, por la Comisión en la citada Resolución por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas de TESAU.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, la consideración de los servicios mayoristas que realiza T-ONLINE es contraria a la práctica de la Comisión, en tanto que no considera todos los servicios mayoristas puestos a disposición de los operadores alternativos de forma regulada, esto es, acceso desagregado al bucle, acceso mayorista regional y nacional.

Así, en la Resolución de 1 de junio de 2006 sobre el análisis del mercado mayorista de banda ancha ya se estableció que “la valoración de otros servicios mayoristas complementarios, como es el bucle del abonado, en el análisis de las ofertas minoristas del operador con PSM es adecuada a las condiciones de competencia del mercado y a los objetivos impuestos por en nuevo marco a las ANR”. Por tanto, el coste mayorista de referencia para establecer la existencia de un estrechamiento de márgenes debería ser el resultado de ponderar los tres servicios mayoristas de acceso. Esta Comisión realizó este ejercicio concluyendo que dicho coste mayorista ponderado asciende, para la modalidad ADSL 3 Mb/s, a 21,56 euros/mes. Con este nuevo coste mayorista, los márgenes que obtendría T-ONLINE serían los siguientes:

**CONFIDENCIAL [**

**Tabla 4. Márgenes calculados según coste mayorista ponderado (euros/mes)**

**]**

Teniendo en consideración lo anteriormente expuesto, debe concluirse que el servicio ADSL 3 Mb/s comercializado por TESAU cuenta con un margen positivo. Asimismo, el

<sup>5</sup> Decisión de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2003 (Asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incremento de los costes derivado de la migración del servicio ADSL de 1 Mb/s a 3 Mb/s no supone costes mensuales importantes para T-ONLINE.

Por otro lado, la recurrente no aplica el concepto de estrechamiento de márgenes de acuerdo con la Jurisprudencia europea, al no comparar los precios mayoristas con los precios del operador dominante sino con los suyos propios. Tampoco calcula el precio mayorista de referencia de forma coherente con las Resoluciones de la Comisión.

Por último, en relación con la necesidad de orientar los precios en función de los costes, será en el marco del expediente de modificación de la OIBA (MTZ 2006/1019) donde deberán fijarse los precios que resulten de aplicación.

*Como se dijo en el Acuerdo impugnado “esta Comisión fijó los precios mayoristas de forma cautelar para los servicios mayoristas de banda ancha en la citada Resolución de 21 de diciembre de 2006. Dado que dicha medida se tomó de forma previa a la conclusión de los estudios de costes emprendidos, se consideró razonable una fijación conservadora de los mismos en función de la contabilidad de costes de 2004. Será en el marco de la Resolución final donde se deban adoptar las condiciones económicas definitivas en función tanto del citado estudio de costes como de las alegaciones de los operadores...”.*

En cualquier caso, no habiéndose impugnado, en su momento, por la ahora recurrente, la Resolución de 21 de diciembre de 2006 anteriormente citada, no resulta procedente en esta fase procedimental efectuar revisión alguna de las decisiones adoptadas en aquella Resolución.

### **Segundo.- Sobre la disponibilidad del servicio GigADSL.**

T-ONLINE alega que, si bien *“en el día de hoy, T-ONLINE ha podido comprobar que la modalidad Máxima ya se encuentra disponible en el SGO”*, este aspecto no ha sido comunicado por TESAU a la operadora. Habría de considerarse, en cualquier caso, por la Comisión que TESAU ha incumplido la Resolución de 14 de septiembre de 2006 durante más de 9 meses.

TESAU manifiesta en su escrito de alegaciones que fue el 18 de abril de 2007 cuando puso en conocimiento de los operadores alternativos la disponibilidad de la modalidad de los 3 Mb/s del servicio GigADSL.

En relación con estas afirmaciones, debe precisarse que la Resolución de 14 de septiembre de 2006 no impuso a TESAU la prestación del servicio GigADSL de 3 Mb/s, sino un servicio nacional y regional IP, debiendo remitirnos nuevamente, por lo que se refiere a su cumplimiento, a lo dispuesto en el Acuerdo impugnado, en el que se señaló que *“El 27 de septiembre de 2006, y mediante comunicación vía correo electrónico, TESAU puso en conocimiento de los diferentes operadores la disponibilidad en SGO de la modalidad “Máxima” (3 Mbit/s) del servicio ADSL IP (Regional, Nacional ) y ADSL IP Total, a partir del 12 de noviembre de 2006, fecha de disponibilidad de dicha modalidad a 3 Mbit/s”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio GigADSL a 3 Mb/s se impuso a TESAU mediante la posterior Resolución de 21 de diciembre de 2006. La disponibilidad de este servicio mayorista en tiempo y forma fue acreditada en el marco del expediente AJ 2007/88<sup>6</sup>.

Y como se señala en el propio Acuerdo impugnado (apartado V.1.1) TESAU cumplió con la Resolución de 21 de diciembre *“dado que el 18 de abril de 2007, y mediante comunicación escrita vía correo electrónico, TESAU puso en conocimiento de los diferentes operadores la disponibilidad, a partir del 26 de abril de 2007, de la modalidad “Máxima” del servicio GigADSL”*.

Por otro lado, en relación con el proceso de migración, lo único que se puso de manifiesto en el Acuerdo impugnado se refería a las bases de datos (SGO) y al tratamiento de las solicitudes, estableciéndose que *“esta Comisión debe asegurar que TESAU cumple con determinados aspectos que le son propios y que facilitarán sustancialmente el proceso como son la mejora de las bases de datos sobre las conexiones de los operadores alternativos susceptibles de ser migradas a la modalidad ADSL 3 Mb/s y el tratamiento de las solicitudes de migración. Ambos aspectos en cumplimiento de la obligación impuesta a TESAU en el marco del mercado 12”*.

Aun cuando la obligación citada no ha resultado directamente objeto de impugnación, procede, en relación con el referido proceso de migración, dar contestación a la alegación de T-ONLINE relativa al efecto llamada provocado en el mercado de acceso de banda ancha por la nueva oferta de TESAU, puesto que, según palabras de la operadora, *“los clientes de todos los operadores están solicitando la migración de sus conexiones de 1 Mbps, de manera gratuita a la modalidad Máxima”*.

En este sentido, es relevante analizar la evolución de las líneas de acceso indirecto de los operadores alternativos y de TESAU de los servicios afectados por el proceso de migración analizado en el marco de la Resolución recurrida. Esta evolución se presenta en el gráfico siguiente:

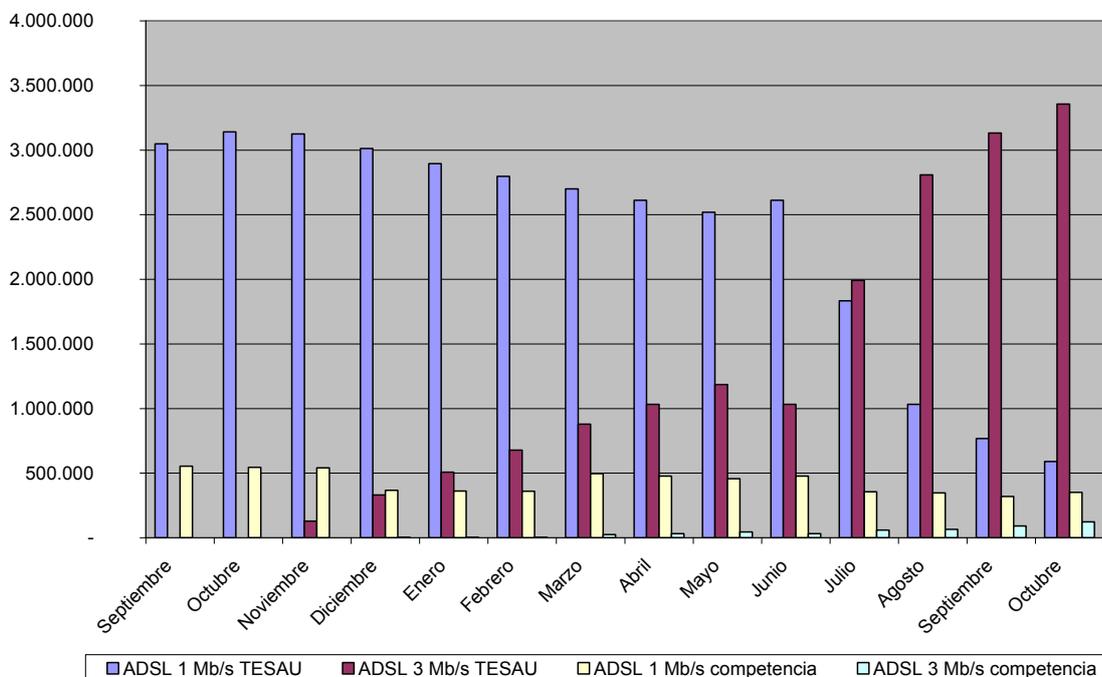
---

<sup>6</sup> Se puso fin a dicho expediente mediante Resolución de fecha 19 de julio de 2007 por la que se procede al cierre y archivo de las actuaciones en relación con la ejecución de la resolución del consejo de la comisión del mercado de las telecomunicaciones de 21 de diciembre de 2006.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 1. Evolución de las líneas de acceso indirecto al bucle de 1 y 3 Mb/s



Como se observa, TESAU ha conseguido migrar a un número mucho más significativo de clientes adscritos al servicio ADSL 1 Mb/s que sus competidores, si bien en términos relativos son parecidos (en torno al 50% de las líneas de 3 Mb/s). Sin embargo, en términos de líneas de 1 Mb/s, TESAU ha reducido su planta en aproximadamente el 60%, mientras que los operadores alternativos únicamente en un 10%.

La evolución señalada podría indicar, en principio, que la obligación impuesta en el Acuerdo impugnado no habría sido cumplida por TESAU, pero más allá de resolver sobre si el Acuerdo impugnado estaba ajustado a Derecho al pronunciarse sobre la replicabilidad del ADSL de 3 Mb/s, no puede ser el objeto o la finalidad de la resolución de un recurso de reposición la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Comisión.

Eso sí, puede señalarse, con carácter general, que dado que se aprecia que existe una diferencia relevante entre las migraciones de los clientes de TESAU y las efectuadas por los clientes de los operadores alternativos, serán objeto de análisis los motivos de aquella distinción, por si concurren razones que justifiquen la intervención de la Comisión, adoptando las medidas pertinentes y, en su caso, iniciando un procedimiento sancionador por el posible incumplimiento por TESAU de sus obligaciones en relación con la nueva modalidad<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> En la actualidad existen varios expedientes abiertos en la Comisión relacionados con este asunto:

RO 2007/866: período de información previa a un procedimiento sancionador contra TESAU, por las deficiencias en las bases de datos del SGO en las solicitudes de migraciones a la modalidad de acceso de banda ancha mediante ADSL de 3 Mb/s.

DT 2007/1192: conflicto planteado por France Telecom España, S.A., por deficiencias en los servicios de información de la OBA.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, no es posible extraer una conclusión definitiva sobre tal aspecto ya que en estos momentos no se dispone de los datos necesarios para comprobar que efectivamente se habría producido tal incumplimiento:

1. No se conocen las peticiones de migración realizadas por los operadores alternativos. Dado que los precios de los servicios mayoristas de la modalidad ADSL 1 Mb/s son menores que los de la de 3 Mb/s, es posible que los operadores hayan decidido no migrar a sus clientes a la modalidad superior. Cabe recordar que en el Acuerdo impugnado se hacía referencia a que los servicios mayoristas debían dar la posibilidad a los operadores de realizar la migración, si bien pertenecía al ámbito de la libertad comercial de cada uno de ellos realizarla en la práctica.
2. Los datos anteriores no tienen en cuenta la evolución de los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle que suponen la principal fuente de suministro mayorista de los operadores alternativos. En concreto, los operadores alternativos han incrementado el número de líneas desagregadas en el periodo analizado en 46.000 líneas.
3. No se observa en la tasa de solicitudes denegadas un incremento con respecto a meses anteriores en los que el período de migración no había comenzado (ver gráfico siguiente):

**CONFIDENCIAL [**

**Gráfico 2. Tasa de solicitudes denegadas (%)**

**]**

Puede comprobarse en la tasa de solicitudes denegadas del GigADSL y del ADSL IP que no hay un incremento con respecto a meses anteriores en los que el período de migración no había comenzado. Este hecho indica que, *a priori*, no se están produciendo especialmente denegaciones de solicitudes relativas al ADSL 3 Mb/s.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, resulta cierto, por lo que se refiere, con carácter general, a todas las solicitudes relativas al GigADSL y el ADSL IP, que existe un alto porcentaje de denegaciones, al situarse la mayoría de ellas, según figura en el Gráfico 2 de referencia, entre un **[CONFIDENCIAL %]**.

Resulta posible que los porcentajes citados no se correspondan realmente con la totalidad de las líneas con servicio finalmente denegado, entre otros motivos, porque podrían incluir solicitudes repetidas que habiéndose denegado previamente, posteriormente son aceptadas por TESAU. Pero es en el marco de los expedientes relativos al seguimiento de las citadas solicitudes donde deben analizarse cuáles son los motivos de aquellos índices con el fin de determinar si se están produciendo incumplimientos por parte de TESAU.

Más allá de lo señalado anteriormente, no puede resolverse ahora sobre esta cuestión, por exceder del objeto del recurso de reposición presentado por T-ONLINE.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A., Sociedad Unipersonal, contra el Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 19 de julio de 2007, por el que se ponía fin al período de información previa sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal, como consecuencia de la propuesta de esta entidad respecto del servicio de banda ancha mediante ADSL de 3 Mb/s.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado 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, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu