



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME ALMENAR BELENGUER 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 la Sesión nº 39/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de noviembre de 2005, se ha adoptado el siguiente:

ACUERDO:

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE MODIFICACIÓN DE LA OBA COMO CONSECUENCIA DEL LANZAMIENTO POR TESAU DE LOS SERVICIOS DE ACCESO A INTERNET SOBRE TECNOLOGÍA ADSL2+ DENOMINADOS “X2+0705_A1” Y “ADSL TOP”

(DT 2005/1178)

HECHOS

Primero. Escritos iniciales de TESAU

Con fecha 15 de julio de 2005 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante Comisión) escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) por medio del cual este operador comunica que con fecha 1 de octubre de 2005 desea iniciar la comercialización de un servicio de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ que denomina “X2+0705_A1”.

En dicho escrito, TESAU manifiesta lo siguiente:

- Que tiene intención de seguir llevando a cabo nuevas iniciativas que desarrollen el catálogo de servicios de banda ancha existente y que mejoren las prestaciones de la red de acceso para productos de banda ancha sobre tecnología ADSL.
- Que los principales competidores de TESAU han declarado su intención de prestar servicios con mayor ancho de banda aprovechando las capacidades técnicas de la tecnología ADSL2+.
- Que desea presentar a la Comisión su primera iniciativa para la prestación de servicios sobre ADSL2+, con el lanzamiento, con fecha 1 de octubre de 2005, del servicio denominado “X2+0705_A1”, cuya descripción detallada se recoge en el Anexo 1 [CONFIDENCIAL].
- Que en todas las centrales en las que va a ofrecer inicialmente este servicio existe al menos un operador con bucles alquilados. Como consecuencia de ello, para el ámbito geográfico para el que se circunscribirá el servicio existen opciones mayoristas de ámbito regulado que permiten a los operadores replicar la oferta de TESAU.
- Que la implementación de servicios de alta velocidad basados en ADSL2+ (velocidad de hasta 24 Mbit/s frente a los 8 Mbit/s del servicio Premium actual) precisa inversiones muy superiores a las requeridas por los servicios ADSL



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actualmente existentes, lo que justifica que su despliegue se realice de forma progresiva.

- Que la imposición de obligaciones mayoristas reguladas sobre un servicio como el presentado, con un despliegue limitado y que representa la antesala de futuros nuevos servicios que requerirán elevadas inversiones, y que de momento está sujeto a incertidumbres comerciales, desincentivaría su esfuerzo de innovación de desarrollo de la banda ancha.

Con fecha 2 de agosto de 2005 ha tenido entrada en el Registro de la Comisión escrito de TESAU por medio del cual este operador comunica que con fecha 1 de octubre de 2005 desea iniciar la comercialización de un servicio de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ que denomina “ADSL TOP”.

En dicho escrito, TESAU manifiesta lo siguiente:

- Que tiene intención de seguir llevando a cabo nuevas iniciativas que desarrollen el catálogo de servicios de banda ancha existente y que mejoren las prestaciones de la red de acceso para productos de banda ancha sobre tecnología ADSL, máxime dadas las capacidades superiores que ofrece ADSL2+.
- Que desea comunicar a la Comisión el lanzamiento, con fecha 1 de octubre de 2005, del servicio denominado “ADSL TOP”, cuya descripción detallada se recoge en el Anexo 1 [CONFIDENCIAL].
- Que en todas las centrales en las que va a ofrecer inicialmente este servicio existe al menos un operador con bucles alquilados.

Segundo. Apertura del período de información previa

A la vista del contenido de los citados escritos de TESAU de fecha 15 de julio de 2005 y 2 de agosto de 2005, y de conformidad 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), con fecha 10 de agosto de 2005 esta Comisión dispuso la apertura de sendos períodos de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento de modificación de la OBA (expedientes DT 2005/1179 y DT 2005/1192, respectivamente).

Tercero. Impresión de la página web de JAZZTEL

En fecha 10 de agosto de 2005, según se recoge en el expediente administrativo de referencia, se realizó una impresión de cierta información contenida en la página web de Jazz Telecom S.A. (JAZZTEL) en relación con la tecnología ADSL2+.

Cuarto. Impresión de la página web de WANADOO (Francia)

En fecha 11 de agosto de 2005, según se recoge en el expediente administrativo de referencia, se realizó una impresión de cierta información contenida en la página web de Wanadoo.fr en relación con la oferta “Extense DébitMax2” basada en tecnología ADSL2+.

Quinto. Apertura de procedimientos administrativo

Como resultado de los períodos de información previa señalados, esta Comisión observó la conveniencia de iniciar de oficio los correspondientes procedimientos para determinar si la replicabilidad por parte de los operadores alternativos de las nuevas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modalidades de acceso a Internet a través de ADSL propuestas TESAU, pudieran exigir la modificación de la OBA de TESAU. Dichas aperturas de procedimientos, realizadas con fecha 22 de septiembre de 2005, han sido oportunamente comunicadas a los interesados, de conformidad con el artículo 69.1 de la LRJPAC. Dichos expedientes mantienen las referencias DT 2005/1179 y DT 2005/1192.

Sexto. Informe de los servicios

Con fecha 22 de septiembre de 2005, los Servicios de esta Comisión emitieron sendos informes en relación con los expedientes DT 2005/1179 y DT 2005/1192, hecho lo cual se comunicó la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva a los interesados en el expediente.

Séptimo. Alegaciones de ASTEL

Con fecha 7 de octubre de 2005 se ha recibido escrito de alegaciones de la Asociación de Empresas y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL), en donde se manifiesta lo siguiente:

- Que en los informes de los Servicios de la CMT llama la atención la ausencia de referencia a los precedentes pronunciamientos de la Comisión respecto a tecnologías ADSL2+, en especial a la Resolución de 19 de mayo de 2005 del expediente DT 2005/418, sobre la adecuación de la OBA a la elevación de velocidades ADSL. Solicitan se declaren nulos de pleno derecho dichos informes, redactándose unos nuevos y concediendo un nuevo plazo de audiencia a las partes.
- Que no existe precedente de la CMT sobre ofertas ADSL minoristas de TESAU con cobertura restringida que no precisen equivalente GigADSL. En este sentido ASTEL considera que la propuesta contenida en el informe a audiencia permite el lanzamiento de servicios de acceso a Internet de banda ancha sin que se haya valorado su replicabilidad sobre el mercado nacional, sino sobre una parte limitada del mismo, alterando las condiciones regulatorias del mercado establecidas en la Resolución aprobatoria de OBA de 31 de marzo de 2004.
- Que se establecen condiciones de competencia diferentes para zonas diferentes del territorio, sin un análisis mínimamente adecuado de las condiciones de replicabilidad, y sin que se haya realizado la definición y análisis de los mercados previstos por las Directivas europeas y la Ley General. En este sentido ASTEL considera que se están relajando de facto las obligaciones mayoristas de TESAU sin un mínimo análisis previo.
- Que no comprende la urgencia de adoptar una decisión de cambio de las condiciones de regulación del mercado de banda ancha, cuando es inminente la aplicación a este mercado de las previsiones de definición de mercados y análisis de las condiciones de competencia.
- Que una delimitación geográfica del mercado debe realizarse teniendo en cuenta condiciones de competencia similares, pero conforme a parámetros geográficos. ASTEL indica que las Directrices sobre determinación de PSM señalan que *“los mercados geográficos son locales, regionales o nacionales o que abarcan el territorio de dos o más países”*.
- Que las medidas propuestas en el informe reducen el acceso indirecto a centrales sin desagregación, produciéndose un efecto desincentivador en la desagregación y en el despliegue de redes alternativas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Con respecto al estudio de costes, ASTEL manifiesta no entender por qué han sido declarados confidenciales determinados datos que deberían reflejar los costes hipotéticos que tendría un operador alternativo.
- Que el hecho de que un operador haya ejecutado solicitudes de prolongación de par en una central no basta para concluir que en dicha central se dispone de capacidad operativa para ofrecer servicios. ASTEL señala que, de aprobarse esta medida, las centrales con capacidad operativa para competir con TESAU deberían definirse como aquéllas en las que hubiera al menos tres operadores establecidos con capacidad para operar, teniendo en cuenta sólo a los operadores presentes con acceso completamente desagregado, y que además el número de bucles desagregados debiera alcanzar un cierto porcentaje mínimo del total de líneas ADSL. Adicionalmente, estas centrales deberían disponer de espacio de ubicación para la incorporación de nuevos operadores (descartando la ubicación distante), un RPCA que no se encontrara en situación de saturación, y en las mismas no deberían haberse producido retrasos en más de un determinado porcentaje de los casos (ejemplo del 10 %) en la provisión de los servicios de OBA. En caso de dejar de cumplirse estos requisitos en una central, ASTEL considera que automáticamente debiera quedar excluida de esta lista.
- Que la división de servicios minoristas de TESAU debería someterse al procedimiento general de solicitud de acceso al bucle de abonado aplicable al resto de los operadores. Esto no supone una nueva obligación para TESAU por cuanto que, según la Resolución de 31 de marzo de 2004, la OBA debe permitir a los operadores alternativos competir en condiciones de igualdad con la oferta minorista de TESAU. ASTEL señala que en algunos países de nuestro entorno, en el ámbito del análisis de mercado de acceso al bucle de abonado, se plantean medidas similares (Francia, Reino Unido). Estimando que la implantación de esta medida requiere un procedimiento detallado y suficientemente elaborado, solicitan que transitoriamente se fije medidas provisionales que exijan a TESAU la publicación de centrales en las que se ubican equipos para dar estos servicios, así como indicadores de calidad en la autoprestación de servicios, complementadas con penalizaciones disuasorias que permitan equiparar ambos niveles de servicios.

Octavo. Alegaciones de AUNA

Con fecha 11 de octubre de 2005 se ha recibido escrito de alegaciones de AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. (AUNA). Además de reiterar algunas de las alegaciones contenidas en el escrito de ASTEL de 7 de octubre de 2005, AUNA manifiesta lo siguiente:

- Que el informe supone una revisión de las obligaciones mayoristas de TESAU en materia de desagregación y obligaciones de acceso, que se pueden interpretar como la desaparición de la oferta GigADSL en determinadas zonas geográficas. Así, habría zonas con tres opciones mayoristas y otras con solamente dos.
- Que esta medida sólo podría adoptarse tras conocer el grado de sustituibilidad de los nuevos servicios con los actualmente prestados mediante GigADSL y, por tanto, sabiendo si los servicios sobre ADSL2+ configuran o no un nuevo mercado minorista de servicios de banda ancha. Además, dado que supone la reducción de las obligaciones regulatorias de TESAU, el marco normativo exige el oportuno análisis de mercados, consulta pública, y comunicación a la Comisión Europea, lo que no se hace en este expediente.
- Que AUNA no discrepa necesariamente de la idea general que defiende el informe, pero sí del procedimiento seguido, que considera contrario a derecho.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el informe de la CMT no profundiza suficientemente en el análisis de competencia (mercado de referencia, posición de dominio de TESAU, medida regulatoria más adecuada), y no aclara qué se define por “capacidad operativa”.
- Que en el estudio de costes no se han tenido en cuenta los costes de transmisión precisamente en el nivel de máxima capilaridad, que en el expediente de duplicación de velocidades se estimaban en 89,42 euros/Mbps. De otro modo, si se tuvieran en cuenta los precios de capacidad portadora, el precio por Mbit/s se incrementaría en 27 euros en el ámbito urbano y 53 euros en ámbito provincial. En definitiva, la hipótesis de 10 euros/Mbps por el backbone IP resulta excesivamente reducida.
- Que las dificultades de la desagregación, antes y después de la cubricación, conllevan un coste adicional para los operadores. Este sobre coste ya aparece mencionado en Resolución de la CMT de 21 de julio de 2005.
- Que la probabilidad de que centrales Imagenio coincidan con las de acceso desagregado es bastante alta, existiendo el riesgo de que TESAU lance ofertas conjuntas de los nuevos servicios ADSL con Imagenio, algo prohibido por la Resolución de 12 de diciembre de 2003 del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. AUNA solicita se prohíba a TESAU empaquetar estos servicios con voz o con Imagenio.

Noveno. Impresión de la página web de JAZZTEL

En fecha 11 de octubre de 2005, según se recoge en el expediente administrativo de referencia, se realizó una impresión de cierta información contenida en la página web de JAZZTEL en relación con la comercialización de un producto de 20 Mbit/s sobre ADSL2+.

Décimo. Alegaciones de BT

Con fecha 11 de octubre de 2005 se ha recibido escrito de alegaciones de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones SAU (BT), en donde se manifiesta lo siguiente:

- Que la CMT no puede eliminar la actual obligación de TESAU de replicar su oferta minorista con GigADSL salvo que lleve a cabo el correspondiente procedimiento de análisis de mercado. Según BT, la CMT está llevando a cabo un proceso de eliminación de obligaciones regulatorias en base a la inexistencia de un pinzamiento de precios, siendo ambos aspectos jurídicamente diferentes.
- Que TESAU está obligada a replicar mediante el servicio GigADSL sus ofertas minoristas, si bien el precio de la particular oferta o la determinación sobre el posible pinzamiento de precios ha de seguir un cauce diferente.
- Que la propuesta contenida en el informe a audiencia resulta desincentivadora para el resto de los operadores, al permitir a TESAU ofrecer precios muy inferiores solo por el hecho de que exista un operador en una central.
- Que la no existencia de oferta mayorista para estas modalidades a nivel nacional impide ofrecer estos servicios por parte de operadores no presentes en todas las centrales.
- Que, existiendo una oferta minorista de TESAU a 8 Mbit/s, este operador no puede discriminar en su suministro ofreciendo a precios muy inferiores igual capacidad.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Undécimo. Impresión de la página web de WANADOO

En fecha 17 de octubre de 2005, según se recoge en el expediente administrativo de referencia, se realizó una impresión de cierta información contenida en la página web de WANADOO (France Telecom España, S.A.) en relación con la comercialización de un producto de 20 Mbit/s.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Acumulación de expedientes

Con fecha 22 de septiembre de 2005 esta Comisión inició de oficio sendos procedimientos, con el objetivo de determinar si la replicabilidad por parte de los operadores alternativos de las nuevas modalidades de acceso a Internet a través de ADSL, propuestas por TESAU en fechas 15 de julio de 2005 (oferta "X2+0705_A1") y 2 de agosto de 2005 (oferta "ADSL TOP"), pudieran exigir la modificación de la OBA de TESAU. Las referencias de dichos expedientes son, respectivamente, DT 2005/1179 y DT 2005/1192.

En atención a la íntima conexión entre dichos expedientes, esta Comisión considera que se cumplen los requisitos para proceder a la acumulación del expediente DT 2005/1192 dentro del procedimiento DT 2005/1178, de acuerdo con el artículo 73 de la LRJPAC.

Segundo. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El artículo 4.2 a) del Reglamento (CE) nº 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, establece que, dentro de las funciones de supervisión encomendadas a las autoridades nacionales de regulación, corresponde a éstas la posibilidad de *"imponer modificaciones de la oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle local y a los recursos asociados, incluidas las tarifas, cuando dichas modificaciones estén justificadas"*.

La Disposición transitoria primera.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que *"Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones."* De igual forma, la Disposición transitoria primera del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración, aprobado mediante el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, dispone que *"Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, de acuerdo con lo establecido en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones."*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, el artículo 11.4 de la LGTel establece que *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.”*

Asimismo, el artículo 48.3.e) de la LGTel atribuye a la Comisión la función de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de 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 de los prestadores de servicios.”*

Finalmente, el artículo 19 del Reglamento de la Comisión, aprobado por el Real Decreto 1994/1996 de 6 de septiembre establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptará las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes”*.

Tercero.- Análisis de la necesidad de modificación de la OBA

En la Resolución de la Comisión de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la OBA de TESAU, se anticipaba la problemática derivada de una posible introducción de nuevas modalidades técnicas ADSL por parte de TESAU, y se determinaba el procedimiento a seguir para analizar si dichas modalidades justificarían o no la necesidad de modificar la OBA.

El criterio a seguir es que la OBA de TESAU debe incluir, en todo momento, los servicios mayoristas suficientes para que los operadores alternativos puedan competir con las ofertas minoristas que TESAU comercialice. Por tanto, la introducción de una nueva modalidad técnica en los servicios minoristas de TESAU podría requerir la incorporación de una nueva modalidad mayorista en la OBA, siempre de conformidad con el criterio expuesto anteriormente.

Mediante acuerdo de la CDGAE de 25 de septiembre de 2003, se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por TESAU. En este acuerdo que entró en vigor con fecha 1 de noviembre de 2003, se determina que los precios de los servicios ADSL minoristas prestados por TESAU dejan de estar sujetos al régimen de precios autorizados administrativamente y pasan a quedar sometidos al régimen de comunicación. El nuevo régimen establece que TESAU deberá comunicar las modificaciones de los precios minoristas a los Ministerios de Economía, y de Ciencia y Tecnología (ahora MITyC), a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al Consejo de Consumidores y Usuarios y a los usuarios afectados, con al menos 10 días de antelación a su aplicación efectiva.

Dado que la antelación de 10 días fijada por la CDGAE para que TESAU comunique sus precios minoristas resulta claramente insuficiente para que en este corto intervalo de tiempo se pueda valorar la necesidad de modificar la OBA y, en su caso, proceder a dicha modificación, en el punto cuarto del resuelve de la citada Resolución de 31 de marzo se exigió a TESAU lo siguiente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“En el caso de desaparición o lanzamiento de modalidades técnicas en los servicios ADSL minoristas ofrecidos por Telefónica de España, S.A.U., este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 3 meses de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios necesarios que permitan a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de TESAU.”

En sus escritos de 15 de julio de 2005 y 2 de agosto de 2005, TESAU ha comunicado a la Comisión su intención de comercializar dos nuevas modalidades técnicas en el servicio de acceso a Internet a través de la tecnología denominada ADSL2+.

El objetivo de este procedimiento es justamente el de determinar si la replicabilidad por parte de los operadores alternativos de estas nuevas modalidades de acceso a Internet a través de ADSL propuestas, pudieran exigir la modificación de la OBA de TESAU.

Cuarto.- Justificación del análisis de replicabilidad desde el derecho de la competencia.

El análisis de las ofertas presentadas por TESAU debe hacerse a la luz de la doctrina que, en línea con la establecida por la CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, ha sido recogida por esta Comisión en relación con las condiciones de comercialización, por parte de las empresas del Grupo Telefónica, de los servicios de acceso a Internet de alta velocidad sobre ADSL.

En efecto, se trata, una vez más, de ofertas de TESAU que afectan a los mismos mercados, minoristas y mayoristas, identificados por esta Comisión en ocasiones anteriores y, por tanto, de la aplicación de los mismos principios y obligaciones impuestas a la operadora como proveedora de servicios mayoristas en Resoluciones anteriores, siendo también los mismos los objetivos perseguidos por esta Comisión: garantizar que las ofertas de TESAU son replicables por los operadores alternativos a partir de los servicios mayoristas existentes sin poner en riesgo el incentivo a la inversión en redes alternativas de acceso por parte de aquéllos.

Alegan los operadores, AUNA y BT, que la presente Resolución supone una revisión de las obligaciones mayoristas de TESAU en materia de desagregación y obligaciones de acceso, y en concreto una reducción de las mismas sin haberse procedido al preceptivo análisis previo del mercado de referencia conforme al nuevo marco comunitario. Frente a esta alegación cabe contestar que, como se explica a continuación, la Resolución no modifica el régimen de obligaciones vigente para estos servicios durante el periodo transitorio que prevé el Nuevo Marco.

En efecto, la presente Resolución se aprueba con anterioridad a la finalización de los análisis de mercados relevantes para la misma (mercados 11 y 12 de la Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de febrero de 2003). Por tanto ha de entenderse, como ya se señaló en el apartado segundo relativo a la competencia de esta Comisión, que su actuación en el presente procedimiento queda amparada por la Disposición transitoria primera.³ de la Ley 32/2003 y que, de hecho, no supone la creación, supresión o modificación de las obligaciones preexistentes sobre TESAU ni la regulación de mercados distintos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Régimen transitorio

El nuevo marco de Directivas Comunitarias, y en concreto el artículo 27 de la Directiva Marco, mantiene en vigor las obligaciones establecidas en el derecho nacional a que se refieren el artículo 7 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva Acceso) y el artículo 16 de la Directiva 2002/22/CE (Directiva Servicio Universal) hasta que la autoridad nacional de reglamentación se pronuncie respecto a dichas obligaciones de conformidad con los nuevos procedimientos previstos de imposición de obligaciones regulatorias.

En lo que se refiere a las obligaciones específicas derivadas de la aplicación del Reglamento (CE) nº 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 (Reglamento CE) sobre el acceso desagregado al bucle local, el mismo artículo 27 dispone que los operadores de la red pública de telefonía fija que las autoridades nacionales de reglamentación hubieran notificado como poseedores de un peso significativo en el mercado en relación con el suministro de redes y servicios públicos de telefonía fija con arreglo a la parte I del anexo I de la Directiva 97/33/CE o la directiva 98/10/CE seguirán siendo “operadores notificados” a efectos del Reglamento (CE) 2887/2000 hasta que se haya concluido el procedimiento de análisis de mercado.

Por lo que se refiere al régimen jurídico de las obligaciones de acceso a redes, la LGTel ha transpuesto el régimen transitorio previsto en la citada Directiva, mediante el apartado 3 de su Disposición transitoria primera que establece que: *“Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones”*.

Por otra parte, el párrafo segundo del citado apartado 3 de la Disposición transitoria primera de la LGTel, dejaba transitoriamente en vigor Reglamento por el desarrollaba el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, hasta que se aprobaran las nuevas normas que desarrollaran el título II de la LGTel. Asimismo, las normas legales y reglamentarias, así como los acuerdos de la CDGAE en materia de regulación y fijación de precios de los servicios de telecomunicaciones continuarán en vigor hasta que se fijen los mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y las obligaciones que sean de aplicación en cada uno de dichos mercados a los operadores con poder significativo.¹ Por su parte el Real Decreto 2296/2004 de 10 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración deroga tanto el

¹ El artículo 9.4 del Reglamento de interconexión establecía que los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes deberán facilitar el acceso al bucle de abonado en la fecha y condiciones que a tal efecto determinase el Ministerio competente, previo informe de la CMT. En este sentido el artículo 2 del Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, dispuso que, el Gobierno, previo informe de la CMT, establecería las condiciones para que a partir de enero del año 2001, los operadores dominantes en redes públicas telefónicas fijas facilitasen el acceso desagregado al bucle de abonado. En consecuencia fue el Real Decreto 3456/2000 de 22 de diciembre, el que vino a aprobar el Reglamento del Bucle, modificando el artículo 9.4 del Reglamento de Interconexión, en el sentido de que los operadores dominantes tienen obligaciones de facilitar el acceso al bucle de abonado de acuerdo con las condiciones establecidas en el nuevo reglamento, incluida la facultad de la CMT para modificar la OBA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reglamento anteriormente citado como el Real Decreto 3456/2000 de 22 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (Disposición derogatoria única del Real Decreto 2296/2004). No obstante, en idénticos términos que la LGTel, la Disposición transitoria primera del Reglamento de Mercados dispone que los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, de acuerdo con lo establecido en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, los operadores con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.

Como consecuencia de lo anterior, procede, analizar cuál es el alcance exacto de las obligaciones impuestas a TESAU durante este periodo transitorio para lo cual es preciso acudir al origen de la obligación de ofrecer acceso al bucle y al contenido propio de la misma.

Marco normativo aplicable

En lo que al presente procedimiento respecta, el Reglamento CE establece dos reglas fundamentales. En primer lugar, la obligación de los operadores notificados de disponer de una oferta de referencia relativa al acceso desagregado a su bucle local y a los recursos asociados, que incluirán, como mínimo, los elementos que se enumeran en el anexo (lista de elementos que el Anexo II de la Directiva de Acceso mantiene expresamente en vigor) y que deberá ser lo suficientemente desagregada para que el beneficiario no tenga que pagar por elementos o recursos de red que no sean necesarios para el suministro de sus servicios. Asimismo, deberá contener una descripción de su oferta y las condiciones, incluidas las tarifas. En segundo lugar, la obligación de los operadores notificados de satisfacer toda solicitud razonable de los beneficiarios encaminada a obtener el acceso desagregado a sus bucles locales y recursos asociados, en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias. Las solicitudes solo podrán denegarse sobre la base de criterios objetivos, referentes a la viabilidad técnica o a la necesidad de preservar la integridad de la red. Por último, se establece que el Reglamento se aplicará sin perjuicio de las obligaciones de los operadores notificados de respetar el principio de no discriminación al usar la red pública de telefonía fija para proveer de acceso de alta velocidad y servicios de transmisión a terceros en las mismas condiciones en que las prestan a sus propios servicios o a sus empresas asociadas, de conformidad con las disposiciones comunitarias y la posibilidad de que las autoridades nacionales impongan modificaciones en la oferta de referencia y que los Estados miembros mantengan medidas acordes con el Derecho comunitario que incluyan disposiciones más detalladas.

En aplicación de estos principios, se dictó el Real Decreto 3456/2000 de 22 de diciembre que aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (Reglamento del Bucle) disponiendo, en su artículo 3, que los operadores dominantes atenderán las solicitudes razonables de los operadores autorizados para el acceso desagregado a los bucles de abonado de su red y a los recursos asociados, en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se especifica, además, que los operadores dominantes que ofrezcan acceso indirecto al bucle desde su red respetarán el principio de no discriminación y de transparencia en relación con las condiciones técnicas, económicas, operativas y comerciales, en particular frente a los operadores de redes y servicios de telecomunicación que puedan requerir este acceso. Asimismo, los operadores dominantes tendrán la obligación de disponer de una oferta de acceso al bucle de abonado. En su disposición transitoria segunda se dice que TESAU incorporará en la primera oferta de acceso al bucle de abonado su oferta comercial de acceso indirecto al bucle de abonado derivada de la Orden de 26 de marzo de 1999, por la que se establecen las condiciones para la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red pública telefónica fija.

De lo anterior se deriva que del marco normativo antes descrito se deduce, en primer lugar, una obligación para el operador dominante de atender todas las solicitudes razonables de los operadores autorizados para el acceso desagregado a los bucles de abonado de su red y a los recursos asociados, en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias. Asimismo, la obligación de disponer de una oferta de referencia actualizada y sujeta a la aprobación de la CMT que, además, de establecer condiciones de acceso desagregado al bucle, incluye, en el caso español, una oferta específica de acceso indirecto que comercialmente se identifica con el servicio GigADSL. Con ambos tipos de solución incluidas en la actual OBA, lo que se trata es de garantizar un acceso a los bucles en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias que permitan a los operadores alternativos competir con el operador dominante en los servicios acceso fijo.

El alcance exacto de dicha obligación de ofrecer el acceso al bucle del abonado se ha concretado en posteriores resoluciones de la CMT dictadas con ocasión de la aprobación de determinados productos minoristas de TESAU y de sucesivas modificaciones de la OBA.

Así, en aplicación de estos principios, la CMT dictó su Resolución de 31 de marzo de 2004 de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, SAU. En el fundamento de derecho III de dicha Resolución figura en su apartado III.10.2 un análisis de las posibles actuaciones que pudieran ser necesarias para la adecuación de la OBA a la liberalización de los servicios ADSL minoristas de TESAU. En lo que se refiere, en particular, a las posibles modificaciones de la OBA que pudieran resultar necesarias como consecuencia del lanzamiento por TESAU de nuevas modalidades técnicas en el nivel minorista, la Resolución afirma que *“una modificación de este tipo en la oferta minorista debería llevar a la introducción de esta nueva modalidad en el servicio GigADSL, mediante modificación de la OBA”* estableciéndose para ello la exigencia a TESAU de presentar *“a la CMT una propuesta de adecuar la OBA a la nueva situación con al menos 3 meses de antelación a que este cambio sea efectivo.”* (pag. 184 de la Resolución).

Después de analizar las alegaciones de los operadores y de TESAU, la misma Resolución matiza estas afirmaciones concluyendo que será necesario que, *“en el caso de desaparición o lanzamiento de modalidades técnicas en los servicios ADSL minoristas ofrecidos por TESAU, este operador presente a la CMT con al menos 3 meses de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios que*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

permitan a los operadores alternativos competir con la oferta minorista de TESAU.” (pag. 188).

En consecuencia, se establece en el Resuelve Cuarto de la citada Resolución que *“en el caso de desaparición o lanzamiento de modalidades técnicas en los servicios ADSL minoristas ofrecidos por Telefónica de España S.A.U., este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 3 meses de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios que permitan a los operadores alternativos competir con la oferta minorista de TESAU.”*

De lo anterior cabe concluir que entre las obligaciones impuestas a TESAU actualmente en vigor no figura la de que todo lanzamiento de una nueva modalidad técnica en el servicio ADSL necesariamente deba poder ser replicable mediante un acceso indirecto (es decir, mediante una solución específica GigADSL) aunque sí mediante una solución mayorista, de forma que, de ser necesario, habrán de introducirse con carácter previo y suficiente antelación en la OBA los cambios que permitan a los operadores alternativos competir con la oferta minorista de TESAU. Se trata de permitir la competencia con la oferta minorista de TESAU para lo cual bastará con asegurar la replicabilidad del producto mediante servicios mayoristas, que en nuestro caso significan el acceso indirecto o la desagregación del bucle según sea necesario.

Es decir, establecido un derecho de acceso al bucle en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias, la solución regulatoria que en cada caso haya de adoptarse dependerá de la necesidad de la medida para asegurar la posibilidad de competir y de la proporcionalidad de la misma.

En este mismo sentido, la Resolución de esta Comisión de 14 de marzo de 2005, expresa que *“El criterio a seguir es que la OBA de TESAU debe incluir, en todo momento, los servicios mayoristas suficientes para que los operadores alternativos puedan competir con las ofertas minoristas que TESAU comercialice.”*

Mercado de producto

En línea con lo anterior cabe poner de manifiesto que tanto los servicios objeto de comunicación por TESAU a nivel minorista como las obligaciones descritas en la presente Resolución a nivel mayorista forman parte de los servicios sujetos a la regulación anteriormente expuesta. Por lo que la Resolución ni regula un servicio perteneciente a un mercado no regulado, tal como pretende TESAU, ni supone una modificación de las obligaciones preexistentes al margen de los procedimientos previstos en el Nuevo Marco, como sugieren determinados operadores alternativos.

Así, cabe destacar, a los efectos de la aplicación del citado régimen transitorio, y por lo tanto, del mantenimiento y exigibilidad de las obligaciones impuestas a TESAU, que, a pesar de que las ofertas objeto de análisis en el presente procedimiento están soportadas sobre una nueva modalidad técnica, a nivel minorista dichas ofertas forman parte del mismo mercado de producto que el resto de servicios ADSL, no pudiendo calificarse como mercado distinto y, por lo tanto, exento de regulación hasta tanto no finalice el procedimiento de análisis de mercados, determinación de operadores con PSM e imposición de condiciones regulatorias ex ante. Al contrario, el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ADSL2+ debe calificarse como una modalidad técnica distinta pero transparente para el usuario final y, por tanto, sujeta a idéntica regulación conforme al régimen transitorio.

Desde un punto de vista minorista, estos servicios forman parte del mercado de servicios de banda ancha que englobaría, de acuerdo con diferentes Resoluciones de esta Comisión², el resto de servicios de acceso a Internet de banda ancha que actualmente están prestando tanto TESAU como los otros operadores. Así, el hecho de que en este momento se introduzca la tecnología ADSL2+ no constituye un elemento adicional en el análisis, en tanto que es transparente para el usuario final, compitiendo directamente esta oferta con las demás ofertas minoristas basadas en los tres servicios mayoristas regulados. En este sentido, y como se ha justificado anteriormente, pesan sobre TESAU las mismas obligaciones que sobre cualquier otro producto de acceso a Internet de banda ancha, tanto a nivel minorista como a nivel mayorista.

En efecto, el hecho que se ofrezca un servicio a un precio distinto o bien con una velocidad superior, no constituye un elemento suficiente para justificar la existencia de dos mercados diferentes. Así, de acuerdo a las Directrices³, *“para que los productos sean considerados intercambiables desde el punto de vista de la demanda, no es necesario que se ofrezcan al mismo precio. Un producto o servicio de baja calidad vendidos a un precio bajo podrían ser sustitutos eficaces de un producto de calidad superior vendido a un precio superior. Lo que cuenta en este caso es la respuesta probable de los consumidores ante un incremento relativo de precios”*. En este caso, no se considera suficiente para dividir en dos mercados minoristas de referencia ni las mayores velocidades de transmisión ofrecidas a través del ADSL2+ ni las diferencias en precios entre las diferentes modalidades. A mayor abundamiento cabe decir que las velocidades propuestas ahora por TESAU así como sus precios están acordes con las capacidades estándares en otros países europeos, como se ha descrito en la comparativa anterior, hecho que mostraría la pertenencia de todas las ofertas de acceso a Internet de banda ancha a un mismo mercado minorista.

La aprobación de la presente Resolución no supone pues, como alegan AUNA y BT,, la reducción de las obligaciones regulatorias en contra de los procedimientos previstos en el nuevo marco sino la mera aplicación del régimen transitorio previsto en el mismo.

A mayor abundamiento, en el nuevo marco comunitario también se parte de la existencia de un único mercado minorista de banda ancha descrito en la Exposición de Motivos de la Recomendación de Mercados relevantes, identificándose a su vez, dos mercados mayoristas conexos: mercado nº 11, correspondiente al mercado de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales; y el mercado nº 12 de acceso mayorista de banda ancha. Luego, la presente Resolución proporciona una solución conforme con el nuevo marco comunitario.

² Por todas, ver Resolución de 31 de marzo de 2004 respecto a la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia en la comercialización de la promoción de Telefónica De España, S.A.U. sobre los productos “ADSL TIEMPO LIBRE” y “ADSL A TU MEDIDA”

³ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tampoco, la propuesta objeto de la presente Resolución afecta, como se ha explicado, a un servicio mayorista distinto del sujeto a regulación en el régimen transitorio, puesto que los servicios notificados por TESAU son replicables mediante un acceso desagregado en las condiciones hasta ahora reguladas, si bien con las prevenciones necesarias para garantizar la competencia efectiva.

Con dichos antecedentes, y por lo tanto bajo el marco de las vigentes obligaciones a que está sometida TESAU en materia de acceso al bucle, esta Comisión no puede obviar ni la evolución de la situación del mercado, ni las características concretas de la oferta que se analiza. Con respecto a lo primero, es significativo el hecho de que dos de los más importantes competidores de TESAU ya hayan lanzado al mercado, en la fecha de aprobación de la presente Resolución, ofertas de acceso a Internet sobre ADSL a velocidades de hasta 20 Mbit/s. Resulta sorprendente que, simultáneamente a dicho lanzamiento, los operadores alternativos exijan la modificación de la OBA de TESAU alegando que con la OBA vigente las nuevas propuestas sobre ADSL2+ de TESAU a velocidades muy superiores a lo que permite la tecnología ADSL básica, podrían ser no replicables.

En segundo lugar, es obvio que esta Comisión debe amoldar su análisis a las características concretas de cada oferta de ADSL propuesta por TESAU. En el caso de las ofertas denominadas “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”, debe tomarse en consideración el hecho de que van a ser comercializadas únicamente en lugares en los que podrán ser replicadas mediante la oferta mayorista de acceso desagregado. Así pues, el análisis que se lleva a cabo en el presente expediente para decidir sobre la necesidad o no de modificar la OBA para que los operadores alternativos puedan *“competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de TESAU”*, debe tener presente que los competidores de TESAU cuentan con la herramienta del acceso desagregado al bucle para emular las ofertas sobre ADSL2+ propuestas. Esto no supone cambio de criterio de la CMT ni levantamiento de obligaciones a TESAU, sino únicamente la adecuación de los análisis de replicabilidad a la posibilidad que tienen los operadores alternativos de emplear el acceso desagregado incluido en OBA.

Con respecto a la alegación de ASTEL respecto a la falta de precedentes sobre ofertas minoristas de TESAU con cobertura restringida, cabe decir que, hasta la fecha, tampoco habían existido propuestas por parte de este operador con dichas características. De esta forma, esta Comisión no había tenido la necesidad de plantearse dicho extremo. ASTEL considera que no se ha considerado la replicabilidad sobre el mercado nacional de dichas ofertas sino únicamente sobre una parte del mismo. En este sentido cabe analizar las razones por las que esta Comisión debería plantearse dicha replicabilidad al nivel nacional, donde TESAU no estaría prestándose a sí misma ningún recurso mayorista necesario para la competencia de los operadores alternativos. En este sentido, en tanto que TESAU se está dando el mismo trato a sí misma que al resto de sus competidores, puesto que no propone prestar los servicios minoristas de referencia en todo el territorio, no es posible realizar el análisis que requiere ASTEL. Finalmente, cabe decir que el hecho de no realizar este análisis y no obligar a TESAU a ofrecer un servicio, ni minorista ni mayorista al nivel nacional sino únicamente con cobertura restringida, no altera per se las condiciones regulatorias establecidas en la Resolución de la OBA de 31 de marzo de 2004.

ASTEL también alega que se establecen condiciones de competencia diferentes para zonas diferentes del territorio, sin un análisis mínimamente adecuado de las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones de replicabilidad, y sin que se haya realizado la definición y análisis de los mercados previstos por las Directivas europeas y la LGTel. Ahora bien, este operador no demuestra que las condiciones de competencia derivadas de la comercialización de las ofertas notificadas en determinadas centrales sea suficiente como para distinguir zonas con una situación de competencia “heterogénea” tal y como imponen las Directrices. Efectivamente, podría darse el caso de que en ciertas centrales existieran operadores dando servicios mediante tecnologías ADSL2+ y en otras centrales dichas capacidades no estuvieran habilitadas. Ahora bien, el hecho de que el despliegue de una cierta tecnología sea progresivo o bien que los operadores alternativos no accedan en un periodo corto de tiempo al acceso desagregado no supone una modificación de las condiciones de competencia al nivel nacional se hayan modificado.

De la misma manera, y tal y como se indicaba al comienzo de este fundamento, se trata ahora de la aplicación, de nuevo, de los principios que vienen integrando la doctrina de esta Comisión en el tratamiento de las ofertas de Telefónica en estos mercados.

Así, en su Resolución de 19 de mayo de 2005 por la que se autorizó a TESAU una duplicación de velocidades, la CMT estableció que *“Con esta decisión se persigue, asimismo, dar las máximas facilidades a aquéllos operadores alternativos comprometidos con la inversión en la red de acceso y que, bien mediante el despliegue de red propia, o bien configurando sus servicios a partir del acceso desagregado, van a estar en una mejor situación para diferenciarse de la oferta minorista de TESAU que aquéllos que se apoyan en los servicios GigADSL.*

Esta decisión es plenamente coherente con la Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modificaba la OBA de TESAU, donde se señalaba que los servicios GigADSL deben estar regulados de manera que se estimule a los operadores para seguir ascendiendo por la escalera de la inversión en red de acceso a medida que alcanzan una cierta masa crítica, hasta los niveles superiores en donde se encuentran el acceso desagregado, y posteriormente el despliegue de infraestructuras propias.
(.....)

Es deseable que aparezcan en el mercado nuevas ofertas minoristas de acceso de banda ancha, diferentes a las modalidades ADSL comercializadas por TESAU, como también es deseable que se reduzcan los precios finales. No obstante, no se puede perseguir ninguno de estos objetivos a través de la regulación que afecta a los servicios GigADSL si ello se hace en perjuicio de los operadores que invierten en red de acceso.

Los operadores alternativos pueden efectivamente poner en el mercado modalidades de ADSL diferentes a las ofrecidas por TESAU, con una política comercial propia, mediante el despliegue de red de acceso propia o apoyándose en el acceso desagregado al bucle. Ahora bien, si quieren hacer esto desde los servicios GigADSL tendrán que emplear una modalidad de entre las existentes de características técnicas superiores a la que este operador quiera configurar, asumiendo el precio mayorista de este producto de características superiores.”

(.....)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Tal como se indicaba en la Resolución de 19 de mayo de 2004, de esta manera se está dejando en manos de los operadores con inversiones en red de acceso, entre los que se encuentran no sólo TESAU sino también los operadores de cable y los operadores que desagregan bucles, el papel de liderar la introducción de los servicios.”

Pues bien, estos principios habían venido ya inspirando las decisiones de esta Comisión en estos mercados a la hora de valorar la efectiva disponibilidad de los servicios mayoristas necesarios y de la relación entre sus precios y los precios finales ofertados por TESAU.

Así en la Resolución dictada en el expediente 2004/1620, se estableció que “....., si bien TESAU puede realizar acciones comerciales dirigidas a proteger sus intereses, estas acciones están limitadas por las obligaciones que como operador dominante le impone el Derecho de la competencia. Dichas obligaciones no son aplicables a sus competidores, que no ostentan dicha posición, dado que no tienen la capacidad de alterar las condiciones de competencia del mercado.

“Dados los precios mayoristas en un mercado, el Derecho de la competencia determina que las empresas dominantes integradas deben ofrecer precios minoristas que permitan a los competidores eficientes obtener un beneficio razonable. Por tanto, reducciones de precios que impidan a los operadores alternativos obtener una rentabilidad suficiente están prohibidas per se⁴. Ahora bien, existen dificultades para distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo. (...)

De esta forma, se considera necesario examinar condiciones adicionales en las ofertas de las empresas del Grupo Telefónica con el fin de adecuar la práctica de esta Comisión a las de otras autoridades de competencia. Así, la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos han venido utilizando el criterio de que “la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva”⁵. Por tanto, para la apreciación del abuso será necesario considerar los componentes restrictivos de la conducta, tales como la intensidad y el grado de posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.”

(.....)[C]onsiderar el estado actual de la desagregación del bucle del abonado estaría en la línea de no imponer al operador dominante obligaciones excesivas que impidieran su legítimo derecho a defender sus intereses, cuando sus conductas no supongan un abuso de posición de dominio.

(.....) [E]s evidente que TESAU afronta una competencia en precios que la consideración de un único servicio mayorista, como el acceso indirecto al bucle, no captura. En este sentido, ofertas minoristas con ingresos por usuario menores a 30 euros/mensuales u ofertas combinadas de banda ancha y voz indicarían las limitaciones del mecanismo anterior, imputando pues al operador dominante intenciones excluyentes cuando en realidad suponen una respuesta a una realidad

⁴ Caso COMP/C1/37451, 37578, 37579, Deutsche Telekom.

⁵ Caso Centre Belge d'Etudes de Marché Telemarketing.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competitiva que el regulador no tiene en cuenta, dado el anterior mecanismo de cálculo.

Por tanto, la intención excluyente (.....) para considerar una oferta como contraria a la libre competencia debe ser analizada incorporando la ponderación de las alternativas existentes, como es en este caso, el proceso de desagregación del bucle. Sólo así es posible evaluar la posición de TESAU en el mercado de modo prospectivo, teniendo en cuenta “la evolución esperada o previsible del mercado a lo largo de un período razonable” y, en consecuencia, garantizar la proporcionalidad de la intervención regulatoria, como exigen las Directrices comunitarias relativas al análisis de mercados de constante referencia (pgfos.20 y 21).”

Por otra parte, en su Resolución de 14 de marzo de 2005 y en relación con la valoración de la existencia de pinzamiento de márgenes, se establecía que “[E]sta Comisión no puede obviar la evolución de la situación del mercado en cada momento. En este sentido, los análisis de estrechamiento de precios, que determinan la existencia o no de margen para que los operadores alternativos puedan comercializar una oferta minorista ADSL similar a las que ofrece el Grupo Telefónica, configurada a partir de los productos mayoristas de la OBA, deben adecuarse a la combinación de dichos servicios mayorista que efectivamente se van a emplear.

(....)

En consecuencia, los análisis de pinzamiento de márgenes deben tener en cuenta que el progresivo acceso de los operadores alternativos a las centrales de TESAU hace que este operador afronte una competencia potencial sobre un número de bucles muy superior al que efectivamente se encuentra desagregado en estos momentos y que no sea “el único agente presente”. En este sentido, podría ser lógico tomar en consideración no los costes de los operadores en la fase inicial de despliegue de servicios vía acceso desagregado, sino los correspondientes al conjunto de los bucles desagregados en el medio y largo plazo, al igual que hacen los operadores en sus planes de negocio.

Esto no supone cambio de criterio de la CMT, sino la adecuación de los mecanismos establecidos para analizar eventuales situaciones de pinzamiento de márgenes, a dicho uso combinado que hacen los operadores de los servicios mayoristas GigADSL y acceso desagregado incluidos en OBA.

En este sentido, esta Comisión no debe ignorar que, la evolución apuntada anteriormente respecto al progresivo desarrollo de la desagregación del bucle del abonado, ha tenido su repercusión en el mercado minorista de banda ancha, mercado sobre el que impactan directamente las promociones de TESAU. Así, en el mercado existen actualmente ofertas de los operadores entrantes que superan ampliamente los límites, que en función de los costes basados únicamente en el acceso indirecto al bucle, previó esta Comisión para analizar situaciones de estrechamiento de márgenes.

Si bien las alegaciones de TESAU respecto a la existencia de ofertas de los operadores entrantes más atractivas en precio que la propuesta de esta operadora, no pueden aceptarse, cuando existan problemas de replicabilidad, esta Comisión debe tenerlas en cuenta como indicador de la competencia que afronta el operador



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominante. Así, la Comisión Europea, en el caso Wanadoo Interactive⁶ establece que si bien no puede negarse a un operador dominante su capacidad para competir y proteger sus intereses comerciales, esta capacidad está limitada por su especial responsabilidad para no distorsionar la situación competitiva en el mercado⁷ y a no poder abusar de su posición⁸.

De nuevo, y en este mismo sentido, cabe citar los argumentos que esta Comisión manifestó en la Resolución de 22 de julio de 2004⁹ en relación con el servicio mayorista “Megabase”. En dicha Resolución, se ponía de relieve que “Dado que los operadores alternativos cuentan con alternativas de suministro a escala nacional (...) el operador verticalmente integrado no tiene incentivos para seguir una estrategia de estrechamiento de precios basada en una combinación de precios del servicio mayorista “Megabase” y del servicio final que deje un margen que impida a un operador eficiente operar de manera rentable. De hecho, en el caso de que el operador verticalmente integrado implementara una estrategia de este tipo, los operadores alternativos estarían en disposición de no demandar este servicio mayorista ya que dispondrían de alternativas de suministro. Esta Comisión constata que la existencia de alternativas de suministro no hace viable ni creíble la implementación de una estrategia de estrechamiento de precios como la explicada”.

Pues bien, las características de las dos ofertas presentadas ahora por TESAU imponen la aplicación de los principios anteriormente establecidos determinando la disponibilidad de los servicios mayoristas necesarios, atendidas las condiciones concretas de las ofertas de cuya replicabilidad se trata, así como de la estimación de los costes en que incurrir los operadores competidores de TESAU a la hora de construir sus ofertas.

Quinto.- Replicabilidad de las ofertas comunicadas por TESAU

El efecto en el nivel de competencia que la comercialización de las ofertas de *servicios “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”* comunicadas por TESAU pudiera tener dependerá de la capacidad de los operadores alternativos para emular dichas ofertas.

Para determinar esta capacidad de emulación, en primer lugar es necesario determinar si los operadores alternativos cuentan con los elementos necesarios para ofrecer servicios equivalentes a los propuestos por TESAU, teniendo en cuenta las características propias de dichas ofertas, y principalmente que son servicios de acceso a Internet que se basan en la tecnología ADSL2+ y cuya cobertura TESAU limita a zonas en las que los operadores alternativos pueden disfrutar ya de dicha tecnología mediante la utilización del alquiler del bucle. En segundo lugar deberá analizarse si los precios de las ofertas permiten su emulación por un operador eficiente con un beneficio normal, dados los costes en que debe incurrir.

a) Disponibilidad de los recursos necesarios para la comercialización de los servicios ADSL denominados “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”

⁶ Wanadoo Interactive, COMP/38.233, párrafo 315.

⁷ Caso Michelin.

⁸ Caso T-65/89, BPB Industries and British Gypsum, v Comisión.

⁹ Resolución en relación con la denuncia de Wanadoo por la promoción del producto “ADSL Home” de febrero de 2004.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se trata de analizar las posibilidades para la replicabilidad de las ofertas de referencia por un operador alternativo y, si para ello es necesaria, la creación de un servicio mayorista específico. Para poder emular las ofertas comunicadas por TESAU, el operador alternativo requiere implementar soluciones basadas en ADSL2+ para prestar los servicios de referencia a partir del acceso desagregado al bucle o bien contar con un acceso indirecto con las capacidades suficientes para poder competir en el mercado minorista.

De acuerdo con los principios recogidos en el Fundamento Cuarto de la presente Resolución las diferentes modalidades de acceso al bucle del abonado han de ser complementarias entre ellas de tal forma que, en conjunto, deben asegurar que los operadores alternativos cuentan con unas condiciones para competir adecuadas, teniendo en cuenta que reducciones de precios que impidan a los operadores alternativos obtener una rentabilidad suficiente están prohibidas per se, pero para distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo es necesario examinar las condiciones adicionales en las ofertas, garantizando la proporcionalidad de la intervención regulatoria. En este sentido es esencial tener presentes las características esenciales de las ofertas de TESAU de cuyo análisis se trata: implantación de ADSL2+ en los bucles para garantizar las velocidades ofertadas, y disponibilidad efectiva de desagregación de bucles en las centrales que cubren las áreas en las TESAU se propone lanzar sus ofertas.

Siguiendo la lógica anterior, se debe considerar si los operadores alternativos cuentan, dados los servicios mayoristas actuales, con unas condiciones equitativas para replicar las ofertas de TESAU.

La configuración actual de los servicios de acceso indirecto no permite la prestación de servicios como los propuestos por TESAU. Ahora bien, las modalidades de acceso desagregado o compartido sí cuentan con las características necesarias para replicar los servicios notificados pues aseguran que la comercialización de los servicios de referencia es compatible con una competencia sostenible en el largo plazo, en un momento en que, tal como ha reconocido esta Comisión diversos agentes apuestan por despliegues masivos¹⁰ y requieren alcanzar cierta masa crítica con el fin de mantenerse en el mercado.

Por una parte, debe analizarse si la desagregación es un servicio mayorista que suponga ya una presión competitiva sobre el operador dominante. Así, esta Comisión, en su Resolución de 14 de marzo de 2005¹¹, ya apuntaba que los operadores estaban prestando sus servicios a través de una combinación de diferentes servicios mayoristas y que, por tanto el análisis anterior debe “tener en cuenta que el progresivo acceso de los operadores alternativos a las centrales de TESAU hace que este operador se enfrente a una competencia potencial sobre un número de bucles muy superior al que efectivamente se encuentra desagregado en estos momentos (...)”.

¹⁰ Resolución de 9 de junio de 2005, sobre el conflicto de acceso entre JAZZ TELECOM, S.A.U., y Telefónica de España, S.A.U., en relación con el cumplimiento en solicitudes de tendido de cable externo de los plazos de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA).

¹¹ Resolución sobre el lanzamiento por TESAU del servicio minorista “ADSL 12/04” de facturación por volumen.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión no puede dejar de valorar esta evolución en la medida en que TESAU no ha sido el promotor del lanzamiento de este tipo de servicios sino que, tal y como muestran las ofertas comerciales, recogidas en el marco del procedimiento, de diferentes operadores (Jaztel y Wanadoo), ya existen servicios basados en la tecnología ADSL2+ en el mercado compitiendo con los servicios tradicionales de TESAU lo que evidencia la alternativa real que, en el ámbito mayorista representa la desagregación de manera que “[L]os operadores alternativos pueden efectivamente poner en el mercado modalidades de ADSL diferentes a las ofrecidas por TESAU, con una política comercial propia, mediante el despliegue de red de acceso propia o apoyándose en el acceso desagregado al bucle” como preveía esta Comisión en la citada Resolución de 19 de mayo de 2005 así como que, de este modo, “se está dejando en manos de los operadores con inversiones en red de acceso, entre los que se encuentran no sólo TESAU sino también los operadores de cable y los operadores que desagregan bucles, el papel de liderar la introducción de los servicios.”

Este hecho es de especial relevancia dado que si bien los operadores dominantes tienen una especial responsabilidad a la hora de no alterar las condiciones de competencia dadas su posición en el mercado, es legítimo que protejan sus intereses comerciales. Así, la Comisión Europea, en el caso Wanadoo Interactive¹² establece que si bien no puede negarse a un operador dominante su capacidad para competir y proteger sus intereses comerciales, esta capacidad está limitada por su especial responsabilidad para no distorsionar la situación competitiva en el mercado¹³ y a no poder abusar de su posición¹⁴.

En este sentido es también relevante que TESAU limite la cobertura geográfica de los servicios “X2+0705_A1” y “ADSL TOP” a aquellas centrales con operadores coubicados. Este hecho es diferencial a otras ofertas minoristas propuestas por TESAU, de carácter nacional. Una oferta nacional puede requerir del uso de un servicio de acceso indirecto en tanto que no exista una alternativa mayorista viable para los operadores alternativos en numerosas demarcaciones. Ahora bien, la modalidad mayorista del bucle de abonado es una opción efectiva en ámbitos geográficos más restringidos.

En consecuencia, se considera que las ofertas mayoristas existentes son suficientes para garantizar que las condiciones para emular las ofertas de TESAU que tienen los operadores alternativos son equitativas. De este modo, no resulta necesaria la creación de un servicio mayorista adicional y, por tanto, el análisis de replicabilidad de los servicios “X2+0705_A1” y “ADSL TOP” se realizará suponiendo el uso del acceso desagregado al bucle. En este sentido cabe destacar que la oferta de TESAU objeto del presente análisis se circunscribe a aquellas centrales en las que ya existe un operador coubicado, aunque podría haberse extendido a toda la planta de centrales abiertas a la coubicación y sin problemas de suministro de bucles desagregados o compartidos, sin perjuicio, en este caso, de la necesidad de ajustar el análisis realizado a dicha situación.

¹² Wanadoo Interactive, COMP/38.233, párrafo 315.

¹³ Caso Michelin.

¹⁴ Caso T-65/89, BPB Industries and British Gypsum, v Comisión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Análisis de precios de las ofertas “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”

Una vez asegurada la existencia de los elementos mayoristas necesarios para la prestación de las ofertas comunicadas, es preciso determinar si el precio propuesto por TESAU permite ser replicado con una remuneración suficiente de todas las actividades necesarias para su producción por parte de un operador alternativo.

El estudio de costes que acompaña a la presente Resolución trata de plasmar la situación real en la que se debe encontrar un operador alternativo eficiente que desee entrar a competir en la provisión de servicios de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ a muy altas velocidades.

El principal cambio que se observa con respecto a modelos de costes empleados en el análisis de replicabilidad de ofertas sobre tecnología ADSL básica, viene dado por la sustitución del nivel de transporte ATM por conectividad IP, mucho más eficiente en costes. En efecto, la provisión de servicios de acceso a Internet con tasas binarias de hasta 20 Mbit/s sólo puede plantarse por parte de un operador eficiente mediante el uso de DSLAM con conexión Gigabit Ethernet, que se puedan conectar directamente a la red IP troncal sin necesidad de etapa de conmutación ATM.

La provisión de servicios sobre ADSL2+ en ámbitos geográficos concretos impone la elaboración un análisis de costes particular, con diferencias sustanciales con respecto a estudios anteriormente elaborados por esta Comisión en el ámbito de ADSL. Dicho estudio ha de basarse en las siguientes premisas:

- El coste del acceso desagregado compartido, espacio de coubicación, y DSLAM se puede obtener del estudio de costes realizado por Arcome en 2002, y actualizado Elmco en 2004, que sigue siendo válido en lo que respecta a los costes incurridos en el tramo de prolongación de par, comprendiendo la coubicación y el equipo DSLAM (costes fijos independientes de la velocidad ADSL).
- La conexión entre el DSLAM y el backbone IP del operador se considera que es mayoritariamente de fibra óptica, asumiendo una utilización marginal del servicio de capacidad portadora. Un operador eficiente debe tender al uso de fibra óptica, si bien es razonable el empleo de capacidad portadora en nuevas centrales que se vayan incorporando a su cobertura, como solución interina en tanto no se haya desplegado fibra.
- Los costes del backbone IP se estiman en 10 euros mensuales por Mbit/s.
- En cuanto a los costes de salida a Internet asumimos que existen acuerdos de peering para el tráfico nacional, pero no así para el tráfico internacional. El coste estimado de salida a Internet internacional es el de mercado. El porcentaje de tráfico internacional es superior a lo que realmente supone el acceso a contenidos situados fuera de España, con lo que se trata de reflejar la situación en la que se encontraría el operador alternativo eficiente que estamos modelizando al no poder llegar a acuerdos de peering con todos y cada uno de los operadores nacionales.
- Sobre los costes de red se aplica un mark up por costes comunes del 10 %.
- El margen de operaciones se establece como una cantidad fija que representa tanto los costes comerciales de captación del cliente, marketing, y otros costes operativos como facturación y servicio post venta.

De acuerdo con dicho análisis preliminar, que se adjunta en el Anexo 2 [CONFIDENCIAL] se puede concluir que los precios comunicados por TESAU para



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estos servicios permiten la replicabilidad por parte de operadores alternativos que contraten el servicio mayorista de acceso desagregado al bucle.

Como complemento al análisis anterior, puede ser de interés valorar las ofertas de ADSL2+ propuestas por TESAU en comparación con productos similares comercializados tanto en España como en Europa por otros operadores.

Ofertas comerciales nacionales de ADSL2+

Con fecha 10 de agosto de 2005 en la página web de JAZZTEL podía leerse que *"adicionalmente le informamos que para su número de teléfono usted podrá contratar en el mes de SEPTIEMBRE * nuestra nueva oferta de hasta 20 Megas con llamadas nacionales gratis **".* Tal como se anunciaba por este operador en agosto, en septiembre se ha producido el lanzamiento de una oferta de ADSL con velocidad descendente hasta 20 Mbit/s, incluyendo llamadas nacionales gratis, con una cuota mensual de 29,95 euros (no incluye la cuota correspondiente a la línea telefónica de 12,95 euros/mes).

Asimismo, con fecha 17 de octubre de 2005 se podía ver anunciada en la página de WANADOO una nueva oferta de ADSL a 20 Mbit/s, con llamadas nacionales gratis, por una cuota mensual de 42 euros (incluyendo período de promoción hasta el 31 de enero de 2006, en que esta cuota queda reducida a 20 euros). Por tanto, en el mercado español ya existen productos cuyos precios pueden servir de referencia para los servicios ADSL denominados "X2+0705_A1" y "ADSL TOP". A la luz de los precios fijados por JAZZTEL y por WANADOO para sus servicios ADSL2+ a 20 Mbit/s, no puede inferirse que las cuotas propuestas por TESAU sean tan bajas que provoquen la salida del mercado de estos competidores y, por tanto, no son anticompetitivas.

Ofertas comerciales de ADSL2+ en otros países

La Comisión Europea en la Comunicación de Acceso¹⁵ hace referencia a la posibilidad de comparar precios aplicados en otras áreas geográficas a efectos de determinar si los precios aplicados por una empresa dominante son justos y competitivos¹⁶. En el gráfico incluido en el 3 [CONFIDENCIAL] se muestra como el precio por Kbps propuesto por TESAU se encuentra en consonancia con las ofertas vigentes actualmente en otros países.

En particular cabe hacer mención al caso francés, donde France Télécom cuenta con los productos Internet Pro Max, con una velocidad descendente de 8 Mbps a un precio de 39,18 euros/mes, e Internet Pro Max 2+ con una velocidad descendente de 18 Mbps a un precio de 43,36 euros/mes. Estos precios, como se comprueba en el gráfico incluido en el Anexo 3, son claramente inferiores al precio propuesto por TESAU. Cabe decir en relación con la comparativa de referencia que los costes subyacentes en el caso francés se entienden comparables a los existentes en España,

¹⁵ Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. (98/C 265/02).

¹⁶ Párrafo 109.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en tanto que la cuota para el bucle desagregado compartido se encuentra en torno a los 2,90 euros mensuales¹⁷ (tan solo 10 céntimos menos que en España).

c) Conclusión

Las ofertas comerciales “X2+0705_A1” y “ADSL TOP” notificadas por TESAU objeto del presente procedimiento son emulables a partir de los servicios mayoristas de desagregación de bucle ya existentes, teniendo en cuenta tanto su ámbito de aplicación, pues alcanzan a centrales ya cubiertas, como los precios propuestos.

No hay pues motivos para suponer que la oferta presentada afectará negativamente al desarrollo de la competencia en servicios de banda ancha, siempre y cuando no se produzcan incumplimientos por parte de TESAU de las condiciones reguladas de los servicios mayoristas, en cuyo caso, además de las correspondientes sanciones, podría resultar necesaria la adopción por parte de esta Comisión de medidas dirigidas a asegurar dicha emulabilidad real, en salvaguarda de la competencia, implementando en su caso, mecanismos de desagregación de bucle virtual.

Sexto. Respuesta a alegaciones

a) *Sobre precedentes en materia de ADSL2+*

ASTEL denuncia que en los informes de los Servicios de la CMT no se hace referencia a los precedentes pronunciamientos de esta Comisión respecto a tecnologías ADSL2+, en especial a la Resolución de 19 de mayo de 2005 en expediente DT 2005/418 sobre adecuación de la OBA a la elevación de velocidades ADSL. Solicita que se declaren nulos de pleno derecho dichos informes, redactándose unos nuevos y concediendo un nuevo plazo de audiencia a las partes.

Esta alegación de ASTEL parece obviar que en la citada Resolución de 19 de mayo de 2005 no se planteaba, como sucede ahora, el lanzamiento de nuevos servicios sobre ADSL2+. En efecto, lo que allí se discutía era la posibilidad de ofrecer con ADSL2+ las mismas modalidades que ya estaban siendo comercializadas por TESAU, de manera que determinadas líneas que tuvieran dificultades para soportar dichas modalidades con ADSL básico, pudieran hacerlo empleando en su lugar ADSL2+.

En aquella ocasión se exigió a TESAU garantizar que los operadores alternativos pudieran emplear esta tecnología de la misma forma en que TESAU la utilizara en sus servicios minoristas, para lo que simplemente se introdujo la posibilidad de utilizar ADSL2+ en las modalidades de GigADSL existentes. La problemática ahora planteada es radicalmente diferente por cuanto que no se trata de un mero cambio en la tecnología ADSL de determinadas conexiones, sino del planteamiento de nuevos productos comerciales en el nivel minorista.

b) *Sobre la disponibilidad de un servicio mayorista de ámbito nacional*

En sus alegaciones BT solicita la disponibilidad de una oferta GigADSL a nivel nacional que permita a los operadores alternativos, con un despliegue limitado de red

¹⁷ De acuerdo con la oferta del bucle de abonado francesa, en la página 32 se encuentra la cuota mensual del bucle, 1,80 euros/mes, a la que se debe sumar el coste del uso de splitters, que asciende a 1,10 euros/mes (página 69) para hacerlo comparable con la OBA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

propia o basada en desagregación, el lanzamiento de servicios ADSL2+ simultáneamente en todo el país.

Dicha petición no puede atenderse, al menos en el marco del presente expediente, por cuanto que respecto de las ofertas que ahora se trata, tanto TESAU como los operadores que ya están lanzando servicios sobre ADSL2+, como es el caso de JAZZTEL, lo están haciendo sin cobertura nacional, limitando el ofrecimiento a las conexiones potenciales desde determinadas centrales.

c) Sobre las condiciones que han de cumplirse para que una central se considere con capacidad operativa para ofrecer servicios

ASTEL solicita en sus alegaciones una redefinición de las condiciones exigibles para que una central se considere con capacidad operativa para competir con TESAU. En concreto, propone definirlas como aquéllas en las que hubiera al menos tres operadores establecidos con capacidad para operar, teniendo en cuenta sólo a los operadores presentes con acceso completamente desagregado, y que el número de bucles desagregados debiera alcanzar un cierto porcentaje mínimo del total de líneas ADSL. Adicionalmente estas centrales deberían disponer de espacio de coubicación para la incorporación de nuevos operadores (descartando la ubicación distante), un RPCA que no se encontrara en situación de saturación, y en las mismas no deberían haberse producido retrasos en más de un determinado porcentaje de los casos (ejemplo del 10 %) en la provisión de los servicios de OBA. En caso de dejar de cumplirse estos requisitos en una central, ASTEL considera que automáticamente debería quedar excluida de esta lista.

En lo que se refiere a las alegaciones sobre la definición de las condiciones que permiten concluir que una central se considere con capacidad operativa para replicar los servicios ADSL2+ propuestos mediante acceso desagregado, cabe contestar que en todas las centrales afectadas por la oferta de TESAU existe ya, al menos, un operador coubicado, lo que resulta indicativo de la capacidad de emulación de las ofertas.

La solución propuesta por ASTEL supondría condicionar su capacidad comercial y la configuración de su oferta al consumidor final, a la estrategia comercial de sus competidores, lo cual no resulta proporcionado con el bien jurídico que se pretende proteger.

d) Sobre el estudio de costes

ASTEL manifiesta no entender por qué han sido declarados confidenciales determinados datos que deberían reflejar los costes hipotéticos que tendría un operador alternativo. Cabe responder a esta alegación señalando que los datos que se ocultan en el estudio de costes son únicamente aquéllos que permiten identificar los detalles de la oferta comunicada por TESAU (fundamentalmente velocidades y precio), que esta Comisión entiende sensibles. El resto de hipótesis sobre costes se han mostrado a los interesados en el trámite de audiencia.

AUNA señala que la hipótesis de 10 euros/Mbps por el backbone IP resulta excesivamente reducida, aludiendo a costes de transmisión basados en el servicio de capacidad portadora. A esta cuestión ya se responde adecuadamente en el punto Cuarto de estos fundamentos de derecho.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

También se alega que las dificultades de la desagregación, antes y después de la cubrición, conllevan costes adicionales para los operadores, sobrecostes que, como ya se mencionaba en Resolución de la CMT de 21 de julio de 2005, se deberían tener en cuenta en el análisis de replicabilidad.

Efectivamente, en Resolución de la CMT de 21 de julio de 2005, en relación con el lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL 06/05 FxV”, se indica lo siguiente:

“Adviértase que el análisis anterior toma como referencia para estimar los costes de los operadores alternativos que hacen uso del acceso compartido al bucle regulado en OBA, únicamente los precios incluidos en dicha oferta. En este sentido, este análisis no toma en consideración los posibles sobrecostes en que pueden estar incurriendo los operadores alternativos como consecuencia de eventuales retrasos o deterioro de la calidad en el servicio ofrecido por TESAU.

No obstante, es esta una cuestión a determinar en función del resultado de los análisis sobre los incumplimientos detectados, cuyo impacto en los costes identificados en la OBA desborda el objeto de la presente resolución y tiene mas sentido en el actual expediente abierto sobre modificación de la OBA.

e) Sobre la posible discriminación en el nivel minorista

BT denuncia una posible discriminación al nivel minorista en el lanzamiento de servicios ADSL2+ por parte de TESAU. Cabe señalar, que, al igual que sucede con el lanzamiento por parte de otros operadores de productos de acceso a Internet sobre ADSL que hacen uso de ADSL2+, es esta nueva tecnología la que permite la aparición, si bien con una evidente limitación geográfica, de servicios superiores a los soportados con el ADSL básico. De este modo, el aprovechamiento por parte de TESAU de las ventajas que ofrecen estas nuevas tecnologías no puede en modo alguno verse como una discriminación frente a la configuración de sus ofertas actuales sino, en todo caso, como la paulatina canibalización de los productos actuales, derivada de la ganancia en eficiencia que se consigue con soluciones basadas en ADSL2+ e IP frente a ADSL básico y ATM. A mayor abundamiento, cabe añadir que la diferencia en precios no podría considerarse como una discriminación abusiva dada la justificación objetiva en términos de costes, como consecuencia de las ganancias de eficiencia que supone el uso de la tecnología ADSL2+.

En este sentido como ha quedado señalado en el fundamento cuarto, debe recordarse que uno de los objetivos de la liberalización es fomentar la innovación en beneficio de los usuarios.

f) Sobre el empaquetamiento de servicios ADSL2+ con Imagenio

AUNA plantea el supuesto de que TESAU comercialice un servicio de Imagenio sobre ADSL2+, procediendo al empaquetamiento de voz, difusión de televisión, vídeo bajo demanda y acceso a Internet sobre ADSL2+, y solicita se adopten medidas que limiten esta posibilidad.

La propuesta comunicada por TESAU no contempla el empaquetamiento con otros servicios de los productos “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”, y por tanto su análisis no es objeto de este expediente. En el caso en que TESAU proponga este tipo de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

empaquetamientos en el futuro, esta Comisión iniciará el oportuno procedimiento para el estudio de la esta cuestión.

h) Sobre la propuesta de ASTEL de someter la división de servicios minoristas de TESAU al procedimiento general de solicitud de acceso al bucle

Al contrario de lo afirmado por ASTEL esta Comisión entiende que esta propuesta, sí que constituiría una nueva obligación para TESAU y que debería imponerse, en su caso, en el marco de los procedimientos de análisis de mercados e imposición de condiciones regulatorias a los operadores con PSM.

Vistos los citados Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Primero. Esta Comisión no ha advertido la necesidad de paralizar en este momento la comercialización de los servicios de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ denominados “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”, provistos en las coberturas de las centrales propuestas por TESAU.

Segundo. TESAU remitirá mensualmente a esta Comisión, en los términos fijados en el resuelve séptimo de la Resolución de 31 de marzo de 2004, por la que se modificaba la OBA, la siguiente información:

- Número de clientes del servicio de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ denominado “ADSL TOP”, desglosados por centrales.
- Número de clientes del servicio de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ denominado “X2+0705_A1”, desglosados por centrales.
- Cobertura de centrales y concentradores donde TESAU esté en disposición de ofrecer servicios de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ como los denominados “X2+0705_A1” y “ADSL TOP”.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera