



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de julio de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE 7 DE OCTUBRE DE 2004, POR EL QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO COMO CONSECUENCIA DEL LANZAMIENTO POR TESAU DEL SERVICIO “ADSL A TU MEDIDA”.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de octubre de 2004, por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado, como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL a tu medida”, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. 27/05, la siguiente Resolución:

Resolución de 21 de julio de 2005, recaída en el expediente AJ 2004/1769.

HECHOS

PRIMERO. En fecha 7 de octubre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

oferta de acceso al bucle de abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio "ADSL a tu medida". La citada Resolución, acordaba lo siguiente:

"Primero.- Esta Comisión no ha advertido la necesidad de paralizar en este momento la oferta "ADSL a tu medida" presentada por Telefónica de España, S.A.U., en lo relativo a las siguientes configuraciones:

Configuración	Descripción	Precio
Contrato Base + Pack Fines de Semana	Incluye franquicia desde el viernes a las 21 horas hasta el lunes a las 8 horas + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches	Incluye franquicia de lunes a domingo desde la 21 horas hasta las 8 horas del día siguiente + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches + Pack Fines de Semana	Incluye franquicia los fines de semana y las tardesnoches + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	29,7 euros/mes

Segundo.- Por lo que se refiere a la configuración denominada "Contrato Base", cuyas características se muestran a continuación, Telefónica de España, S.A.U. deberá presentar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter previo a su comercialización, una propuesta de modificación del servicio mayorista GigADSL incluido en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado que permita a los operadores alternativos competir en condiciones de igualdad."

Configuración	Descripción	Precio
Contrato Base	Incluye 11 horas de navegación a consumir en cualquier horario	9,9 euros/mes

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2004, con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 7 de octubre de 2004, a la que se refiere el antecedente anterior.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la resolución impugnada, que considera contraria a derecho y lesiva para sus intereses, y sostiene que no es necesario realizar una modificación del servicio mayorista GigADSL, con carácter previo a la comercialización de las diferentes configuraciones de contratación, apoyándose esencialmente en la siguientes razones: (i) Se trata de una oferta perfectamente replicable por la configuración actual del mercado; (ii) la rentabilidad de la oferta ha de buscarse en su conjunto y no de forma individualizada; (iii) la comercialización de la oferta sería completamente factible puesto que los agentes alternativos ofrecen múltiples ofertas mucho más agresivas que la generada por TESAU que se centra únicamente en la incorporación inicial de nuevos usuarios al mercado de banda ancha que, en un futuro, podrán evolucionar a otras opciones.

En concreto, el recurso se fundamenta básicamente en los siguientes motivos:

1ª.- Sobre replicabilidad de la oferta.

TESAU manifiesta que, en su comunicación a la Comisión, llevó a cabo un análisis estimativo relativo a la situación actual del mercado de ADSL, según el cual los diferentes agentes del mercado de banda ancha tienen garantizada una pluralidad de servicios mayoristas que aseguran la prestación y elaboración de diferentes productos de conectividad, lo cual les permite dotar a su cadena de producción de la suficiente flexibilidad como para posibilitar una actuación con las mejores garantías en un mercado en competencia, sin riesgo de verse apartados del mismo.

Por tanto, considerando perfectamente viable la nueva configuración de opciones en torno a los servicios mayoristas existentes, *elaboró el conjunto de opciones del producto “ADSL a tu medida” para poder trasladar a los potenciales clientes la opción de irse incorporando al mercado de banda ancha, comenzando con productos de menor intensidad, para evolucionar en la medida que sus necesidades vayan aumentando.*

Para este operador, su oferta ha tratado de generar una complementariedad que permita incorporar nuevos clientes al mercado, facilitando a la vez su migración hacia opciones de consumo más intensivo, que posibiliten mantener el valor del mercado. Sostiene que ha pretendido ofrecer una política comercial activa que favorezca el desarrollo de la sociedad de la información.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2ª.- Sobre el análisis realizado de forma individual.

La entidad recurrente considera que el análisis individualizado de la oferta realizado por la Comisión, claramente perjudica a los posibles usuarios que deseen incorporarse al mercado de banda ancha y a TESAU en la medida que limita su capacidad de actuar en el mercado e innovar en la oferta de servicios. Añade que ningún operador elabora planes de negocio individualizados sino que se suele comercializar toda la gama de servicios de ADSL que conforman el conjunto de la oferta comercial. Por todo ello, manifiesta su desacuerdo con dicho análisis individualizado y considera *“que las propuestas deben ser analizadas en su conjunto, ya que la obtención de la rentabilidad por parte de otros agentes alternativos que quisieran replicarlas vendría dada por la obtención de una masa crítica adecuada, que debe ser incorporada mediante diferentes opciones del operador, todo ello bajo el cumplimiento de las normas de competencia.”*

3ª.- Sobre la existencia de multiplicidad de opciones y promociones en el mercado.

En la actualidad los diferentes participantes en el mercado han sido capaces de generar una oferta muy variada donde se ha intensificado una política de ofertas empaquetadas en el mercado de voz, por ello, para TESAU la opción de “Contrato Base” no es en absoluto una oferta que pueda ahogar otras ofertas del mercado, ni es un elemento diferencial como para romper el actual mercado de acceso conmutado a Internet.

TERCERO. Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 22 de noviembre de 2004, se cumplió el trámite de información previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a las entidades interesadas del recurso de reposición interpuesto por la entidad TESAU para que alegasen lo que estimasen conveniente.

CUARTO. Con fecha 1 de diciembre de 2004 se recibió en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de las entidades Uni2 Telecomunicaciones S.A.U. y Wanadoo España, S.L. (en adelante, Uni2 y Wanadoo respectivamente) instando la desestimación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicho escrito de alegaciones se expone básicamente lo siguiente:

1ª.- Sobre la posibilidad de emular la modalidad básica de “ADSL a tu medida”.

A juicio de Uni2 y Wanadoo, la modalidad básica del producto “ADSL a tu medida” se distancia de la estructura plana de la cuota mensual del servicio minorista sobre el que se efectúa el cálculo de *retail minus* que conduce a la determinación de precios del servicio mayorista GigADSL, optando por una estructura basada en el consumo facturado por tiempo.

Consideran un comportamiento anticompetitivo el hecho de que TESAU, como operador dominante que detenta una responsabilidad especial que consiste en no distorsionar ni restringir la competencia en el mercado, proponga un producto irreplicable y que no puede ser ofertado por ningún operador en el mercado por no consentirlo la estructura del servicio mayorista generalmente utilizado y el estado de implantación real de los diversos productos mayoristas.

En cuanto a lo manifestado por TESAU, en relación con que los agentes en el mercado *“pueden dotar a su cadena de producción de la suficiente flexibilidad”*, las entidades Uni2 y Wanadoo se remiten al análisis realizado por esta Comisión sobre el desarrollo de la oferta de desagregación de bucle de abonado de TESAU, por el que se afirma que *“al día de la fecha la mayoría de los operadores alternativos a TESAU cuentan todavía como servicio mayorista, el de acceso indirecto al bucle de abonado”*.

2ª.- Sobre el análisis realizado de forma individual.

Consideran fundado el análisis sobre el posible estrechamiento de márgenes efectuado por esta Comisión, de forma individual y no agregada, y citan al respecto la Resolución de 11 de noviembre de 2004 recaída en el expediente AEM 2004/1264¹, conforme a la cual *“(…) se ha optado por analizar la existencia de un estrechamiento de forma individual para cada producto con el objetivo de permitir que un nuevo entrante disfrute de un grado de flexibilidad tal que no tenga que replicar total, o en gran parte, el conjunto de productos ofrecidos por el operador dominante”*.

¹ En relación con la denuncia presentada por Wanadoo contra Terra por la promoción del producto “ADSL HOME” para el periodo comprendido entre el 13 de julio y el 13 de agosto de 2004 y por la oferta habitual del producto “ADSL HOME”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A su juicio un análisis de pinzamiento de precios que tuviera en cuenta todos los productos del operador dominante integraría, en si mismo, un vicio sustancial conducente a resultados erróneos e incompatibles con el fin perseguido.

3ª.- Sobre los empaquetamientos de servicios en la oferta de “algunos operadores alternativos”.

Uni2 y Wanadoo no comparten la relevancia que TESAU otorga a la intensificación de la política comercial de empaquetamientos de servicios, pues *“en nada desvirtúa la conclusión de esa Comisión de que la modalidad básica de la oferta no resulta replicable sin una previa modificación de al OBA”*. Opinan, además, que el principal empaquetamiento es el que realiza la propia TESAU entre el acceso y el servicio telefónico básico, siendo dominante en ambos mercados.

Y para finalizar, recuerdan que el test de pinzamiento de precios se realiza para determinar la emulabilidad de una oferta de un operador dominante y, que la afirmación de TESAU tendente a minimizar el impacto de la modalidad básica de “ADSL a tu medida”, magnificando otros productos que existen en el mercado son simples juicios de valor que se alejan de cualquier análisis jurídico riguroso y que deben ser desestimados.

QUINTO. El día 10 de diciembre de 2004 se recibió en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) al recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU, solicitando su desestimación.

En particular, se manifiesta básicamente lo siguiente:

1ª.- Consideraciones Generales.

ASTEL se reitera en las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia previo a la resolución recurrida y, solicita a esta Comisión que se tengan en cuenta en la resolución del expediente.

2ª.- Acerca de la replicabilidad de la oferta de “ADSL a tu medida”.

Con relación a la alegación de TESAU sobre que los diferentes agentes en el mercado de banda ancha tienen garantizado una pluralidad de servicios mayoristas que aseguran, la prestación y elaboración de diferentes productos de conectividad,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ASTEL considera que las ofertas que algunos operadores hacen a ISPs basadas en alquiler de bucle están en una fase muy inicial y, por cobertura y disponibilidad en volumen no permiten replicar en estos momentos la oferta minorista de TESAU.

A juicio de ASTEL, para que la replicabilidad fuera efectiva, se requeriría que los operadores alternativos formularan una oferta minorista basada en GigADSL con un tiempo de uso manifiestamente irreal. Además considera, que dicha oferta minorista al tener carácter prospectivo, sin base en datos reales, conllevaría un riesgo financiero extremo para las estrategias de negocio, sólo asumible por TESAU dado su volumen de negocio, su posición de dominio y su integración vertical en el mercado español.

Adicionalmente afirma que: *“TESAU intenta crear una situación de pinzamiento de precios grave, puesto que no es una promoción coyuntural, sino una estructura de precios que se pretende estable en el tiempo.”*

3ª.- Acerca del análisis individualizado de las diferentes opciones de la oferta “ADSL a tu medida”.

En relación con esta cuestión, ASTEL se muestra de acuerdo con lo establecido por esta Comisión en su Resolución de 11 de noviembre de 2004, relativa a la denuncia presentada por Wanadoo contra Terra por la promoción del producto “ADSL HOME” para el periodo comprendido entre el 13 de julio y el 13 de agosto de 2004 y por la oferta habitual del producto “ADSL HOME” (Expediente AEM 2004/1264), en la cual se opta por *“...analizar la existencia de un estrechamiento de precios de forma individual para cada producto con el objetivo de permitir que un nuevo entrante disfrute de un grado de flexibilidad tal que no tenga que replicar total, o en gran parte, el conjunto de productos ofrecido por el operador dominante. El objetivo último es permitir que la competencia no quede restringida por el conjunto de productos que ofrece el operador dominante...”*

ASTEL añade, que aún en una consideración global del mercado ADSL, la oferta de TESAU puede desequilibrar la competencia e imposibilitar a los operadores alternativos competir en igualdad de posibilidades.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 7 de octubre de 2004.

Segundo.- Competencia para resolver.

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

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición formulado por TESAU ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la replicabilidad de la oferta de “ADSL a tu medida”.

TESAU sostiene que no es necesario realizar una modificación del servicio mayorista GigADSL con carácter previo a la comercialización de la configuración “Contrato Base” de la oferta “ADSL a tu medida”, dado que dicha oferta es replicable en su conjunto.

Considera, como ya se puso de manifiesto en la resolución impugnada, que la combinación de las diferentes opciones mayoristas existentes (GigaADSL, compartido y desagregado) a disposición de un operador alternativo le permite replicar cómodamente el servicio ofertado por esta operadora.

En este sentido, y con carácter previo, cabe indicar que la Resolución de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de Telefónica de España, S.A.U. señala en su apartado III.13, rubricado “Revisión de Precios”, lo siguiente:

“En tanto no se lleven a cabo los análisis de mercados pertinentes (mercados 11 y 12 de la Recomendación de la CE), partimos de los análisis de competencia realizados en los diversos expedientes tramitados en la CMT, y asumimos que el acceso indirecto al bucle es complementario a los accesos desagregados (acceso totalmente desagregado y acceso compartido). En un reciente informe elaborado por encargo de la CE sobre los remedios a adoptar para los servicios de banda ancha^{2 2} se explica esta complementariedad de manera gráfica, indicando que se trata de peldaños de una misma escalera, que los operadores van ascendiendo a medida que despliegan infraestructura. El acceso de tipo bitstream (al que pertenece el GigADSL) se presenta como la opción más económica, y permite a los nuevos entrantes participar de las economías de escala del dominante. Estos servicios deben estar regulados con unos precios que estimulen a los operadores para seguir ascendiendo por la escalera 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. La clave de la fijación de precios para los servicios bitstream está pues en encontrar el equilibrio entre la competencia en servicios (primer peldaño) y la competencia en infraestructuras (siguientes peldaños). El citado informe también señala la importancia de tener en cuenta el riesgo asociado a las inversiones en accesos de

^{2 2} “Remedies for broadband services. Paper prepared for the DG InfoSoc”. Martin Cave, September 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

banda ancha, algo que puede traducirse en el empleo de tasas de retorno superiores a la media.

(...)

En línea con lo que se ha visto en apartados anteriores, y dado el peso y el compromiso inversor de los operadores de cable, parece razonable que el nivel de precios de los servicios GigADSL sea tal que contribuya a mantener esas inversiones permitiendo retribuir a sus recursos propios y ajenos.

(...)

La cuota mensual en OBA por conexión ADSL fue fijada por la CMT en julio de 2001 siguiendo la metodología retail-minus, que dejaba libertad a TESAU para decidir sobre el nivel de los precios minoristas; debe entenderse que con esta decisión de la CMT de no orientar a costes el servicio mayorista se permitió a TESAU continuar con esta política de precios minoristas elevados (posible beneficio a largo plazo para los usuarios en términos de precio, capacidad de elección y calidad), frente al beneficio a corto plazo que supondrían unos precios más reducidos.

No se pretende aquí juzgar cuál sería la estrategia más acertada de TESAU, sino simplemente analizar si se quiere que la regulación de los servicios mayoristas a través de la OBA afecte significativamente a esta estrategia comercial en un mercado al por menor en el que por el momento no se contemplan actuaciones regulatorias ex ante.

(...)

El método del retail-minus permite a los operadores alternativos competir con TESAU, incentivando a la vez el despliegue de infraestructuras alternativas. Asimismo, dificulta la aparición de pinzamientos de márgenes por parte de TESAU al vincular el precio mayorista al minorista, lo que resulta de gran interés si se tiene en cuenta que los servicios de TESAU no son deficitarios.

Otra ventaja de este mecanismo de fijación de precios es que resulta compatible con que TESAU ofrezca servicios ADSL sobre plataforma IP (englobados o no en Imagenio). En efecto, siempre que TESAU no varíe el precio minorista, el margen para que los demás puedan competir se mantiene inalterable. Solo en caso de que TESAU ofreciera precios minoristas inferiores en el ADSL sobre IP, habría que considerar la posibilidad de emplear este precio inferior en el cálculo del retail-minus.”

En base a los principios asentados en la citada Resolución de 31 de marzo de 2004, el Acuerdo de 7 de octubre de 2004, ahora recurrido, expone en su Fundamento de Derecho Tercero, relativo al análisis de la necesidad de modificación de la OBA, lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“En la Resolución de la CMT 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 estructuras de precios minoristas ADSL por parte de TESAU, y se determinaba el procedimiento a seguir para analizar si dichas estructuras de precios justificarían o no la necesidad de modificar la OBA.

Cabe recordar que la cuota mensual por conexión de línea de abonado en el servicio mayorista GigADSL está referenciada al precio minorista de TESAU. Por tanto, la introducción de una nueva estructura de precios de los servicios minoristas podría requerir la incorporación de los equivalentes precios mayoristas fijados mediante retail-minus.

(...)

En suma, no todas las modalidades de facturación que TESAU pueda introducir en el nivel minorista requieren necesariamente de su equivalente en el mayorista. Efectivamente, si una vez analizada la nueva modalidad minorista se concluye que es replicable con la oferta de GigADSL existente, en este caso no haría falta modificar la OBA. “

Ha de resaltarse, por tanto, que en la Resolución de 31 de marzo de 2004 se fijaron unos principios aplicables a la determinación de precios mediante *retail minus* y también al análisis de replicabilidad. Según la filosofía descrita en la citada Resolución, los servicios minoristas comercializados por TESAU deben ser replicables por un operador alternativo eficiente que utilice únicamente el servicio mayorista GigADSL incluido en la OBA. Por consiguiente, ni en la determinación del precio mayorista de la cuota mensual por conexión en GigADSL mediante *retail minus*, ni en los análisis de replicabilidad, se tienen en cuenta los mayores márgenes que pueden conseguir los operadores alternativos que hacen uso del acceso desagregado al bucle o que despliegan red de acceso propia.

Es evidente que en la prestación de servicios minoristas de banda ancha cada operador tiene una situación particular en cuanto a la distribución de sus clientes entre el acceso indirecto al bucle, el acceso desagregado (compartido o completamente desagregado), y el uso de red propia. No obstante, el planteamiento del *retail minus* tiene como objetivo garantizar que un operador alternativo eficiente pueda competir con TESAU en el mercado minorista de banda ancha haciendo uso únicamente del servicio mayorista GigADSL. Con ello se garantiza que el mercado minorista de banda ancha evolucione hacia la competencia efectiva, a la vez que se mantiene el incentivo de los operadores alternativos para avanzar en la escalera de la inversión, con lo que consiguen pasar desde un margen ajustado a un potencial mayor margen positivo, con la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ventaja adicional de poder diferenciarse de los servicios comercializados por TESAU y otros competidores.

Asimismo, y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es preciso hacer notar, que el mercado de los servicios de ADSL es un mercado dinámico, en constante evolución, que se encuentra en plena expansión. Ello exige de esta Comisión un esfuerzo adicional que le permita adecuarse o ajustar sus criterios a las circunstancias concretas del mercado en cada momento, esto es, su intervención debe siempre resultar acorde con el nivel de evolución de dicho mercado.

De hecho, así ha sucedido en la Resolución de 14 de marzo de 2005, sobre el lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL 12/04” de facturación por volumen. En efecto, en el momento de adoptarse esta resolución, marzo de 2005, la Comisión estimó que el análisis de replicabilidad debía tener en cuenta a un teórico operador alternativo eficiente que hiciera uso no sólo del servicio GigADSL, sino también del acceso desagregado al bucle.

Las razones que han justificado que la Comisión tuviera en cuenta la promediación, de ambos costes mayoristas quedan suficientemente explicadas en la referida Resolución de 14 de marzo de 2005, a partir de las circunstancias actuales del mercado de banda ancha y del proceso de desagregación del bucle de abonado³. Concretamente, esta cuestión se analiza en detalle dentro del punto Segundo de los Fundamentos de Derecho, en donde se indica:

“(...) 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.”

³ En octubre de 2004, los operadores alternativos habían desagregado aproximadamente 80.000 bucles, mientras que a 31 de enero de 2005, existían ya en España 126.812 bucles desagregados. En cambio, en el momento de adoptarse la resolución impugnada los datos que se manejan indicaban que sólo estaban desagregados 58.295 bucles.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, esta solución adoptada sólo unos meses después, no puede ser extrapolada a la situación en que se encontraba el mercado en el momento de adoptarse la resolución recurrida. Efectivamente, aun en el caso de promediar los costes de GigADSL y de acceso desagregado en la oferta a que se refiere la resolución impugnada, teniendo en cuenta el uso real que se hacía de tal acceso desagregado en agosto de 2004, es decir, con los datos de la situación real disponible en el momento de dictarse la misma, se obtendría que la proporción que representaban las líneas desagregadas sobre el total de líneas ADSL minoristas de operadores alternativos soportadas en infraestructura ADSL de TESAU era del 11,31 %. Por lo que, tampoco siguiendo los criterios asentados en la posterior Resolución de 14 de marzo de 2005, la configuración Base de la oferta ADSL a tu medida sería replicable.

A la vista de las consideraciones anteriores, no pueden ser admitidas las alegaciones vertidas por TESAU en el presente motivo de impugnación.

Segundo.- Sobre el análisis individualizado o en conjunto de las diferentes configuraciones y ofertas.

Para TESAU el análisis de replicabilidad debe afectar a la oferta en su conjunto en lugar de hacerlo respecto de cada una de las configuraciones de manera individualizada. Afirma que ningún agente va a elaborar planes de negocio individualizados para cada configuración, sino que se va a comercializar toda la gama de servicios de ADSL. Asimismo, sostiene que el análisis realizado de forma individual perjudica tanto a los posibles usuarios que deseen incorporarse al mercado de banda ancha, como a TESAU en la medida en que limita su capacidad de actuar en el mercado e innovar la oferta de servicios.

Frente a lo alegado por TESAU, cabe señalar que no es correcto afirmar que no se ha tenido en cuenta el hecho de que los operadores alternativos presenten una cartera de productos minoristas de ADSL compuesta por diferentes ofertas y configuraciones.

Efectivamente, dicha variedad de productos se considera a la hora de estimar el ancho de banda que se reserva para cada configuración del servicio ADSL minorista. De esta forma, el hecho de la complementariedad en la carga de red permite que aquellas ofertas que se ubican en ventanas horarias correspondientes a momentos en que la red está menos cargada se beneficien del uso de recursos de red ociosos. Como consecuencia, las configuraciones que promuevan la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conexión durante horas de menor carga en la red tienen asociada una reducida reserva de ancho de banda que a la postre minora los costes en que debe incurrir el operador alternativo para dar el servicio. En este sentido, esta reducción en la reserva de Kbit/s puede hacer que una configuración minorista pueda dar un resultado positivo en el análisis de replicabilidad que no podría lograrse si en la reserva de ancho de banda no se tuviera en cuenta este efecto.

Sin embargo, de lo anterior no puede derivarse como pretende TESAU que unas configuraciones con un alto margen positivo se compensen con otras configuraciones con margen negativo, de manera que como resultado agregado se obtenga que una determinada oferta conjunta de productos ADSL es replicable. Esto es así, porque la propia filosofía del sistema de fijación de precios *retail minus*, que permite a los operadores alternativos competir con TESAU, provoca que en ningún caso el operador alternativo vaya a tener un excesivo margen positivo.

En consecuencia, no pueden aceptarse configuraciones particulares de ADSL minorista comercializadas por TESAU, como es el caso de la denominada “Contrato Base”, en las que exista un margen negativo para el operador alternativo que hace uso del servicio mayorista GigADSL, pretendiendo que el análisis de replicabilidad se haga sobre el conjunto de la oferta “ADSL a tu medida” a la que pertenece dicha configuración “Contrato Base”.

A ello cabe añadir, como ponen de relieve Uni2, Wanadoo y Astel en sus alegaciones, que la finalidad de un análisis individualizado es impedir que la competencia quede restringida por el conjunto de productos ofertados por el operador dominante.

Así se indica en la citada Resolución de 11 de noviembre de 2004, relativa a la denuncia presentada por Wanadoo contra Terra por la promoción del producto “ADSL HOME” para el periodo comprendido entre el 13 de julio y el 13 de agosto de 2004, así como por la oferta habitual del producto “ADSL HOME”, en la que se opta por:

“(...) analizar la existencia de un estrechamiento de precios de forma individual para cada producto con el objetivo de permitir que un nuevo entrante disfrute de un grado de flexibilidad tal que no tenga que replicar total, o en gran parte, el conjunto de productos ofrecido por el operador dominante. El objetivo último es permitir que la competencia no quede restringida por el conjunto de productos que ofrece el operador dominante...”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, lo anterior no significa, como pretende la recurrente, que se esté limitando su capacidad de actuar en el mercado e innovar la oferta de servicios, pues la única limitación que le viene impuesta a este operador se deriva de su posición en el mercado que le impide comercializar ofertas que no son compatibles con los principios del Derecho de la competencia, al no poder ser debidamente replicadas por los operadores alternativos.

Por cuanto antecede, procede desestimar las alegaciones de TESAU analizadas en el presente motivo de impugnación.

Tercero.- Sobre la existencia de multiplicidad de opciones y promociones en el mercado.

Como tercer motivo de impugnación TESAU sostiene que existen ofertas más variadas y atractivas en el mercado que la opción “Contrato Base” por lo que no es, en absoluto, una promoción que pueda ahogar a otras.

Sin embargo, como ha manifestado esta Comisión en otras ocasiones, no puede aceptarse este argumento cuando existen problemas de replicabilidad, aunque si se tengan en cuenta como indicador de la competencia que afronta el operador dominante.

En este sentido, cabe recordar que la Comisión Europea en el caso Wanadoo Interactive⁴ puntualiza que si bien no puede negarse a un operador dominante su capacidad para competir y proteger sus intereses comerciales, este razonable derecho a preservar tales intereses debe conjugarse con la obligación que incumbe a toda empresa dominante de evitar comportamientos que distorsionen la competencia efectiva en el mercado.

Por tanto, las ofertas que TESAU pueda comercializar están limitadas por las obligaciones que como operador dominante le impone el Derecho de la competencia, entre ellas, la de introducir los cambios precisos que permitan a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de este operador.

Consecuentemente con lo anterior, se han de rechazar las alegaciones realizadas por TESAU en este motivo de impugnación.

⁴ Wanadoo Interactive, COMP/38.233, párrafo 315.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 7 de octubre de 2004, por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado, como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL a tu medida”, por estar plenamente ajustada a derecho.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma podrá 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illeras