



## **COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 19 de septiembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

### **RESOLUCIÓN SOBRE LA COMISIÓN DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA POR PARTE DEL GRUPO TELEFÓNICA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS ADSL MINORISTAS (OM 2001/5678)**

#### **I. ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.- APERTURA DEL PROCEDIMIENTO.** Mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión de fecha 8 de noviembre de 2001, se dictó Resolución por la que se resolvía el recurso de reposición presentado por Retevisión S.A.U. contra la resolución de la CMT de fecha 5 de julio de 2001 relativa a las medidas cautelares dictadas dentro del expediente MTZ 2001/4935 sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de Telefónica de España, S.A.U con objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia.

En dicha Resolución se acordaba, entre otras cuestiones, iniciar de oficio el correspondiente procedimiento para la determinación de la existencia de presuntas prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL minoristas.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Segundo.- COMUNICACIONES DE APERTURA A LAS ENTIDADES CON INTERESES EN EL PROCEDIMIENTO.** En el marco de la habilitación competencial conferida por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como del Reglamento de la Comisión de las Telecomunicaciones, y conforme a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), esta Comisión, mediante escritos de fecha 27 de noviembre de 2001, puso en conocimiento de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U, de TERRA NETWORKS ESPAÑA S.A y TELEFÓNICA DATA ESPAÑA S.A., (en lo sucesivo TESAU, TERRA y T.DATA, respectivamente) así como del resto de operadores que comercializan servicios de ADSL, que en virtud del acuerdo de 8 de noviembre de 2001, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

**Tercero.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A LOS INTERESADOS.** En el marco de la tramitación iniciada en su momento por la CMT, y acogiéndose a la habilitación competencial antes mencionada, así como a lo dispuesto en la LRJPAC, y a lo previsto por el artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, esta Comisión dirigió a TESAU, TERRA y TELEFÓNICA DATA sendos requerimientos de información, a fin de disponer de los necesarios elementos de juicio.

**A)** Concretamente, a TESAU se le solicitó la remisión de la siguiente información:

- Respecto de la prestación del servicio ADSL mayorista:
  1. Relación de todas y cada una de las facturas libradas por la prestación del servicio ADSL mayorista tanto a Telefónica Data como a Terra
  2. Relación de todas y cada una de las facturas libradas por la prestación del servicio ADSL mayorista a Retevisión S.A., BT Telecomunicaciones S.A., Loop Telecom S.A., Jazztel Telecomunicaciones S.A. y Comunitel Global S.A.
- Con respecto de la prestación de servicios ADSL minoristas:
  3. Características (con inclusión de precios, descuentos y demás promociones) de la oferta de TESAU de servicios ADSL minoristas a clientes finales, desde el comienzo de su actividad hasta el día 15 de diciembre de 2001, señalando todas las variaciones experimentadas en la misma y con indicación del momento temporal en que se introdujeron.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4. Política de comercialización de la oferta de servicios anteriormente mencionada. Deberá remitirse aquella documentación concerniente a instrucciones de comercialización de servicios ADSL minoristas en posesión de TESAU.
5. Número de clientes finales de servicios ADSL minoristas obtenidos por TESAU desde el comienzo de su actividad hasta el día 15 de diciembre de 2001.

**B) A TELEFONICA DATA y a TERRA se les requirió para que remitiesen la siguiente documentación:**

1. Características (con inclusión de precios, descuentos y demás promociones) de la oferta de servicios ADSL minoristas a clientes finales, desde el comienzo de su actividad hasta el día 15 de diciembre de 2001, señalando todas las variaciones experimentadas en la misma y con indicación del momento temporal en que se introdujeron.
2. Política de comercialización de la oferta de servicios anteriormente mencionada.
3. Número de clientes finales de servicios ADSL minoristas obtenidos desde el comienzo de su actividad hasta el día 15 de diciembre de 2001.
4. Estructura de ingresos y costes prevista para el ejercicio 2001.
5. Relación de los ingresos agregados percibidos por la prestación del servicio ADSL minorista, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero hasta el día 15 de diciembre del año 2001, señalándose tanto los ingresos recurrentes como los no recurrentes.
6. Relación de los costes directos en los que han incurrido en la prestación del servicio ADSL minorista a clientes finales.
7. Número de líneas del servicio ADSL mayorista contratadas a 15 de diciembre de 2001 y evolución numérica y mensual de las mismas desde el 1 de enero de 2001 hasta el referido 15 de diciembre.

**Cuarto.- AMPLIACIONES DE PLAZO.** Los interesados requeridos solicitaron una ampliación del plazo inicialmente fijado para la contestación de los anteriormente referidos requerimientos, ampliación ésta concedida en su momento por el plazo máximo legalmente contemplado de 5 días, periodo a partir del cual se recibieron alegaciones previas del Grupo Telefónica, que después fueron completadas y/o ampliadas en la cumplimentación del trámite de audiencia.

Asimismo, en fecha 30 de enero de 2001 se procedió a comunicar a los interesados en el expediente la ampliación del plazo para su tramitación hasta seis meses, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con posterioridad, fue comunicada a TESAU la incorporación al presente procedimiento de la documentación que dicha operadora aportó en el seno del expediente MTZ 2001/4038, referida a su estructura de ingresos y costes respecto de la prestación del servicio ADSL.

**Quinto.- CONTESTACIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN.** El 18 de enero de 2002 se recibió en esta Comisión la contestación de TESAU al requerimiento de información antes mencionado, destacando junto con el mismo la formulación de las siguientes alegaciones:

- 1.- Se alega incompetencia de la CMT para conocer de las presuntas prácticas de abuso de posición de dominio, indicando la exigencia de que la CMT se abstenga de calificar conductas de TESAU como contrarias a la libre competencia, dando por reproducidas sus alegaciones sobre la incompetencia de la CMT en esta materia en los términos establecidos en los expedientes AJ 2001/5172 y MTZ 2001/5290.
- 2.- Se mantiene la imposibilidad de identificar posición de dominio alguna del Grupo Telefónica en un supuesto mercado ADSL minorista. A tal efecto se manifiesta que para determinar la existencia de una posición de dominio, primero debe identificarse el mercado de referencia. Conforme a ello, TESAU identifica el mercado de referencia como «el mercado de servicios de acceso a Internet»; de la misma manera, niega la existencia de un mercado autónomo de servicios minoristas ADSL o de un mercado independiente de servicios de acceso a Internet mediante tecnologías ADSL.
- Se indica el alto grado de sustituibilidad tanto de la oferta como de la demanda en este mercado emergente y de gran crecimiento, así como la expugnabilidad del mismo, al no existir barreras de entrada relevantes. De la misma manera, TESAU considera la posibilidad de que en el medio plazo se pudiera generar un mercado vinculado a las tecnologías de banda ancha, pero negando su identificación a día de hoy.
- TESAU considera que ninguna empresa del grupo Telefónica disfruta de posición de dominio en el mercado definido como de los servicios de acceso a Internet, basándose para ello tanto en la Resolución de esta Comisión en el expediente *Terra/Lince* de 8.11.00 como en el Informe Anual del año 2000.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Finalmente, tras citar diversas Resoluciones tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia como de la Comisión Europea, concluye señalando que el mercado de referencia *“deberá ser definido como el mercado de los servicios de acceso a Internet, sin diferenciación de tecnologías”*.

**3.-** TESAU considera que sus actuaciones con respecto de T.DATA y TERRA no son discriminatorias. Niega que haya prestado a estas empresas servicios o facilidades técnicas, económicas, operativas o comerciales relacionadas con el acceso indirecto al bucle de abonado en condiciones más favorables que al resto de operadores.

- TESAU expone que la CMT debe identificar y razonar aquellos hechos que supongan que TESAU ha actuado de forma discriminatoria con respecto de cualquier operador o que haya negado cualquier prestación que si haya dado a TERRA o T.DATA.
- Menciona que la situación regulatoria actual impide *de facto* la posibilidad de que se generen este tipo de actuaciones, al imponerse a TESAU toda una serie de obligaciones encaminadas a asegurar un tratamiento análogo con respecto de todos los operadores. Es más, considera que la CMT debe respetar el principio de presunción de inocencia, recordando a tal efecto que la relación causal entre indicios y pruebas debe estar suficientemente razonada, en relación con la utilización por parte de la CMT de la prueba indiciaria.

**4.-** TESAU niega la existencia de subvenciones cruzadas entre ella y T.DATA o TERRA. Mantiene que la pertenencia de estas empresas a un mismo grupo no debe implicar por ello la generación de subvenciones cruzadas. A tal efecto, se hace eco de la definición de subvención cruzada recogida por la Comisión Europea y la propia CMT para afirmar la inexistencia de distorsión alguna de la competencia que debiese ser corregida por la CMT.

- Señala TESAU una relación de circunstancias que permiten negar supuestos abusos de posición de dominio derivados de prácticas de subvenciones cruzadas *intragrupo*:
  - Las empresas tienen personalidades jurídicas distintas
  - Están sometidas a condiciones y precios regulados
  - Los precios están orientados a costes
  - La facturación es transparente y responde a la contraprestación de servicios debidamente soportados contractualmente.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por tanto, a juicio de TESAU, existen una serie de presunciones derivadas de la normativa sectorial, que invitan a eludir la generación de este tipo de prácticas anticompetitivas.
- Asimismo, TESAU recuerda que tras la transferencia de la red IP por la prestación de acceso IP en banda ancha, su actuación ha sido debidamente remunerada en función del valor económico del servicio prestado.
- De otra parte, manifiesta llevar a cabo una labor de agencia a favor de TERRA en lo respectivo a la promoción de la venta de servicios ADSL minorista, labor remunerada en condiciones de mercado.
- TESAU señala que no cabe inferir gratuitamente que desde su posición de dominio en el mercado del ADSL mayorista estuviese financiando, directamente, los servicios minorista del resto de empresas del grupo Telefónica, tal y como señalaba RETEVISIÓN.

**5.-** TESAU sostiene que no procede la aplicación de los criterios y principios reconocidos en Derecho de la Competencia sobre pinzamiento de márgenes. Considera que esta figura, proveniente del Derecho de la Competencia, no tiene aplicación a la política comercial de las empresas del grupo Telefónica. Manifiestan carecer de margen de maniobra, tanto en el segmento mayorista como el minorista, para poder efectuar con eficacia una política de estrangulamiento o pinzamiento de márgenes.

- Señalan que no cabe imputar un abuso de posición de dominio sin identificar en la esfera de TESAU el ejercicio de su libertad empresarial. Así, tras citar diversa doctrina de la Comisión Europea, concluye indicando que «cuando la intervención estatal reviste un carácter imperativo, dicha intervención tendrá por efecto absolver a la empresa de toda responsabilidad respecto del art.6 de la Ley de Defensa de la Competencia», y ello referido al hecho de que los precios ADSL mayoristas están sometidos regulatoriamente a límites máximos. En consecuencia, dado el escaso margen de maniobra del que dispone TESAU y del hecho de poder disminuir únicamente esos precios al estarle prohibido regulatoriamente aumentarlos, resulta imposible imputarle una práctica de “*price squeezing*.”



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- TESAU mantiene que el hipotético estrangulamiento de márgenes ya habría sido evitado mediante la adopción de las medidas cautelares en las que se impone una disminución de los costes de acceso y la fijación para los servicios ADSL Minorista de TESAU. En ese sentido, la propia CMT en su Resolución de 8.11.01 habría utilizado como motivo de desestimación del recurso de Retevisión el hecho de que el pinzamiento de márgenes ya fue evitado con la adopción de las medidas cautelares de 5 y 26 de julio de 2001. Con la aplicación del método del *retail minus* se evitó el pinzamiento de márgenes entre los precios finales propuestos por la propia TESAU y el precio que se cobra a los operadores competidores por el suministro del servicio y acceso a la red.
- Se insiste en que la Administración ya ha valorado previamente la rentabilidad y viabilidad de la oferta de TESAU minorista con motivo de la aprobación de los precios de esta oferta publicada el 8 de agosto de 2001. En razón de lo cual, concluye que toda oferta, sea del grupo Telefónica o no, que se asemeje a lo aprobado para TESAU no podrá ser utilizada para ilustrar un hipotético pinzamiento de márgenes.

**6.-** El efecto de la entrada de TESAU en el mercado al nivel de los servicios ADSL minorista ha sido el de aumentar el mismo, a la luz de los datos que se aportan al escrito de alegaciones. En ese sentido, TESAU lleva a cabo un análisis del comportamiento de los principales operadores que compiten con ella, concluyendo que:

- El crecimiento del mercado es más acusado desde el momento en que TESAU comienza a prestar servicios ADSL finales.
- Que la tasa de crecimiento mensual del grupo Telefónica es inferior al equivalente de los operadores competidores.
- Que aparecen multitud de ofertas para los consumidores finales, antes inexistentes.
- La cuota de mercado de los proveedores de servicios finales ha aumentado un 50% respecto de las cifras de agosto de 2001.
- Y que el mayor crecimiento de sus competidores se produce en aquellos que utilizan el servicio Megavía ADSL de T.DATA, que implica menos inversión en red y disminución de costes fijos iniciales.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Sexto.- CONTESTACIÓN DE TERRA NETWORKS S.A. AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN.** El día 21 de enero de 2002 tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TERRA por el que procedía a dar cumplimiento al requerimiento de información formulado con anterioridad. Junto con la documentación aportada al requerimiento, TERRA procede a presentar las alegaciones que sucintamente se recogen a continuación:

1.- TERRA sostiene como primera alegación la carencia de atribuciones de la CMT para conocer de presuntas prácticas de abuso de posición de dominio. Según pone de manifiesto TERRA, da por reproducidas a los efectos legales oportunos las alegaciones sobre la incompetencia de la CMT en los mismos términos contenidos en el expediente ME 2000/2994.

2.- Con relación al mercado afectado por las conductas del grupo Telefónica y su posicionamiento en el mismo, TERRA considera que el mercado afectado sería el de la provisión de servicios de acceso a Internet sin distinguir tecnología alguna. En sus alegaciones indica la existencia en el mercado de productos y servicios intercambiables o sustituibles con el ADSL, ya sea por características técnicas, precios o uso de los mismos. En esta segunda alegación, citando jurisprudencia Comunitaria, TERRA resalta que en lo relativo a la situación de competencia en un mercado, hay que tener en cuenta factores como el número y fuerza de los competidores, sus cuotas de mercado, los precios y las barreras de entrada que, en su caso, pudieran presentarse.

- Con respecto a los competidores, TERRA señala que en el mercado de acceso a Internet existen diversos grupos empresariales de similar importancia.
- Con respecto a las cuotas de mercado, TERRA indica que a 31 de diciembre de 2000 poseía un 31% en términos del número total de usuarios (tres millones doscientos mil) y un 11% en términos de ingresos por proveedores de servicio a Internet. Por ello, ni TERRA ni el grupo Telefónica disfruta de posición de dominio alguna, en relación con el mercado definido como de acceso a Internet, según consta en la Resolución de esta Comisión en el expediente *Terra/Lince* de 8.11.00.
- TERRA incide en señalar las altas tasas de crecimiento de la demanda de acceso a Internet, para afirmar que cualquier conducta presuntamente anticompetitiva que pudiera generarse en este mercado, ya sean pinzamientos de márgenes o precios predatorios, no sería apta para generar una restricción en el mismo, toda vez que dicha práctica sería neutralizada por el propio dinamismo del mercado.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Finalmente, la segunda alegación concluye destacando que las presuntas prácticas identificadas en el expediente AJ 2001/4935 no son susceptibles de generar barreras de entrada a nuevos actores por la expugnabilidad del mercado y sus altas tasas de crecimiento.

**3.-** TERRA no ha disfrutado de trato privilegiado alguno por parte de TESAU o de T.DATA.

- Se señala expresamente que «no cabe derivar en ningún caso situación favorable alguna que pudiera tener como objeto o por efecto otorgar una ventaja artificial a TERRA que le permitiera obtener un mejor posicionamiento competitivo en la prestación de sus servicios con tecnología ADSL».
- En esta alegación, la operadora pone de manifiesto que su relación contractual con T.DATA se mantuvo hasta el mes de septiembre de 2001, fecha a partir de la cual sustituyó el servicio Megavía ADSL de ésta última por el servicio de acceso IP en banda ancha, prestado en este caso por TESAU. Las condiciones económicas del servicio referido «son acordes con el valor económico de estas dos facilidades que presta TESAU: el acceso indirecto al bucle con tecnología ADSL y el servicio de transporte IP».
- Asimismo, TERRA manifiesta en esta alegación que esta operadora presta un servicio de intermediación para el suministro de equipos ADSL, mientras que de otra parte, TESAU llevaría a cabo «labores de promoción y venta de servicios ADSL» enmarcadas en una relación contractual con una remuneración económica razonable y ajustada a precios de mercado, en las que no cabría identificar privilegio o subvención artificial susceptible de crear supuestos anticompetitivos. En ese sentido, TERRA indica que «la utilización del canal de ventas de TESAU a los efectos de promover la venta de los productos ADSL de mi representada responde a una situación libremente pactada por las partes, conforme a criterios de mercado, debidamente soportada contractualmente y sin efecto alguno anticompetitivo en el mercado».

**4.-** No cabe identificar un supuesto de estrangulamiento de márgenes en la oferta de servicios ADSL del grupo Telefónica. Considera TERRA que no es posible aplicar la figura de los “precios tijeras” a una estructura de precios vigente en el mercado y utilizada por todos los operadores que prestan servicios ADSL minoristas. Además de aportar una definición doctrinal del concepto, TERRA entiende que no concurren los elementos para atribuir por parte de esta Comisión, una conducta anticompetitiva en forma de “precios tijeras”.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La oferta de servicios minoristas ADSL de TERRA es análoga en cuanto a su estructura de precios a la aprobada administrativamente para TESAU. A TERRA, «igual que al resto de operadores, no le ha quedado más remedio que alinear su oferta con la de TESAU ya que en otro caso, perderían cuota de mercado».
- Considera que su eficiencia empresarial cabe deducirla del propio mercado: otros operadores tienen ofertas similares, accediendo a servicios mayoristas ADSL en condiciones transparentes, no discriminatorias y a los mismos precios.
- Afirma que la replicabilidad y similitud de ofertas en el mercado de acceso a Internet supone que los usuarios son conscientes de la multiplicidad y diversidad de operadores existentes. Sostiene TERRA que esta equivalencia de precios finales y de ofertas promocionales, no lleva implícita dificultad para distinguir entre las diversas operadoras presentes en el mercado. En definitiva, las tres empresas del grupo Telefónica «están actuando en el mercado de la prestación de acceso a Internet como verdaderas competidoras, presentando sus ofertas de manera independiente e identificándose muy claramente como entidades prestadoras distintas y con ofertas diferentes frente al consumidor final».
- De otra parte, TERRA declara carecer de posición de dominio en el mercado de la prestación de servicios minoristas ADSL. El disminuir los precios en el mercado minorista exigiría, a juicio de TERRA, disfrutar de posición de dominio en ese mercado, ya que de lo contrario, el resto de empresas no estarían obligadas a disminuir sus precios para replicar la oferta más barata; en otras palabras, la posibilidad de actuación con independencia de los competidores. De ello se deriva la necesidad de que exista una posición de dominio para que la bajada de precios genere una conducta susceptible de ser considerada anticompetitiva.
- TERRA reconoce haber rebajado sus precios, siguiendo las tendencias del mercado provocadas por las decisiones administrativas al fijar los precios de los servicios ADSL minoristas de TESAU. Sin embargo, puede demostrar que su plan de negocio es viable, siendo similar en cuanto a la estructura de costes, al del resto de la competencia.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**5.-** No cabe calificar de conducta predatoria a las actuaciones de TERRA en la prestación de sus servicios de ADSL. Para ello, en esta alegación la operadora ofrece una definición del concepto de predación, así como lo que la Doctrina y la jurisprudencia entienden como una conducta calificable de predatoria. Así, se cita la Resolución del TDC de fecha 21 de enero de 1999, en el *Asunto BT/Telefónica*, concluyendo la operadora que «la esencia de la predación se encuentra así en el sacrificio de los beneficios a corto plazo con el fin de expulsar a los competidores para poder después elevar dichos precios por encima de lo competitivo».

- En materia de precios predatorios, resulta fundamental determinar cuándo un precio es excesivamente bajo. Para ello, y utilizando jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), TERRA considera que para que se generen prácticas de precios predatorios, «es imprescindible que la empresa que lo realiza tenga posición de dominio en su mercado, se produzca una disminución de los precios finales por debajo de los costes medios variables y que la conducta tenga como fin expulsar a los competidores del mercado».
- TERRA pone de manifiesto que el precio de su cuota mensual es superior al de otros competidores como YA.COM, ERESMAS, etc., hecho que avala el que TERRA no incurra en pérdidas que hiciesen inviable su plan de negocio. Estas circunstancias revelan, a juicio de la operadora, que el mercado en el que están los ISP,s no es propicio para la predación de precios.
- TERRA cita diversas Resoluciones, tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia, como de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, para indicar los elementos necesarios para constatar prácticas de precios predatorios. Conforme con ello, señala la inexistencia de “switching cost”, al no existir barreras para que los usuarios cambien de operador.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- TERRA mantiene que «es un hecho comprobable que desde que TESAU irrumpió en el mercado minorista como un nuevo competidor, el mercado de los ISP,s ha crecido y se han multiplicado el número de ofertas similares de los competidores. Por otra parte, si la conducta tuviese como finalidad reforzar la posición de TESAU en el mercado ascendente, no podría olvidarse que precisamente debido a la posición de la empresa como proveedor exclusivo de GigADSL, su posición se vería reforzada con independencia del ISP que promocionase el servicio de acceso a Internet con tecnología ADSL, no siendo necesario utilizar como instrumento para ello a los ISP,s del grupo Telefónica».
- TERRA, basándose en jurisprudencia Comunitaria y del T.D.C., señala que la predación requiere de intencionalidad, es decir, el fin claro y evidente de expulsar a los competidores del mercado, manifestando a continuación que no ha intentado con sus prácticas comerciales eliminar a sus competidores sino emular a los mismos efectuando reducciones del precio de venta al público. Y además puede verificarse de la documentación aportada cómo los ingresos derivados de la aplicación de precios vigentes son superiores a los costes variables.
- TERRA aporta diversos datos que acreditan que un elevado porcentaje de sus altas se produce sin promoción alguna. Las promociones de TERRA, que responden a una estrategia comercial, son replicadas por todos sus competidores y no puede ser calificada de predatoria.
- Finalmente, TERRA sostiene que no se ha beneficiado especialmente del incremento de la demanda de servicios ADSL en el mercado, ya que no ha tenido un significativo aumento en número de clientes sino una “canibalización” de los mismos.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Séptimo.- CONTESTACIÓN DE TELEFÓNICA DATA S.A. AL REQUERIMIENTO.** El mismo 21 de enero tenía entrada en esta Comisión el escrito de T.DATA, en el que se destacaba lo siguiente:

1.- Según T.DATA, no cabe identificar posición de dominio alguna del Grupo Telefónica en el supuesto mercado ADSL minorista. Esta segunda alegación es prácticamente igual a la realizada por TESAU, por lo que la síntesis de la misma es trasladable a este epígrafe. No obstante, se cita la Resolución del TDC de 26.4.1999 en el asunto *Euskalnet*, para reafirmar la expugnabilidad del mercado y se señala que la posición de T.DATA en el mercado ha sido lograda gracias a la proactividad materializada en grandes inversiones publicitarias y tecnológicas y no por conductas anticompetitivas.

2.- En relación con la inexistencia de subvenciones cruzadas entre TESAU y T.DATA, ésta última niega categóricamente la existencia de estas prácticas y así manifiesta que el flujo económico entre estas empresas está debidamente soportado documentalmente y se corresponde con la prestación efectiva de servicios a precios acordes a su naturaleza, dentro de los parámetros del mercado y en las mismas condiciones para el resto de operadores.

- T.DATA señala que «las subvenciones cruzadas entre mercados realizadas por una empresa en posición de dominio sólo supondrían una infracción de las normas de competencia si se acreditara que se está trasladando a un mercado distinto todo o parte de los costes de la explotación de un servicio en beneficio de una de las empresas del grupo que disfrutaría, así, de una ventaja competitiva frente a sus competidores»
- T.DATA indica los servicios que TESAU les ha prestado, ya recogidos en la alegación tercera de TESAU: el servicio de acceso indirecto al bucle; el servicio de acceso IP en banda ancha; tareas de promoción de servicios ADSL minoristas y servicios de intermediación, a unos precios de mercado, no acreditándose subvención cruzada alguna.
- Se señala que la presencia de la unidad económica en mercados relacionados no supone automáticamente la existencia de sinergias *intragrupo*. Se incide en la figura jurídica de la presunción *iuris tantum*, desvirtuable mediante prueba en contrario.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**3.-** T.DATA mantiene la inexistencia de una actuación predatoria en su política de precios. Por los datos aportados en el requerimiento de información, «cabe inferir que T.DATA no ha prestado servicios ADSL minoristas cuyo precio sea inferior a los costes directamente vinculados con la prestación del servicio. De los datos aportados se deduce que tales costes se sitúan por debajo de los ingresos totales de 2001»

**Octavo.- TRÁMITE DE AUDIENCIA.** Conforme al artículo 84 de la LRJPAC, en el marco de la instrucción de un procedimiento y con anterioridad a la redacción de la propuesta de resolución correspondiente, el procedimiento instruido será puesto de manifiesto a los interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Esta Comisión, conforme a las ya citadas previsiones de la LRJPAC, procedió a comunicar a las partes personadas, mediante escritos de 27 de febrero de 2002 el inicio del trámite de audiencia, incluyendo en dichos escritos una serie de consideraciones, con el objeto de que pudieran los interesados tenerlas en cuenta al cumplimentar dicho trámite.

Durante la cumplimentación del trámite de audiencia del expediente, tanto TERRA como ASTEL, TESAU, LINCE y Retevisión solicitaron una ampliación de plazo para llevar a efecto sus alegaciones, solicitud que les fue concedida por esta Comisión, conforme con las previsiones contempladas en el art. 49 de la LRJ-PAC.

### **Noveno.- RESPUESTA DE ASTEL AL TRÁMITE DE AUDIENCIA**

Tras la remisión a las partes personadas del escrito de apertura del trámite de audiencia, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones, ASTEL realizó las siguientes alegaciones que sucintamente se recogen a continuación:

- *Sobre la definición del mercado de referencia*

ASTEL expresó su conformidad con la definición de mercado-producto y mercado geográfico adoptada en el mencionado escrito de audiencia. La evidencia indica, según ASTEL, que por el lado de la demanda el usuario básicamente busca un acceso rápido y de gran capacidad a datos y contenidos en Internet, siéndole en gran medida transparente la tecnología adoptada, que puede asumir las formas indicadas en el Informe de esta Comisión : ADSL, RDSI, cablemodem y acceso por bucle radio. Además, señalan literalmente que *“por el lado de la oferta, es improbable que los operadores alternativos puedan ofrecer en el corto plazo una alternativa al servicio ADSL a través del*





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*bucle de abonado, dada la lentitud del proceso de apertura del bucle y los obstáculos que en este sentido está poniendo la misma Telefónica de España (en adelante, TESAU) y que han dado lugar a la intervención de esa Comisión a través de tres medidas cautelares y del actual expediente de modificación de la Oferta del Bucle de Abonado de dicha entidad (en adelante, OBA). Más aun, incluso en el medio plazo, y bajo el supuesto de que se superasen las dificultades actuales que enfrenta la apertura del bucle de TESAU al acceso desagregado, es improbable que esta modalidad de acceso se constituya en una alternativa suficiente al acceso indirecto dada la diferencia entre las coberturas alcanzadas mediante una y otra variante.”*

Con respecto al cablemódem, ASTEL señaló que, visto por el lado de la oferta, constituye apenas una alternativa de sustitución frente al ADSL, pues mientras existen 14,5 millones de pares de cobre activos (líneas en servicio) sobre los cuales es posible suministrar ADSL en el muy corto plazo, en cambio en el caso del cable el número de clientes es, en términos relativos, muy reducido. Según se contenía en el documento de trámite de audiencia, las líneas de la red telefónica conmutada (en adelante, RTC) representan un 81% del total de accesos instalados en España hasta el año 2000. Por la misma razón ASTEL consideraba que puede excluirse de la definición del mercado el acceso mediante bucle local por radio. Con respecto del mercado geográfico, ASTEL mantuvo su conformidad con el definido previamente por esta Comisión.

- *Sobre la posición de dominio del Grupo Telefónica*

ASTEL se mostró igualmente de acuerdo con las conclusiones del informe de la audiencia sobre la posición de dominio que ostentaba el Grupo Telefónica en el mercado relevante definido. Además, señalaba que el Grupo Telefónica aparte de mantener una posición de dominio en el mercado descendente de servicios de acceso mediante banda ancha, controla al mismo tiempo una facilidad esencial para acceder a dicho mercado, como es el bucle local, control que le convierte, a su vez, en proveedor único del servicio mayorista de acceso indirecto al bucle (GigADSL). ASTEL concluía afirmando que consideraba probado que las empresas del Grupo Telefónica mantienen, como unidad económica que actúa a través de una única imagen de marca, una posición de dominio en el mercado relevante de los servicios de acceso mediante banda ancha.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Sobre el posible abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica materializado en las prácticas contrarias a la libre competencia- general*

ASTEL señala entre otras cuestiones, que la estrategia de TESAU no sólo sirve a sus intereses comerciales legítimos, sino también a un intento deliberado de cerrar el mercado a los demás operadores en el medio y largo plazo, no siendo casualidad que el inicio de una estrategia proactiva de captación masiva de clientes por parte del Grupo Telefónica haya coincidido con el proceso de apertura del bucle y que dicha estrategia, según los datos aportados en el trámite de audiencia, no le proporcione beneficios económicos en el corto plazo.

- *Sobre el posible abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica materializado en prácticas de precios predatorios*

Considera que la intencionalidad de la conducta orientada al perjuicio de los competidores no es siempre un requisito esencial para la determinación de la existencia de precios predatorios, además de afirmar que conforme a los datos aportados en el trámite de audiencia, existen indicios de que el Grupo Telefónica ha incurrido en una estrategia de precios predatorios en el mercado de servicios de acceso mediante banda ancha.

Manifiesta que la Comisión distingue entre cuotas de abono y pagos mensuales. No obstante, ASTEL considera que no procede tal distinción puesto que la oferta es vista como un todo por el consumidor a la hora de contratar el servicio por lo que en su análisis de costes no deben separarse. Asimismo, indica la existencia elementos de juicio para concluir que el Grupo Telefónica ha llevado a cabo una estrategia de precios predatorios para afianzar su posición de dominio en el mercado de servicios de acceso de banda ancha y elevar barreras a la entrada de dicho mercado una vez que el acceso completamente desagregado al bucle se convierta en una opción disponible para proveer ADSL a los usuarios finales.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Sobre el posible abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica materializado en la prácticas denominada precios tijera o pinzamiento de márgenes*

ASTEL coincide con el Informe del trámite de audiencia en cuanto a la constatación de una práctica de pinzamiento de márgenes entre los precios mayoristas y minoristas por parte de las empresas del Grupo Telefónica, que en este sentido actúan como una unidad económica. Dicho pinzamiento se produce en virtud de la posición de dominio del Grupo y tiene lugar fundamentalmente a través de las ofertas y promociones, especialmente en las cuotas de alta y en los precios de instalación y módem, de empresas del Grupo que no están sujetas a regulación de precios minoristas.

Para ilustrar la afirmación anterior, ASTEL realiza un ejercicio de simulación, considerando el caso de un operador autorizado que quisiera ofrecer a un cliente residencial un servicio similar al de TERRA. La tabla expuesta a continuación, muestra un estado de ingresos y costes en el que no se han contabilizado costes como los de red, los operativos o de gestión, los comerciales (publicidad y venta del servicio) y los de proveer "servicios adicionales" como son los costes de espacio web o de las páginas de correo:

Ingresos		Costes		Total de Costes	
Alta	Gratis	Alta	15000	No Recurrentes	45500
Instalación ( Cableado)	Gratis	Módem e Instalación	30500	Recurrentes	3770
Equipo ADSL	Gratis				
Mensual	6995	Mensual	3770	Margen Bruto Recurrentes	3225
Break point (bruto)					
Nº de meses de retorno de los costes directos					
14 meses					
A partir del 14 mes se recuperaría los costes directos del servicio					

**Nota:** Cifras en pesetas. Los costes de módem e instalación son los de mercado. Un módem ADSL convencional tiene un coste de unas 20.000 pesetas; el coste de desplazar a un técnico tiene como mínimo un coste de 10.500 pesetas.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el supuesto mostrado por ASTEL, en el que sólo se contabilizan los costes directos del servicio, el punto de equilibrio financiero (*break-even point*) es de 14 meses, señalando ASTEL que además, si esta comparativa se realiza tomando en cuenta la estructura de costes de un operador que no vende al cliente final, sino a un ISP, habría que incluir en el cálculo el correspondiente margen de intermediación. Por lo tanto, el punto de equilibrio convencional de un operador que quisiera vender a un ISP fácilmente superaría los 18 meses. Según la propia ASTEL, este período de recuperación no puede ser asumido salvo por un operador como el dominante que dispone de recursos financieros suficientes para sostener este tipo de estrategias que buscan excluir a sus competidores del mercado.

- *Sobre el posible abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica materializado en las prácticas denominada subvenciones cruzadas*

Según ASTEL, la integración vertical del Grupo Telefónica permite al operador dominante subvencionar las posibles pérdidas ocasionadas por una estrategia predatoria en el mercado minorista con los ingresos obtenidos en el mercado mayorista (siendo en definitiva los operadores terceros los que subvencionan las mencionadas pérdidas mediante el pago de altos precios de acceso).

Mantiene que debería demostrarse que efectivamente los gastos en que incurre TESAU con la comercialización de los servicios minoristas ADSL de las empresas de su Grupo se ven compensados con los ingresos procedentes de los cobros efectuados a tales empresas por ese concepto, más un cierto margen de beneficio. Igualmente, la remuneración percibida por dicho concepto debería guardar relación con los costes de comercialización a los que los demás operadores hayan de hacer frente en sus respectivos canales de comercialización. De lo contrario nos hallaríamos ante un claro caso de subvenciones cruzadas que podrían ser constitutivas de un abuso de posición de dominio por parte de TESAU.

- *Sobre la discriminación.*

Aparte de los abusos señalados, ASTEL entiende que TESAU estaría discriminando a los operadores terceros respecto de las empresas de su propio Grupo al conferirles ciertas ventajas competitivas que no concede a los demás en relación con:

- La venta de los servicios ADSL minorista de TERRA a través de sus canales de distribución



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La puesta a disposición de empresas del Grupo de la información necesaria para verificar si la línea del abonado que desea contratar ADSL está técnicamente preparada para ello.

### Décimo.- RESPUESTA DE RETEVISION AL TRÁMITE DE AUDIENCIA

- *Sobre la definición del mercado de referencia*

Retevisión al igual que ASTEL, expresó su conformidad con la definición de mercado-producto y mercado geográfico adoptados y determinados en el escrito de audiencia, si bien con ciertas matizaciones, indicando que por el lado de la demanda el usuario busca un acceso rápido y de gran capacidad de datos y contenidos de Internet. Desde el punto de vista de la oferta, Retevisión considera improbable que se puedan ofrecer en el corto plazo alternativas al ADSL a través del bucle de abonado, dada la lentitud del proceso de apertura del mismo.

Con respecto del cablemodem, y desde la óptica de la oferta, Retevisión sostiene que apenas resulta una alternativa al ADSL, con respecto del número de accesos disponibles del mismo en relación con los varios millones de pares de cobre activos (líneas en servicio) sobre los que Telefónica puede instalar ADSL en muy corto plazo. Retevisión indica que el número de hogares pasados y activados es aún muy limitado para que el acceso al cablemodem determine las condiciones de competencia en el mercado. Por igual razón, excluye del mercado de referencia el acceso mediante bucle local por radio.

- *Sobre la posición de dominio del Grupo Telefónica*

Coincide en señalar la posición de dominio del Grupo Telefónica en el mercado de referencia previamente determinado, indicando entre otras circunstancias el enorme potencial de crecimiento y despliegue de los servicios ADSL a corto plazo gracias a contar la RTC con un volumen de accesos superior al 81% del total existente, porcentaje del cual Telefónica controlaría más de un 95%, lo que en definitiva supondría, a juicio de Retevisión, que aún bajo una definición más estrecha del mercado de referencia que excluyese tanto la RDSI como el cablemodem, la posición del Grupo Telefónica sería claramente dominante.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, menciona toda una serie de barreras de entrada ya indicadas en el trámite de audiencia y señala otras conductas como la imposición de límites en cuanto al número de conexiones en los puntos de acceso indirecto de un operador autorizado, diversas incidencias en el sistema de tramitación de solicitudes GigADSL, retrasos en la entrega del servicio GigADSL con respecto a los plazos previstos en la Oferta del Bucle de Abonado a parte de que dicha entrega se hace sin nivel ATM, prácticas de recuperación de clientes por parte del Grupo Telefónica, etc.

Retevisión considera que las empresas integradas en el Grupo Telefónica mantendrían, como unidad económica que actúa bajo una única imagen de marca, una posición de dominio en el mercado relevante de los servicios de acceso mediante banda ancha.

- *Sobre el posible abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica materializado en las prácticas contrarias a la libre competencia- general*

Retevisión manifiesta que una estrategia para dificultar la provisión de servicios ADSL por otros operadores puede ser altamente rentable para el operador dominante en el medio y largo plazo.

Este operador señala las dificultades atravesadas en el marco de la Oferta del Bucle de Abonado que han obligado a esta Comisión a adoptar tres medidas cautelares. Retevisión indica los retrasos en la implantación del acceso al bucle, manifestando que la estrategia de Telefónica no sólo sirve a sus legítimos intereses comerciales, sino también al intento deliberado de cerrar el mercado, a medio y largo plazo.

- *Sobre el posible abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica materializado en prácticas de precios predatorios*

Al igual que ASTEL, Retevisión considera que la intencionalidad de la conducta orientada al perjuicio de los competidores no es siempre un requisito esencial para la determinación de la existencia de precios predatorios, a tenor de lo establecido en la Jurisprudencia Comunitaria.

Retevisión sostiene que a partir de los datos aportados en el trámite de audiencia, pueden verificarse indicios de que el Grupo Telefónica ha incurrido en una estrategia de precios predatorios en el mercado de servicios de acceso mediante banda ancha, de cara a afianzar su posición de dominio y elevar barreras a la entrada en dicho mercado.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Sobre el posible abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica materializado en la práctica denominada precios tijera o pinzamiento de márgenes*

Coincide Retevisión en afirmar la constatación de una práctica de pinzamiento de márgenes entre los precios mayoristas y minoristas por parte de las empresas del Grupo Telefónica, que en este sentido actúan como una unidad económica. Dicha práctica anticompetitiva se produce gracias a la posición de dominio del Grupo, teniendo lugar a través de ofertas y promociones de empresas del Grupo que no están sujetas a regulación de precios minoristas.

Constatado dicho pinzamiento, las soluciones que aporta Retevisión abarcarían desde la paralización de las ofertas de las filiales no reguladas del Grupo Telefónica a una reducción significativa de los precios mayoristas GigADSL, tanto los precios de alta como las cuotas de conexión mensual, y ello para restablecer el equilibrio competitivo.

Finalmente, Retevisión adjunta unas simulaciones de estructura de ingresos y costes de un operador que igualase la oferta de Terra, y cuyo resultado demuestra a juicio de este operador, la necesidad de ajustar los coeficientes de descuento sobre los precios minoristas de TESAÚ, haciéndolos además extensivos a las cuotas de alta, al efecto de poder restablecer unas condiciones de competencia efectiva en el mercado de referencia afectado.

### **Undécimo.- RESPUESTA DE LINCE AL TRÁMITE DE AUDIENCIA**

A continuación se expone un extracto de las principales alegaciones presentadas por LINCE Telecomunicaciones:

- *Definición del mercado de referencia*

En esencia consideró que los comportamientos imputados al Grupo Telefónica debían ser analizados a la luz de una definición más estrecha del mercado, no siendo suficiente circunscribir el mercado en torno a los servicios de acceso mediante banda ancha, sino determinando el mercado como el de los servicios basados en la tecnología ADSL.

De otra parte, LINCE señala que el cablemodem no debiera ser incluido dentro de la definición del mercado de referencia afectado en tanto que no es una alternativa real para el usuario debido a su incompleto despliegue y falta de cobertura nacional.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto del mercado geográfico relevante, LINCE considera que sería el nacional, tal y como se anticipó en el trámite de audiencia.

- *De la actuación en el mercado del Grupo Telefónica como una unidad económica*

LINCE estima que las empresas del Grupo Telefónica (TESAU, TERRA y T.DATA) actúan en el mercado como una unidad económica, siendo prueba evidente de ello el que TESAU lleve a efecto la comercialización de los servicios ADSL minoristas de otras empresas del Grupo Telefónica, como TERRA o T.DATA.

- *Posición de dominio del Grupo Telefónica*

LINCE considera incontestable la posición de dominio del Grupo Telefónica, aún difiriendo de la determinación del mercado relevante, constatando la existencia de enormes sinergias dentro del Grupo con respecto del resto de operadores entrantes, que crean un escenario en el que las cuotas de mercado ostentadas por el reiterado Grupo Telefónica son un elemento cualificado que evidencia el deficitario nivel de competencia obtenido en este mercado, junto con otros como las barreras de entrada existentes, tal y como se contempla en la Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997, sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria de la Competencia.

- *Del abuso de posición de dominio del Grupo Telefónica materializado en prácticas contrarias a la libre competencia: precios predatorios, subvenciones cruzadas, pinzamiento de márgenes y discriminación*

Con respecto de los precios predatorios, LINCE entiende que el acceso al mercado por parte de los operadores entrantes es débil, restringido y escaso debido a la existencia de numerosas barreras de acceso existentes. LINCE mantiene que existen suficientes indicios para afirmar la existencia de precios predatorios por parte del Grupo Telefónica.

Al igual que ASTEL y Retevisión, manifiesta que la noción de abuso tiene un carácter objetivo, no implicando culpabilidad, ni intención de perjudicar al competidor. LINCE entiende que no procede distinguir entre cuotas de abono y pagos mensuales, ya que mantiene que el consumidor cuando contrata ve la oferta como un todo; prueba de ello es que TESAU ha eliminado de sus ofertas los precios de alta y equipo sin tocar las cuotas mensuales, enfocando su publicidad a dirigir la atención del cliente a la oferta global, según LINCE.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con relación a la práctica de estrechamiento de márgenes, LINCE pone de manifiesto su conformidad con las conclusiones contempladas en el escrito del trámite de audiencia.

Sobre la determinación de la existencia de subvenciones cruzadas, entiende que la separación contable en el seno del Grupo Telefónica no es garantía alguna de la ausencia de prácticas anticompetitivas. Hay que tener en cuenta la integración vertical existente en el Grupo que permitiría al operador dominante subvencionar las pérdidas en el segmento minorista de prestación de servicios ADSL con los ingresos que percibe en el segmento mayorista como proveedor del servicio a los distintos operadores.

LINCE entiende que TERRA, al utilizar los canales de distribución de TESAU, obtiene un ahorro de gastos en el establecimiento de sus propios canales comerciales. Por ello, LINCE solicita que se requiera a TERRA la presentación de los contratos suscritos con TESAU para esas relaciones comerciales y con el objeto de discernir si los mismos responden a criterios de mercado o si contienen un trato privilegiado o encubren subvenciones cruzadas en el seno del Grupo.

Finalmente, y con respecto de la discriminación, LINCE entiende al igual que ASTEL, que TESAU estaría discriminando a los operadores no pertenecientes a su Grupo, al conferir diversas ventajas a las empresas de ese Grupo como TERRA o T.DATA ventajas que se materializan en la venta de los servicios ADSL minoristas de esas empresas a través de los canales de distribución de TESAU, beneficiándose del apoyo comercial ofrecido por la red de TESAU, así como de la puesta a disposición de empresas del Grupo de la información necesaria para conocer si la línea de un abonado está técnicamente preparada para poder contratar ADSL. Por lo anterior, LINCE solicita de esta Comisión la adopción de una serie de medidas conducentes a la evitación de estas prácticas.

**Décimo segundo.- RESPUESTAS DE TESAU, T.DATA Y TERRA AL TRÁMITE DE AUDIENCIA.** Mediante escritos recibidos en esta Comisión los días 26, 27 de marzo y 2 de abril de 2002, T.DATA, TESAU y TERRA respectivamente, contestan al trámite de audiencia con una serie de alegaciones con respecto a las cuales se argumenta en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Decimotercero- SEGUNDO REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN AL GRUPO TELEFÓNICA.** A la luz de las manifestaciones contenidas en las distintas alegaciones presentadas por las mercantiles integrantes del Grupo Telefónica, esta Comisión acordó requerir a TESAU, T.DATA y TERRA todos y cada uno de los contratos que acreditaban la relación comercial entre las mencionadas empresas en lo relativo a la prestación de los servicios de agencia y mediación referidos en los escritos de alegaciones presentados, con el objeto de conocer las condiciones económicas y jurídicas en las que se desarrollaban dichas relaciones.

Junto con dicha documentación, TESAU aportó una serie de alegaciones presentadas una vez cerrado el trámite de audiencia.

Asimismo, en fecha 23 de mayo, TERRA aportó un documento en el que formulaba alegaciones sobre el expediente de referencia, habiendo finalizado el trámite de audiencia.

### **Decimocuarto.- ALEGACIONES PRESENTADAS EN EL EXPEDIENTE OM 2001/5718**

En el seno del expediente OM 2001/5718 fueron hechas alegaciones por parte de RETEVISION, ASTEL y LINCE con respecto de cuestiones comprendidas en el presente procedimiento. En ese sentido, se ha procedido a dar respuesta en el seno del presente procedimiento a ciertas alegaciones formuladas en el mencionado expediente, toda vez que las mismas están vinculadas directamente con cuestiones analizadas en el presente procedimiento, encaminado a dilucidar la existencia o no de prácticas anticompetitivas por parte de las empresas del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL minoristas.

## **II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.**

De acuerdo con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones (Ley 12/1997, en adelante), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos”*.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, entre las funciones que la Ley 12/1997 otorga a esta Comisión está, en el artículo 1.Dos.2.c), la de *“velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas”*.

El artículo 1.Dos.2.f) de la mencionada Ley 12/1997 dispone que corresponde a esta Comisión *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado”*

Asimismo, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC. Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la mencionada Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y en el artículo 2 del citado Reglamento de la Comisión de las Telecomunicaciones, el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

La CMT cuenta entre sus funciones la de determinar, incluso de manera puntual, cual debiera ser el funcionamiento de los operadores en el mercado de referencia en cuestión. En caso de identificar una conducta anticompetitiva, esta Comisión impone obligaciones de hacer o, en su caso, de no hacer. Por tanto, y como en el caso que nos ocupa, al estar en juego el correcto desarrollo de un mercado, esta Comisión en tanto que órgano regulador del mismo, debe proceder a la adopción de medidas que impidan o limiten la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia que puedan llevar a efecto determinados operadores.

En este punto, alega TESAU que la CMT se arrogaría una competencia que no disfruta, cual es la de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia.

Pues bien, la Comisión no hace sino ejercer la competencia que por la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones le viene atribuida y que aparece perfectamente reflejada en el apartado II de este escrito, denominado «habilitación competencial». Se trata pues de un supuesto de ejercicio legítimo de competencias hasta cierto punto concurrentes con las de otros órganos administrativos.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto de esta cuestión, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección octava) en su sentencia de 13 de febrero de 2001 ha reconocido expresamente que la atribución a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de competencias concurrentes con los otros órganos de defensa de la competencia, no infringe ningún principio de legalidad ni de seguridad jurídica y está justificada tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que la Comisión ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones.

Así, la Comisión actuaría en uso de la habilitación competencial recogida en el artículo 1. Dos. 1 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, donde se crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el objeto de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

Por tanto, la competencia de la Comisión respecto de la salvaguarda de la libre competencia no se ciñe o limita, como pretenden las empresas del Grupo Telefónica, a informar al Servicio de Defensa de la Competencia para que instruya procedimiento conforme a la Ley 16/1989. Ni siquiera después de la modificación de la Ley 52/1999 esta interpretación sería correcta.

Tal es así que cabe afirmar con toda rotundidad que tras las modificaciones introducidas por la Ley 52/1999 de 28 de diciembre, no cabe apreciar una alteración de la función contemplada en el artículo 1.Dos.2.f) de la mencionada Ley 12/1997, ya que la supresión genérica de la adopción de medidas por esta Comisión es lógica al contemplarse y estar dicha función reconocida en el Preámbulo y en el artículo 1.Dos.1 de la meritada Ley. Es más, la introducción de la función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia ya estaba recogida en la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de Telecomunicaciones, por lo que en rigor, no puede hablarse de una modificación de la función reconocida e integrada en la letra f) del artículo 1.Dos.2 sino de un retoque de dicha función, contemplándola a la luz de la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 11/1998 de 24 de abril. Por tanto, debe descartarse una interpretación que sostenga una postura excluyente que consista en que los órganos horizontales de defensa de la Competencia sean los únicos en poder adoptar medidas de salvaguarda en el mercado de las telecomunicaciones.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Abundando en lo anterior, incluso el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma de la meritada Ley de Defensa de la Competencia contemplaba inicialmente la hipótesis de pérdida de la función decisoria por parte de esta Comisión, situación que posteriormente fue modificada en el Proyecto de Ley que finalmente aprobó el Gobierno.

En razón de lo expuesto sobre la cuestión analizada, hay que precisar que esta Comisión en el ámbito de sus competencias, no sólo puede acometer una aproximación regulatoria *ex ante*, sino también *ex post*, al poder instar la cesación de una conducta para salvaguardar la competencia en el mercado cuando está siendo vulnerada por prácticas contrarias a la competencia, en cuyo caso, aplicará las categorías existentes en el derecho de la competencia, por lo que, tal y como indica la Resolución de esta Comisión de 8 de noviembre de 2001, no pueden admitirse las alegaciones del Grupo Telefónica consistente en que la Comisión en sus resoluciones no puede aplicar a las empresas del Grupo Telefónica criterios propios del Derecho de la Competencia, puesto que la intervención de esta Comisión no se limita a la regulación *ex ante* de las condiciones de competencia. Al respecto son conocidos los pronunciamientos judiciales (por todos, Sentencia de 17 de octubre de 2000 de la Audiencia Nacional en el caso *Cabitel*).

### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

#### III.1 DETERMINACION DEL MERCADO DE REFERENCIA AFECTADO

En primer lugar, y con respecto de la definición del mercado de referencia, se impone recordar que éste debe comprender la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideran sustituibles en razón de su precio, características o uso, no siendo posible por tanto, dar por supuesto un mercado sobre la base de definiciones preexistentes, ya que el mercado de referencia deberá ajustarse fielmente a las condiciones y circunstancias concretas de cada caso.

Así, el mercado de referencia a considerar en el presente procedimiento vendrá determinado por las posibilidades reales de sustitución, teniendo en cuenta las prestaciones obtenidas y el precio, todo ello referido a un ámbito geográfico determinado.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este punto, conviene destacar que las Directrices sobre Análisis del Mercado y Evaluación del Peso Significativo en el Mercado, publicadas con fecha 11 de julio de 2002<sup>1</sup> por la Comisión Europea, así como la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el Sector de las Telecomunicaciones, de fecha 22 de agosto de 1998, en lo referente a la definición de los mercados de referencia y los principios aplicables a los mismos, han sido los documentos que han servido como guía a esta Comisión para proceder a la labor de definición del mercado de referencia que debe analizarse en el marco del presente expediente.

A este respecto resulta necesario señalar, tal y como se contempla en la Comunicación de Acceso de 22.08.1998 de la Comisión Europea,<sup>2</sup> que en el sector de las Telecomunicaciones cabe distinguir, a efectos regulatorios, dos tipos de mercados: el mayorista, constituido por las instalaciones que se necesitan para prestar un determinado servicio, y el minorista, conformado por el servicio que se presta al usuario final.

En concreto, en el marco del presente expediente se considerará que el mercado de referencia para el análisis de las prácticas objeto del mismo es aquel en el que se lleva a cabo la prestación a los usuarios finales de servicios de acceso a redes de comunicaciones electrónicas —principalmente a Internet— mediante soluciones de banda ancha, (en adelante, servicios de acceso de banda ancha).

Por consiguiente, esta definición no se extiende a aquellos mercados intermedios o mayoristas, presentes en la misma cadena de valor, en los cuales el producto que se ofrece es el de los elementos técnicos y servicios necesarios para la provisión a los usuarios finales de tales accesos de banda ancha.

En este punto, conviene puntualizar que este mercado de referencia, tal como se ha definido, da cabida a la inclusión en el mismo a distintas soluciones tecnológicas, dotadas todas ellas de características que vienen derivadas de la propia naturaleza de los servicios de banda ancha —entre las que cabe destacar la conexión permanente, con mecanismos de tarifa plana y con accesos dotados de una elevada velocidad de transmisión de datos, suficiente para soportar distintos servicios que no pueden ser prestados a través de las tradicionales soluciones de banda estrecha—.

---

<sup>1</sup> Documento publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea del 11 de julio de 2002, referencia 2002/C165/03.

<sup>2</sup> Comunicación 98/C 265/02.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En aras de la claridad, cumple a este respecto matizar que las soluciones de banda ancha, en términos rigurosos, son aquellas que parten de un volumen de transmisión de datos superior a los 2 Mb/s. Según la recomendación ITU-T I.113, los **servicios de acceso de banda ancha** son aquellos que permiten la transferencia de datos a velocidades superiores a las de un acceso primario normalizado RDSI, esto es, igual o mayor de 2 Mb/s. Muchos operadores de telecomunicaciones incluyen dentro de su oferta de servicios de acceso de banda ancha aquellos que superan los 64 Kb/s, aunque en realidad los que no superan los 2 Mb/s son denominados, en términos comerciales, **servicios de acceso de alta velocidad**. Por tanto, cabe afirmar que las distintas soluciones tecnológicas analizadas responden a lo que pudiera definirse como “tecnologías de transición a la banda ancha”, traducidas en el acceso a redes de comunicaciones electrónicas a alta velocidad, ya que, en puridad, sólo algunas de las mencionadas en este expediente cumplen con dicho requisito y bajo determinadas modalidades comerciales de prestación de las mismas.

En este contexto, el mercado de servicios de acceso de banda ancha comprendería, en principio, multiplicidad de alternativas tecnológicas, entre las cuales se encontrarían las tecnologías xDSL, cuyo exponente más actual y paradigmático es el ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), el cablemodem y el bucle de abonado inalámbrico (WLL), cuyos exponentes principales son el LMDS y el MMDS.

Así, para la definición del **mercado de referencia** se han tenido en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Desde la perspectiva de la intercambiabilidad de la demanda<sup>3</sup>, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 102/77 (*Hoffmann-La Roche vs. Comisión*), ya señaló que *"El concepto de mercado relevante implica de hecho que puede haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo y ello presupone que hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos"*.

Desde este punto de vista, se observa que el servicio de acceso de banda ancha es difícilmente sustituible por un servicio de acceso prestado a través de la red telefónica convencional, en razón de que este último, por sus limitaciones tecnológicas, no permite al consumidor disfrutar de la velocidad de transmisión y de la posibilidad de conectividad permanente del usuario que caracteriza al primero.

---

<sup>3</sup> Consumidores dispuestos a sustituir el producto en cuestión por otros productos.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A ello debe añadirse la consideración respecto de la diferencia de precio que comporta la contratación de servicios de acceso de banda ancha, que resultan considerablemente más caros para el consumidor que los tradicionales servicios de acceso de banda estrecha<sup>4</sup>. En este mismo sentido, y por las mismas razones, existen serias objeciones para considerar los accesos básicos a la Red Digital de Servicios Integrados (RDSI) como sustitutivos de las alternativas tecnológicas que permiten el acceso a alta velocidad a redes de comunicaciones electrónicas—como son el cablemodem o el ADSL—, por lo que ésta no podría considerarse en puridad una alternativa de banda ancha<sup>5</sup>.

Con el fin de examinar lo anterior, aunque sin ánimo de exhaustividad, a continuación se presenta una tabla que contiene una breve relación de las características de prestaciones y precio que corresponden a las distintas alternativas tecnológicas de servicios de acceso que actualmente tiene a su disposición el usuario:

Tecnología de acceso	Velocidad nominal de transmisión		Conectividad	euros/mes (aproximado)
	Red –Usuario	Usuario- Red		
<b>ADSL</b>	256 Kb/s – 2 Mb/s	128 Kb/s - 300 Kb/s	Permanente	> 42
<b>Cablemodem</b>	256 Kb/s – 4 Mb/s	128 Kb/s - 512 Kb/s	Permanente	> 40
<b>LMDS</b>	256 Kb/s – 2 Mb/s	256 Kb/s – 2 Mb/s	Permanente	> 90
<b>RDSI</b>	64 Kb/s - 128 Kb/s	64 Kb/s - 128 Kb/s	Conmutada	25
<b>RTC</b>	< 56 Kb/s	< 56 Kb/s	Conmutada	16

<sup>4</sup> 19 Euros por el acceso a Internet mediante tarifa plana en banda estrecha frente a 42 Euros por acceso mediante ADSL, ejemplo de la compañía TERRA.

<sup>5</sup> La RDSI permite caudales teóricos de 64 kb/s, con un máximo de 128 kb/s utilizando los dos canales disponibles.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A partir de tales datos, puede observarse que las características técnicas y económicas de las diferentes alternativas existentes condicionan fuertemente los perfiles de aquellos consumidores que constituyen los clientes susceptibles de contratar unos y otros servicios de acceso.

En ese sentido, puede advertirse que las características técnicas del acceso a través de una modalidad u otra configuran una taxonomía de servicios que se dirigirían a satisfacer las necesidades de una tipología de usuario distinta en cada caso: (i) las de aquel que no precisase de un uso intensivo de la red ni de prestaciones con determinados dimensionamientos de capacidad, y (ii) las de aquellos usuarios de gran consumo que requiriesen una conexión permanente y prestaciones con capacidades de transmisión elevadas.

Este razonamiento vendría a sustentar la tesis de que, cuando se examinan las características de los productos presentes en el mercado, resulta posible comprobar que algunos de ellos poseen prestaciones y precio que los hacen sustitutivos de cara al consumidor, ya que son susceptibles de satisfacer la misma necesidad específica del cliente.

Abundando en lo reseñado anteriormente, resulta asimismo oportuno indicar que, desde el análisis de la sustituibilidad de la demanda, la RDSI es, a juicio de TERRA y TESAÚ, un producto que difícilmente puede sustituir por sus prestaciones a tecnologías como el ADSL.

En razón de todo ello, cabe afirmar la existencia de un mercado de servicios de acceso de banda ancha claramente diferenciado del de la banda estrecha. Y esto es así porque el producto que se ofrece en el seno del primero satisface una necesidad específica del consumidor, cual es la consistente en una elevada capacidad de transmisión de datos, si bien a un precio sensiblemente superior por tales prestaciones incrementadas.

Con respecto de la inclusión del cablemodem dentro del mercado de acceso mediante banda ancha, cabe indicar que este aspecto ha sido puesto unánimemente de manifiesto por todos los competidores del Grupo Telefónica que han presentado alegaciones en este expediente, en el sentido de rechazar su inclusión en el seno del mercado de referencia. Alegan estos operadores que, si bien tecnológicamente el cablemodem es perfectamente sustituible con respecto del ADSL, no cuenta sin embargo con una implantación generalizada en todo el territorio nacional.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por la misma razón, los operadores entrantes postulan que debe excluirse las tecnologías de banda ancha de acceso al bucle local vía radio (LMDS, MMDS) entendiéndose que las mismas no cuentan con suficiente capilaridad, por lo que su disponibilidad como opción para los consumidores es en realidad muy reducida. Ante ello, asimismo plantean que las distintas variantes u opciones de banda ancha anteriormente relacionadas, desde la óptica percibida por el usuario, son perfectamente sustituibles, puesto que en todas ellas las prestaciones suministradas al cliente son las mismas —la provisión de acceso a elevadas velocidades a redes de comunicaciones electrónicas, preferentemente a Internet—, lo que satisfaría la demanda de un mismo perfil de consumidor.

Con relación a ello, cumple señalar que esta Comisión comparte la afirmación de que existe actualmente un grado de despliegue distinto entre unas y otras tecnologías a lo largo del territorio español. Ahora bien, esta consideración, de carácter coyuntural, sería en todo caso relevante para definir la extensión geográfica del mercado de referencia, pero no lo es para la determinación del mismo, lo cual debe realizarse conforme a la sustituibilidad de los productos desde la perspectiva de la demanda —lo que sí parece ser compartido por estos operadores.

Además de todo lo anteriormente expuesto, la virtualidad de llevar a cabo una definición más limitada o estrecha de este mercado de referencia es un asunto que cuenta con precedentes en ciertos documentos publicados por la propia Comisión Europea. Entre ellos se encuentra la Comunicación de la Comisión Europea, de fecha 21 de diciembre de 2001, por la que se comunicaba al ISP francés *Wanadoo Interactive*, participado por el operador *France Telecom*, la apertura de expediente por un eventual abuso de posición de dominio, materializado en prácticas de precios predatorios en el mercado de los servicios de acceso a Internet a alta velocidad, indicando que el mencionado operador posee cerca del 60% del mercado francés de acceso a Internet de alta capacidad —comprendiendo el acceso por cablemodem y ADSL—. El 9 de enero de 2002, la Autoridad Regulatoria de las Telecomunicaciones (ART) francesa, publicó un documento en el que asimismo identifica como mercado de referencia el de acceso a Internet a alta velocidad (banda ancha).





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Desde el punto de vista de la intercambiabilidad de la oferta<sup>6</sup>, alegado por algunas de las partes, debe indicarse que, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea sobre Acceso de 1998, el test de la intercambiabilidad de la oferta se considera un elemento para definir los mercados de referencia adicional y secundario al criterio de la intercambiabilidad o sustituibilidad de la demanda, que debe considerarse el más importante. Asimismo, en dicha Comunicación se señala que la utilización de este test es posible pero solo si se dan las circunstancias adecuadas y se diferencie con nitidez de la competencia potencial.

Ambos criterios (intercambiabilidad de la oferta y competencia potencial), en cambio, se emplean con más normalidad, no tanto para la determinación del mercado relevante, sino para determinar si la empresa en cuestión goza de posición dominante, si la restricción de la competencia es importante o si se llega a eliminar.

En el caso que nos ocupa, el resultado arrojado por el test de la intercambiabilidad de la demanda constituye a todas luces una base sólida para sostener que el mercado de banda ancha constituye un mercado por sí mismo, que puede distinguirse de otros, por lo que no resulta necesario la aplicación de criterios adicionales, subsidiarios en todo caso de éste.

3. Con respecto al ámbito geográfico del mercado de referencia, esta Comisión planteó durante el trámite de audiencia correspondiente al presente procedimiento que éste debía abarcar la totalidad del territorio español, en razón de que el mismo abarca el área en el que las empresas participan de la oferta y la demanda de sus servicios/productos.

En relación con este particular, TERRA y TESAU cuestionan que el mismo abarque todo el territorio nacional, indicando que debe determinarse en qué medida las demarcaciones geográficas del cable y bucle local vía radio constituyen mercados geográficos distintos. TESAU se mostró en desacuerdo con la determinación del mercado geográfico realizada durante el trámite de audiencia, señalando a su vez la necesidad de hacer un estudio en función de las diferentes demarcaciones de cable y ámbitos territoriales donde se explotan las tecnologías de bucle local por radio.

---

<sup>6</sup> Proveedores que, sin incurrir en costes adicionales significativos, tienen la posibilidad de cambiar los bienes o servicios que producen como respuesta a leves variaciones en los precios.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, cumple señalar que estas modalidades de acceso de banda ancha se están desplegando en diversas demarcaciones del territorio nacional, debiendo hacerse notar que, en aquellas en que el cable aún no esté desplegado, el Grupo Telefónica encuentra menores obstáculos para prestar servicios de acceso de banda ancha a los usuarios finales, por cuanto tiene que hacer frente a un competidor menos.

Por su parte, el resto de operadores que han presentado alegaciones en este expediente, RETEVISIÓN, LINCE y ASTEL, mostraron unánimemente su conformidad con la determinación del ámbito geográfico nacional como el ámbito territorial adecuado para llevar a cabo el análisis objeto del presente expediente.

Cierto es que, conforme con la Comunicación de la Comisión Europea, de fecha 9 de diciembre de 1997, el principio básico que debe tenerse en cuenta para su determinación reside en la identificación de presiones desde el punto de vista de la competencia. En ese sentido, una vez se ha delimitado el producto de referencia como el de los servicios de acceso prestados a los usuarios finales mediante soluciones de banda ancha, esta Comisión ha procedido a evaluar la dimensión geográfica del mercado, teniendo en cuenta que el mismo abarca el área en el que las partes afectadas desarrollan actividades de suministro y prestación de sus servicios/productos. Así, cumple destacar que las conductas por las que determinados operadores entrantes denunciaron al Grupo Telefónica se refieren a la totalidad del territorio nacional, por cuanto que los accesos de banda ancha se encuentran distribuidos abarcando en todo este territorio, si bien las distintas modalidades de acceso de banda ancha no siempre coinciden tecnológicamente en una misma demarcación.

A la luz de las alegaciones formuladas, esta Comisión concluye que el ámbito geográfico del mercado de referencia definido en el presente procedimiento es el de la totalidad del territorio español.

Sobre la base de todas las argumentaciones anteriormente expuestas, esta Comisión concluye que, en el marco del presente expediente, **el mercado de referencia a considerar es el mercado minorista de acceso a redes de comunicaciones electrónicas mediante soluciones de banda ancha**, entendiéndose por tales aquellos servicios que permiten a los usuarios finales la transferencia de datos a alta velocidad, con independencia de la solución tecnológica empleada para proporcionar tal acceso, y cuyo ámbito geográfico comprende a **la totalidad del territorio nacional**.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### III.2 SITUACIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. Y OTRAS EMPRESAS DEL GRUPO TELEFÓNICA EN EL MERCADO DE REFERENCIA

Para proceder a la determinación de la posición que las empresas del Grupo Telefónica ocupan en el mercado de referencia anteriormente definido, resulta conveniente proceder a realizar un análisis de dicho mercado desde una doble perspectiva: por una parte, una visión estática, evaluando la situación existente en el mismo, y por otra, un examen dinámico, dirigido a observar la evolución experimentada por el mercado, con especial atención a la evaluación del impacto real que las ofertas comerciales generadas por las distintas compañías pertenecientes al Grupo Telefónica han tenido en éste.

#### III.2.1 ANÁLISIS ESTÁTICO DEL MERCADO DE REFERENCIA

##### *A) Sobre la posición relativa de las empresas del Grupo Telefónica en el mercado de referencia*

Este análisis tiene por objeto conocer la posición relativa de los distintos agentes en el mercado de referencia considerado. Para ello, se ha hecho uso de las respectivas cuotas de mercado, medidas en función del número de líneas de acceso que tienen instaladas las empresas que forman parte del Grupo Telefónica y el resto de los operadores que actúan en este mercado.

Estos datos se ilustran en la tabla siguiente:

LÍNEAS EN SERVICIO	TELEFÓNICA	%	RESTO OPERADORES	%	TOTAL
SEGMENTO RESIDENCIAL	14.003.325	95,78%	616.839	4,22%	14.620.164
SEGMENTO NEGOCIOS	2.611.016	90,29%	280.749	9,71%	2.891.765
TOTAL	16.614.241	94,86%	900.755	5,14%	17.514.996

Fuente: CMT. Informe Anual 2001

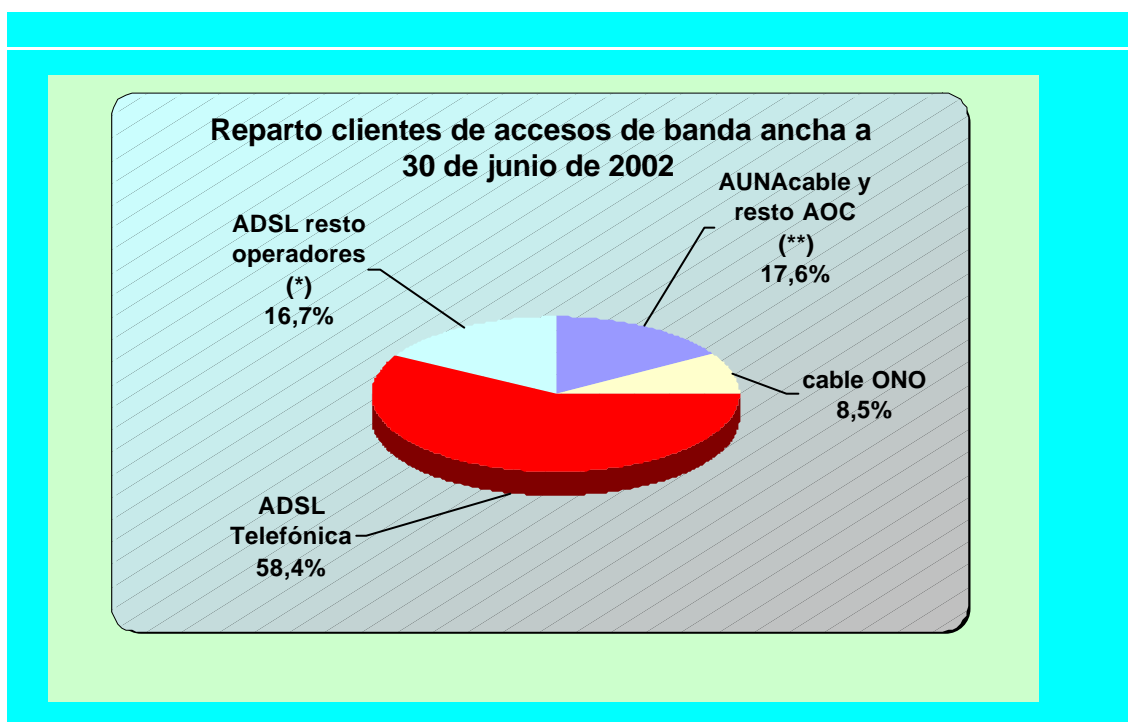
Del referido 94,86% de líneas en servicio del Grupo Telefónica, más de un 84% son susceptibles de prestar servicios de banda ancha a través de soluciones ADSL —según datos de TESA—, lo que coloca a España por encima del resto de países europeos en cuanto a disponibilidad de líneas capaces de soportar servicios de banda ancha.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con respecto a la distribución de los accesos físicos que permiten la prestación de servicios de banda ancha, debe tenerse presente que la mayor parte de los mismos se encuentran actualmente bajo el control del Grupo Telefónica, en razón de que **TESAU es la empresa propietaria de la inmensa mayoría de líneas telefónicas instaladas susceptibles de soportar accesos de banda ancha con tecnología ADSL.**

Tal es así que, al finalizar el primer semestre del 2002, existían en nuestro país cerca de novecientos mil accesos de banda ancha, de los que algo más de 550.000 pertenecían al Grupo Telefónica. Su distribución porcentual es la siguiente:



(\*) A través de los servicios GigADSL y Megavía (mediante ADSL-IP prestado por Telefónica Data).

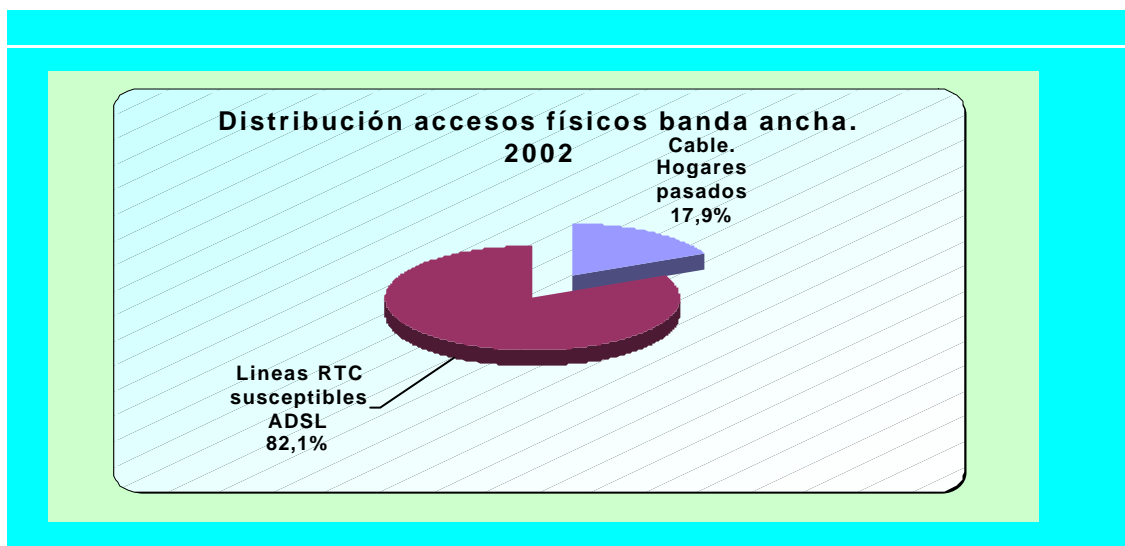
(\*\*) Elaborado con datos estimativos de operadores de la Asociación de Operadores de Cable (AOC).

A partir de los datos anteriores, puede observarse que el Grupo Telefónica — en el que se integran las empresas TESAU, T.DATA y TERRA—, goza de un alto nivel de presencia en el mercado de referencia considerado, contando con una cuota que alcanza más del 58% de los clientes de estos servicios.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El gráfico siguiente muestra la distribución porcentual de los accesos de banda ancha disponibles en la actualidad:



Fuente: CMT. Informe Anual 2001-2002

En este punto, tiene interés poner de manifiesto las siguientes consideraciones:

1. En el momento actual, se ha generado un escenario en el que la tecnología ADSL presenta considerables facilidades en aras de su despliegue masivo, contrariamente a lo que sucede con otras soluciones tecnológicas, cuyo despliegue es sustancialmente más costoso y complejo por requerir de considerables inversiones para el tendido de nueva infraestructura. El resultado de ello es que la mayoría de accesos de banda ancha (más del 75%) actualmente desplegados y contratados por los usuarios finales se corresponden con la alternativa ADSL.
2. La tecnología ADSL se sustenta sobre las **líneas físicas de pares de cobre** pertenecientes a la red telefónica convencional, lo que convierte a esta infraestructura en un **elemento necesario para competir** en el mercado de provisión de servicios de acceso de banda ancha a los usuarios finales mediante soluciones basadas en dicha tecnología.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. TESAU ostenta una **posición de dominio en el mercado mayorista de provisión de líneas susceptibles de soportar accesos con tecnología ADSL**, los cuales son utilizados por terceros para proporcionar servicios de acceso de banda ancha a los usuarios finales. Esta posición de dominio viene derivada del hecho de que TESAU mantenga, en el momento presente, la propiedad de la práctica totalidad de este tipo de líneas, como se ha puesto de manifiesto a partir de las cifras presentadas. En consecuencia, esta compañía soporta una regulación específica que le obliga a proporcionar servicios mayoristas de acceso a dichas líneas en condiciones técnicas y precios establecidos por las autoridades públicas competentes en esta materia<sup>7</sup>.
4. T.DATA y TERRA hacen uso de los servicios mayoristas que ofrece TESAU para competir en el mercado final de servicios de acceso de banda ancha. TESAU, a su vez, compete en este mercado, si bien sometida a una regulación específica<sup>8</sup>.
5. Además de lo anterior, debe señalarse expresamente otra cuestión: según dispone el apartado 6 de la disposición transitoria primera de la Ley General de Telecomunicaciones, los títulos habilitantes otorgados al amparo de la normativa aplicable en materia de derechos especiales y exclusivos, entre los que se incluyen los otorgados al amparo de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, modificada por el artículo 3 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, deben ser transformados en nuevos títulos en los términos y condiciones fijados en la Ley General de Telecomunicaciones y sus normas de desarrollo. Esta transformación ha tenido lugar recientemente y de acuerdo con la misma, Telefónica Cable, SAU, compañía integrada en el Grupo Telefónica, pasa a disponer de una Licencia Individual B1 y varias Autorizaciones Generales. A ello, hay que sumar la conservación de la concesión del servicio de difusión de televisión en los términos de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable. Todos estos elementos configuran una situación en la que, además de las compañías del grupo Telefónica que

---

<sup>7</sup> En esencia, la Resolución de 29 de abril de 2002, por la que se insta la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado publicada por telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001, así como el R.D. 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.

<sup>8</sup> La publicación mediante la Orden de 3 de agosto de las tarifas para la prestación del servicio ADSL minorista por parte de TESAU, aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), supuso la autorización de la Administración para que TESAU comenzara la comercialización de servicios ADSL minoristas.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestan servicios ADSL minoristas —las citadas TESAU, TERRA y T.DATA—, hay que añadir a otra sociedad, Telefónica Cable SAU, que vendrá a prestar servicios de acceso de banda ancha a nivel nacional mediante soluciones ADSL, con el valor añadido de estar en condiciones de ofrecer asimismo servicios de difusión de televisión, en competencia directa con los concesionarios de televisión por cable.

### *B) Sobre el comportamiento del Grupo Telefónica como unidad económica*

En conjunción con lo anterior, no debe desconocerse que **el Grupo Telefónica constituye una unidad económica**, aspecto éste sobre el cual se ha pronunciado reiteradamente esta Comisión al resolver otros asuntos de su responsabilidad<sup>9</sup>.

En relación con ello, resulta pacífico aceptar que, cuando se trata de un grupo de sociedades, puede considerarse que el grupo en cuestión constituye una "unidad económica" cuando sus integrantes carecen de una autonomía real de comportamiento, estando sujetas a un control único, por lo que a los efectos de mercado, se está en presencia de una única empresa.

El funcionamiento real de los mercados evidencia que la independencia de comportamientos y la personalidad jurídica no son nociones necesariamente coincidentes; de ahí que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) haya considerado que, si una filial, aun teniendo personalidad jurídica propia, carece de independencia de actuación en el mercado, constituye una unidad económica junto con la sociedad matriz<sup>10</sup>. En ese sentido, cuando la participación es del 100% o de la casi totalidad del capital, puede presumirse el ejercicio efectivo del control.

En esta misma línea argumental, la Resolución de esta Comisión, de 8 de noviembre de 2000, sobre el Asunto *Terra/Lince*, indicaba:

---

<sup>9</sup> Por todas, la Resolución de 20 de mayo de 1999, Asunto *Madritel/Telyco*.

<sup>10</sup> En su Sentencia de 14 de julio de 1972, ICI, As. 48/69, Rep. Pág. 619), el Tribunal de Justicia declaró que "*la circunstancia de que una filial tenga personalidad jurídica propia no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la sociedad matriz*".

Ello permite concluir (y así lo ponen de manifiesto tanto la práctica del Ejecutivo Comunitario como la jurisprudencia del TJCE) que la existencia de personalidad jurídica propia y distinta de la sociedad matriz no es un criterio determinante a los efectos de apreciar la existencia de una empresa susceptible de incurrir en conductas contrarias a la libre competencia. Es la ausencia de control sobre la filial, entendida como capacidad del agente económico para decidir e implementar su particular estrategia competitiva en el mercado de que se trate, lo que determina su condición de empresa y, consiguientemente, de sujeto potencialmente englobado en el ámbito de aplicación del derecho de la competencia.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“De la documentación facilitada por TERRA resulta:*

*(ii). Que esta última no puede ser considerada una entidad económicamente independiente respecto de la sociedad matriz TELEFONICA, S.A., cabeza del grupo empresarial al que todas al que junto con TESAU y TDE, entre otras, pertenecen TERRA y TSCR.*

*En razón de ello, y puesto que TESAU y TDE están participadas al 100% por TELEFONICA, S.A., cabe concluir que, en el supuesto objeto de este procedimiento, **el holding al que pertenecen TERRA, TSCR, TESAU y TDE, constituye una empresa única a los efectos de aplicar las disposiciones del Derecho de la competencia.***

*En cuanto a la imputación de las infracciones en las que se pueda haber incurrido y la depuración de las consiguientes responsabilidades:*

*...**Cuando un grupo de sociedades constituye una "unidad económica"**, en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto a la sociedad matriz, **existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones del derecho de la competencia.** Téngase en cuenta que **cuando una filial lo es al 100% en relación a la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica. En consecuencia, podría igualmente imputarse a la sociedad matriz la comisión de la infracción que haya podido cometer la entidad participada.** Cuando la participación en la filial no es del 100%, o de la casi totalidad del capital social, no cabe la presunción anterior, siendo necesario verificar la ausencia efectiva de poder decisorio esencial.*

*Podría estimarse imputable solidariamente a la matriz y a las filiales controladas por aquélla, la responsabilidad por una conducta en la que la primera no haya jugado un papel relevante pero, sin embargo no la hubiera impedido a pesar de estar al corriente.”*

En el mismo sentido que lo señalado en el punto anterior, en distintas ocasiones el Tribunal de Defensa de la Competencia ha puesto de manifiesto la actuación del Grupo Telefónica como unidad económica, al pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con la publicidad conjunta de servicios por parte de las distintas empresas del Grupo<sup>11</sup>.

### *C) Sobre la existencia de mercados conexos en la cadena de valor del mercado de referencia*

A los efectos del análisis que constituye el objeto del presente procedimiento, esta Comisión considera oportuno examinar la aplicabilidad de la teoría de los mercados conexos al caso objeto del presente expediente. A ello se dedican los párrafos que se ofrecen a continuación.

<sup>11</sup> Expedientes MC 18/96 y MC 10/96.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, respecto de teoría de los mercados conexos, la doctrina del Tribunal de Defensa la Competencia establece, en su resolución de 5 de enero de 2001, lo siguiente:

*“ El análisis de una posible infracción exige establecer si Gas Castilla ostenta posición de dominio en el mercado relevante. Este aspecto fue ya tratado por el Tribunal en su Resolución de 14 de enero de 1999 (Expte. R 302/98) en la que se puso de relieve que, aun cuando resulta evidente que Gas Natural no ostenta posición de dominio en el mercado de la colocación de las instalaciones externas de gas en las viviendas de León, sí ostenta una posición dominante en otros mercados muy relacionados, como son el de la distribución de gas natural y el de la inspección de las mencionadas instalaciones. El Tribunal acudió, pues, a la **doctrina de los mercados conexos, que pone de relieve cómo la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados**; no se trata, en consecuencia, en contra de lo que afirma Gas Castilla, de una extensión analógica del concepto, en el sentido jurídico que la Real Academia de la Lengua Española atribuye al término -Método por el que una regla de ley o de derecho se extiende a campos no comprendidos en ella- sino **una interpretación económica del hecho de que la posición de dominio que ostenta una empresa en un mercado puede traducirse en un dominio de otro en el que la presencia de esa empresa es, cuantitativa o cualitativamente, diferente. Existe, pues, una auténtico domino en el segundo mercado, y no una interpretación analógica de la Ley, en el sentido de que la figura jurídica de abuso de posición de dominio se aplique a situaciones en las que no existe tal posición de dominio. En este sentido debe mencionarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, de 14 de noviembre de 1996, al Asunto C-333/94 P Tetra Pak Internacional contra Comisión en la que se rechaza la alegación cuarta de Tetra Pak relativa a la extensión abusiva del concepto de mercado dominado.**”*

De otra parte, la ya citada Comunicación sobre la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, de 22 de agosto de 1998 (98/C 265/02), específicamente contempla lo siguiente:

*65.La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Tetra Pak podrá resultar importante asimismo para el sector de las telecomunicaciones. En dicha sentencia, el Tribunal establecía que, **dados los vínculos tan estrechos existentes entre el mercado en el que Tetra Pak mantenía una posición dominante y aquel en el que no ejercía un dominio, y la cuota de mercado tan elevada que poseía en el mercado dominado, la empresa se hallaba en: [una situación que podía equivaler al mantenimiento de una posición dominante en los mercados en su conjunto.]***

*Aunque en el caso de Tetra Pak el análisis se entrara en los mercados horizontales estrechamente vinculados, **el razonamiento puede aplicarse asimismo a los mercados verticales de estas características**, que a partir de ahora serán habituales en el sector de las telecomunicaciones. En este sector, **suele ser frecuente que un operador particular disfrute de una posición extremadamente sólida en los mercados de infraestructura y, al mismo tiempo, en los mercados de servicios derivados de dicha infraestructura.** Normalmente, en los servicios derivados, los costes más elevados corresponden a la infraestructura. Además, los operadores se enfrentan a menudo a los mismo competidores en los mercados de infraestructuras y en los de servicios derivados.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*66. Así pues, es posible que se produzcan situaciones caracterizadas por la existencia de mercados estrechamente vinculados y, al mismo tiempo, de un operador con una posición de mercado extremadamente sólida, como mínimo, en uno de estos mercados*

*67. Cuando se den ambas circunstancias, podrá resultar oportuno que la Comisión considere que el operador correspondiente se halla en una situación equiparable al mantenimiento de una posición en los mercados en su conjunto.”*

De la doctrina anteriormente citada se desprende que la posición de dominio ostentada por un determinado agente en un cierto mercado resulta perfectamente trasladable a un mercado descendente que es conexo del anterior y que se encuentre estrechamente vinculado con él. Paradigma de un escenario de mercados conexos verticales es el existente entre el mercado de provisión de infraestructuras de telecomunicaciones susceptibles de prestar servicios de banda ancha mediante ADSL y el mercado de prestación de esos servicios de banda ancha a los usuarios finales, por cuanto la disponibilidad de tales infraestructuras constituye un elemento esencial para competir en el mercado descendente (minorista).

En efecto, ambos mercados —mayorista y minorista— se encuentran estrechamente vinculados entre sí, por cuanto las infraestructuras necesarias para competir en el segundo de ellos constituyen el “*output*” del primero. Esto es así en razón de que ambos mercados constituyen eslabones sucesivos de la misma cadena de valor.

Abundando en las consideraciones formuladas sobre la existencia de dos mercados conexos, resulta relevante reproducir aquí lo contenido en la citada Resolución de esta Comisión, de 8 de noviembre de 2000 en el asunto *Terra/Lince*, sobre la tarifa plana comercializada por la primera:

*“ La doctrina sostenida por el ejecutivo comunitario no hace sino abundar sobre una práctica ya consolidada con anterioridad por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante TPICE) y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE). Efectivamente, en diversas ocasiones la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado sobre la comisión de abusos practicados en mercados distintos, aunque conexos, de los mercados dominados. La vulneración de la libre competencia por parte de empresas dominantes no exige una identidad de mercados en el sentido aquí referido, ni excluye de su ámbito de alcance comportamientos ubicados en segmentos de actividad no coincidentes con aquél o aquellos controlados por la entidad autora del supuesto abuso.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Así lo ponen de manifiesto sentencias como las de 6 de marzo de 1974, Asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents Corporation, Rec. 223; de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84, CBEM, Rec. 3261; de 3 de julio de 1991, C-62/86, AKZO III, Rec.I-3359; de 1 de abril de 1993, Asunto T-65/89, BPB Industries British Gypsum c. Comisión, Rec. II-389; y de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-333/94 P, Tetra Pak. La misma línea de valoración fue incorporada por el TPICE (Sala Segunda) en su sentencia de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, Tetra Pak, Rec. II-755. Las instancias judiciales de la UE legitiman pues la aplicabilidad de normativa comunitaria de libre competencia a escenarios donde no son coincidentes el mercado en el que una empresa disfruta de una situación de preeminencia y aquél en el que se lleva a cabo una conducta presuntamente abusiva.”*

A la luz de todas las consideraciones anteriores, y sobre la base de consolidada jurisprudencia comunitaria, cabe concluir que **la posición hegemónica ostentada por el Grupo Telefónica** —actuando como unidad económica en la que se encuentra integrada TESAU, propietaria de la práctica totalidad de la infraestructura de líneas de cobre instaladas en el territorio nacional— en el mercado de provisión de líneas susceptibles de soportar la prestación de servicios de acceso de banda ancha, **se traslada a un mercado conexo** descendente del anterior, cual es el de la provisión a los usuarios finales de tales servicios de acceso banda ancha, teniendo esto como resultado **la ostentación de una posición de dominio también en este último mercado por parte de dicho Grupo.**

En síntesis, las cuestiones que merece la pena destacar como fruto del análisis estático del mercado de referencia desarrollado en el presente apartado son las que se relacionan a continuación:

- a) El mercado de servicios de acceso de banda ancha está actualmente dominado por la tecnología ADSL, a la que corresponde el 75% de los clientes que consumen este tipo de servicios de telecomunicaciones.
- b) TESAU, como propietaria que es de la práctica totalidad de las líneas telefónicas de par de cobre instaladas en el territorio nacional, controla una facilidad esencial para competir en este mercado de servicios de acceso de banda ancha ofrecidos a los usuarios finales, cual es las líneas que constituyen el acceso físico a los usuarios a la red telefónica convencional.
- c) Como consecuencia de lo anterior, TESAU ostenta una posición de dominio en el mercado mayorista de provisión de líneas susceptibles de soportar la prestación de servicios de acceso con tecnología ADSL a los consumidores finales.
- d) Las empresas del Grupo Telefónica se comportan como una unidad económica en este mercado, por lo que a los efectos de análisis de competencia procede considerarlas como una sola empresa.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- e) En consecuencia, **el Grupo Telefónica mantiene una posición de dominio en este mercado minorista**, que se deriva de su comportamiento como unidad económica y del hecho de que una de las empresas del grupo, TESAU, es dominante en el mercado mayorista ascendente, cuyo “output” constituye un elemento esencial para competir en el mercado descendente en el que los costes de infraestructuras son los mayores.

### III.2.2 ANÁLISIS DINÁMICO DEL MERCADO. IMPACTO DE LA COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS ADSL POR PARTE DE LAS EMPRESAS DEL GRUPO TELEFÓNICA.

El análisis que se ofrece en este apartado está dirigido a examinar el contexto general en el que han tenido lugar las prácticas que constituyen el objeto del presente expediente, así como los aspectos comerciales que rodearon las ofertas llevadas a cabo por las sociedades integrantes del Grupo Telefónica, con el fin de evaluar sus eventuales efectos nocivos sobre la competencia en este mercado de referencia.

Así este análisis se ha centrado particularmente en los servicios de acceso de banda ancha que se prestan a los usuarios finales mediante la solución tecnológica ADSL. La razón para ello reside en que **el ADSL constituye la única modalidad en que el Grupo Telefónica presta servicios de acceso de banda ancha**, y el objeto del presente expediente consiste precisamente en evaluar la eventual existencia de prácticas anticompetitivas por parte del grupo Telefónica en la provisión a los usuarios finales de este tipo de servicios.

A partir de los resultados que arroje este análisis dinámico del mercado, el paso siguiente consistirá en razonar si concurren las condiciones que revelen la puesta en práctica de conductas anticompetitivas por parte de las empresas del Grupo Telefónica, lo cual se aborda en el apartado ulterior.

En primer lugar, debe señalarse que el periodo temporal considerado para la realización del análisis dinámico del mercado es el comprendido entre el mes de enero de 2001 y el mes de junio de 2002. Para la elección de dicha horquilla temporal, además de incluir el periodo en el que tuvieron lugar las presuntas prácticas anticompetitivas del Grupo Telefónica objeto de análisis en este expediente, se han tenido en cuenta dos hechos fundamentales que, como se examinará más adelante, supusieron un cambio de tendencia en la evolución del mercado. Tales hechos relevantes son los siguientes:

- El inicio de la comercialización por parte de TESAU de su oferta minorista de servicios ADSL.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La aparición de una nueva modalidad autoinstalable por el cliente final mediante un paquete (Kit)<sup>12</sup>. Esta tipología ha reducido significativamente los costes de instalación de las líneas, de modo que se ha favorecido la aparición de ofertas comerciales que trasladan a los clientes tales reducciones de costes.

Durante dicho periodo de tiempo, las sociedades pertenecientes al Grupo Telefónica pusieron en práctica diversas promociones dirigidas al consumidor. Concretamente, y sobre la versión de 256 kb/s, la más contratada y utilizada, las promociones fueron las que se relacionan en la Tabla 1:

**Tabla 1: Ofertas del Grupo Telefónica sobre el paquete de alta "ADSL 256"**

	Periodo	Conceptos Promoción	Precio Oficial (pts.)	Precio con Promoción (pts.)
<b>Telefónica NET (TESAU)</b>	10/8/01 – 30/11/01	Cuota de Alta Línea ADSL RTB/RDSI + módem e instalación+Extensión de cableado o microfiltros <sup>13</sup>	15.000+34.570= 49.570	15.000+15.500= 30.500
	1/12/01 – 31/1/02	Cuota de Alta+Kit ADSL (Microfiltros+módem)	5.000+25.500= 30.500	5.000+14.800= 19.800
<b>Telefónica Data</b>	19/3/01 – 19/9/01	Cuota Inicial Cableado (4.070)	15.000+34.570= 49.570	30.500 (módem)
<b>Terra</b>	1/1/01 – 4/2/01	No hay promoción	19.070+7.500+35.500= 62.070	No hay promoción
	5/2/01 – 6/6/01	Promoción Canal TSAU: alta+cableado	19.070+7.500+35.500= 62.070	7.500+35.500= 43.000
	7/6/01 – 16/10/01	No hay promoción	19.070+7.500+35.500= 62.070	No hay promoción
	17/10/01 – 31/03/02	ADSL Plus: alta+módem gratis	5.000+25.500= 30.500	0
	15/05/2002 en adelante.	ADSL Plus: OFERTA 15 DÍAS: alta+módem gratis + Primera cuota en caso de no	5.000+25.500= 30.500	0

<sup>12</sup> Modalidad D, definida en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

<sup>13</sup> En el caso de línea ADSL 256 sobre RTB, se instalará con filtrado distribuido, siendo los precios iguales, pero en vez de incluir 4.070 ptas de la extensión de cableado, se cobrarán 4.070 ptas de los microfiltros.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Tabla 2 que se ofrece a continuación ilustra la evolución de las ofertas comerciales puestas en el mercado por parte de los distintos operadores que ofrecen servicios de acceso mediante ADSL

Tabla 2	
Fecha de lanzamiento	Oferta comercial lanzada
Octubre- Noviembre 2000	<ul style="list-style-type: none"><li>• Loop Telecom: Alta gratis. Un mes gratis. Router. Telépolis, Alta e instalación gratis</li></ul>
15 de marzo 2001	<ul style="list-style-type: none"><li>• Jazztel: un mes gratis</li></ul>
Febrero a Junio 2001	<ul style="list-style-type: none"><li>• Terra: Alta más cableado gratis. (31% descuento)</li></ul>
Junio de 2001	<ul style="list-style-type: none"><li>• Mundofree: descuento del 30% en el precio de alta</li><li>• FirstMark: instalación gratis.</li><li>• Jazztel: router y módem gratis</li><li>• Loop Telecom: Alta e instalación router gratis</li></ul>
10 de agosto de 2001	<ul style="list-style-type: none"><li>• Lanzamiento de la oferta comercial de TESAU. Descuento del 38% sobre el paquete de alta</li></ul>
6 de septiembre de 2001	<ul style="list-style-type: none"><li>• Lanzamiento del servicio ADSL de Ya.com. <b>Gratuidad</b> del paquete de alta</li></ul>
Septiembre de 2001	<ul style="list-style-type: none"><li>• Arrakis Regalo cuota de alta. Eresmas: regalo webcam.</li></ul>
18 de octubre de 2001	<ul style="list-style-type: none"><li>• Lanzamiento del servicio ADSL Plus de Terra (kit). <b>Gratuidad</b> del paquete de alta</li></ul>
25 de octubre de 2001	<ul style="list-style-type: none"><li>• Lanzamiento del servicio Wanadoo SpeedPack ADSL de Wanadoo. <b>Gratuidad</b> del paquete de alta. Eresmás y Arrakis, módem gratis.</li></ul>
29 de abril de 2002	<ul style="list-style-type: none"><li>• Modificación OBA de TESAU: reducción de la cuota de Alta.</li></ul>

A partir de los datos que se ilustran en las tablas anteriores, puede observarse que, tras el inicio de la comercialización del servicio ADSL minorista por parte de TESAU, sus competidores respondieron poniendo en el mercado ofertas comerciales más agresivas que las que hasta entonces venían ofreciendo, siendo a partir de ese momento cuando comenzaron a ofrecer a los usuarios la subvención de la totalidad del paquete de alta —que incluye la cuota de alta del servicio, el equipamiento, el cableado y las tareas de instalación—.

La información contenida en la Tabla 2 permite apreciar también que la práctica comercial de realizar descuentos sobre la cuota de alta, el equipamiento asociado al servicio, así como la instalación, venían ya siendo aplicadas por parte de los nuevos entrantes desde fechas anteriores a que TESAU tuviera posibilidad de ofrecer directamente a los usuarios finales servicios de acceso mediante ADSL.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por consiguiente, cabe inferir que las acciones comerciales de TESAU ofreciendo descuentos en el paquete de alta no vendrían sino a responder a condiciones de mercado previamente existentes e iniciadas por sus competidores en la intensa batalla por la captación de nuevos clientes, la cual tiene lugar en el contexto de un mercado caracterizado por un crecimiento expansivo. Lo mismo puede afirmarse para el resto de las empresas pertenecientes al Grupo Telefónica, según se puede inferir a partir de la sucesión cronológica de las ofertas aparecidas en el mercado.

Con el fin de examinar el impacto de estas actuaciones comerciales sobre la evolución del mercado, en el gráfico siguiente se ha representado la evolución del número de clientes<sup>14</sup> del servicio ADSL minorista, así como una referencia a los descuentos ofrecidos por el Grupo Telefónica<sup>15</sup> —que aparecen en la Tabla 2.

---

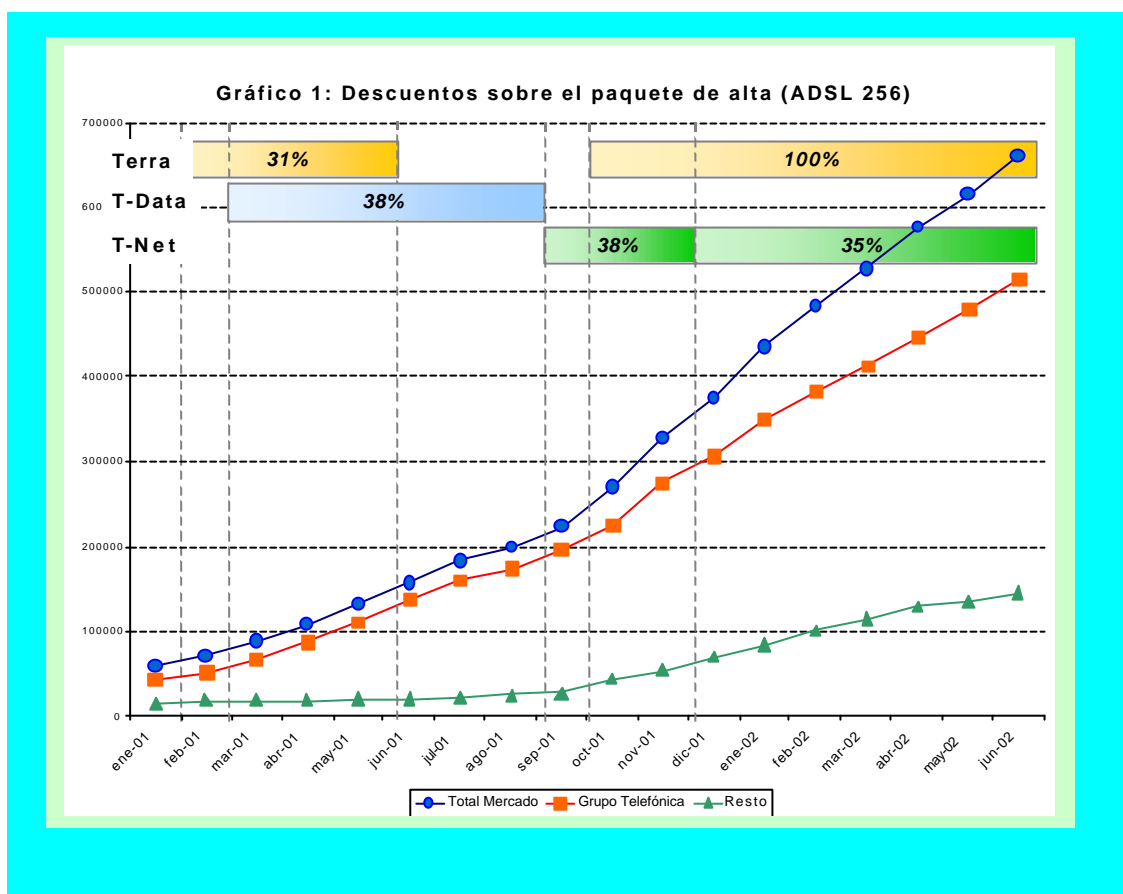
<sup>14</sup> El número de clientes es un parámetro que resulta proporcional a los ingresos ya que, en ADSL, la tarificación es una cuota fija recurrente, independientemente del tráfico cursado.

<sup>15</sup> Los descuentos sobre la cuota de alta (conexión+módem+cableado) representados, corresponden a la modalidad que ofrece una velocidad de subida de 256 kb/s. Dado que esta modalidad se dirige principalmente al segmento residencial, las promociones que sobre ella se realicen serán las que tengan un mayor impacto en el mercado, habida cuenta de que representan más del 93% de las líneas ADSL suministradas a los usuarios finales.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 1:



Fuente: CMT.

A partir de estos datos, puede observarse cómo la entrada de TESAU en el mercado estuvo acompañada de un considerable crecimiento en el número de clientes totales del servicio de acceso ADSL, que es directamente proporcional al incremento de los ingresos totales, en virtud de la tarificación aplicada a este servicio—, lo cual probablemente se vio favorecido por la intensa campaña publicitaria llevada a cabo por TESAU para poner este servicio en conocimiento del público.

Este hecho provocó una reacción de sus competidores, que se materializó mediante la puesta en el mercado de promociones al consumidor más agresivas —como se desprende de los datos recogidos en la Tabla 2— y el despliegue de la nueva modalidad autoinstalable del *kit ADSL* (de precio más reducido).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, el Gráfico 1 permite constatar cómo TERRA, a partir del mes de octubre, respondió a las ofertas promocionales que ya venían realizando otros operadores entrantes antes del mes de septiembre de 2001. De hecho, es a partir de octubre de ese año cuando TERRA puso en el mercado los descuentos promocionales a través del lanzamiento de la modalidad ADSL Plus —dotada de mayores prestaciones que la precedente modalidad “ADSL Estándar”—, presumiblemente como reacción competitiva a las ofertas comerciales realizadas en septiembre por otros operadores alternativos.

El Gráfico 1 muestra asimismo un cambio en el comportamiento del mercado a partir de septiembre de 2001, el cual había discurrido hasta ese momento paralelo a la evolución del Grupo Telefónica. Este cambio de tendencia obedece a tres cuestiones principales:

- A) El incremento en la tasa de captación de nuevos clientes por parte de los operadores alternativos —en especial, los proveedores de servicios de acceso a Internet (ISPs), que cuentan con redes con tecnología IP—. En ese sentido, resulta fundamental señalar que, durante el mes referido, el proveedor de servicios de Internet YA.COM consiguió obtener una considerable cifra de nuevos clientes, probablemente como resultado de su atractiva política comercial desplegada durante el inicio de su actividad en el mercado.
- B) El comienzo de la comercialización de kits autoinstalables, modalidad que implica menores costes de instalación del servicio ADSL en las dependencias del cliente.
- C) La generación de los efectos derivados de la adopción de medidas cautelares por parte de esta Comisión el 26 de julio de 2001 (MTZ 2001/4935), estableciendo un sistema *retail minus* para el cálculo de los precios mayoristas de provisión del servicio ADSL que debe aplicar TESAU.

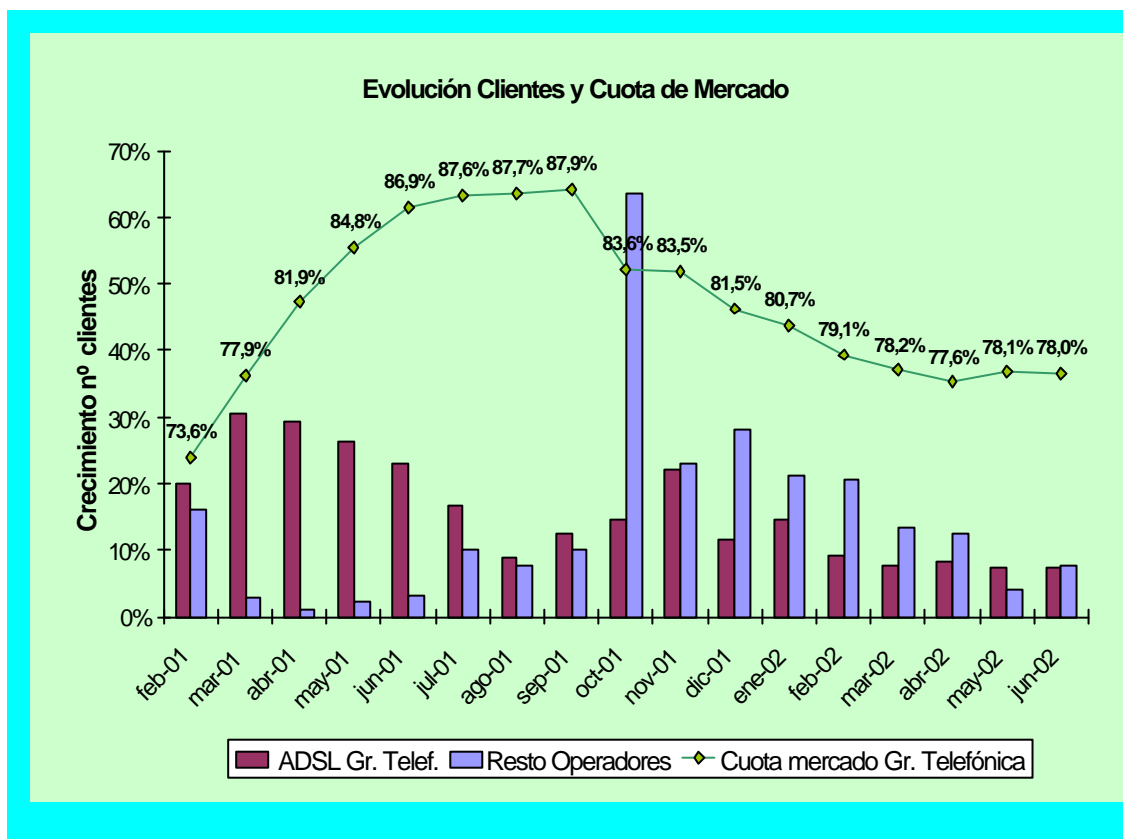
Estas políticas comerciales han tenido asimismo su reflejo en la evolución de las cuotas de mercado correspondientes a los servicios ADSL ofrecidos a los usuarios finales.

Con el fin de observar estos efectos, el gráfico 2 ilustra la evolución de la cuota de mercado —medida en número de clientes— captada por el Grupo Telefónica frente a la cuota lograda por el resto de sus competidores en este mercado durante el período temporal considerado.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 2:



Fuente: CMT

El gráfico anterior permite apreciar la respuesta de los operadores alternativos, los cuales, aprovechando la repercusión de la campaña comercial orquestada con motivo del inicio de la comercialización de servicios ADSL minoristas por parte de TESAÚ, así como las posibilidades de la nueva opción autoinstalable, han logrado atraer desde ese momento incluso más clientes que los captados por el conjunto del grupo Telefónica —lo que revela un crecimiento del número de clientes captados por estos operadores que se sitúa por encima de la tasa de crecimiento total de clientes del servicio ADSL—.

Estos datos vendrían a poner de relieve que la capacidad de competir de los operadores alternativos en la provisión de servicios ADSL a los clientes finales no habría sufrido merma alguna desde el inicio de las actividades de TESAÚ en este mercado.





## **COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Asimismo, a partir de ellos tampoco cabría deducir que las prácticas comerciales del Grupo Telefónica se alejen o sean la causa misma de las políticas promocionales actualmente generalizadas entre los operadores, sino más bien al contrario, esto es, que tanto TERRA como TESAU habrían venido a adecuar sus conductas en materia de ofertas comerciales a las prácticas iniciadas por parte de sus competidores.

Ello permite deducir que el comportamiento de las empresas del Grupo Telefónica en materia de ofertas comerciales a sus clientes no habrían resultado lesivas para la competencia en este mercado durante el período temporal considerado.

**CONFIDENCIAL:** [

Fuente: CMT ]

### **III.2.3 PRINCIPALES CONCLUSIONES CON RESPECTO DE LA SITUACIÓN DE TELEFÓNICA SAU Y OTRAS EMPRESAS DEL GRUPO TELEFÓNICA EN EL MERCADO DE REFERENCIA**

A partir del análisis del mercado de referencia que se ha realizado en el apartado precedentes, pueden resaltarse las siguientes conclusiones:

- El mercado de servicios minoristas de acceso de banda ancha, es un mercado que se encuentra en fase de rápido crecimiento, lo que ocasiona que en el seno del mismo esté teniendo lugar una intensa batalla competitiva por la captación de nuevos clientes que se materializa en la proliferación de ofertas comerciales cada vez más atractivas para los usuarios.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Los operadores alternativos a los del Grupo Telefónica que ofrecen servicios de acceso a los usuarios finales mediante soluciones ADSL vienen capturando cuota de mercado a partir del último trimestre de 2001, lo cual significa que crecen en número de clientes captados por encima de la tasa media de crecimiento correspondiente al conjunto del mercado. Ello pareciera indicar que su capacidad de competir no se ha visto afectada por la entrada en este mercado de TESAU, sino que más bien este hecho ha supuesto un punto de inflexión en el ritmo de crecimiento del mismo.
- En efecto, resulta observable que el crecimiento del mercado en su conjunto se torna más acusado desde el momento en que TESAU comenzó a prestar servicios ADSL minoristas, además de haberse multiplicado el número y variedad de ofertas comerciales que los operadores ponen a disposición de los clientes. En otras palabras, la entrada de TESAU en el mercado ADSL como comercializador minorista, ha supuesto una revitalización de la actividad comercial de sus competidores, provocando un notable efecto dinamizador en el mercado que se traduce en un considerable incremento de la tasa de entrada de nuevos clientes, actualmente situada en el entorno de los 45.000 nuevos clientes mensuales.
- La mayoría de los operadores que ofertan accesos de banda ancha con tecnología ADSL a los consumidores finales, utilizan como principal estrategia comercial la subvención de la cuota de alta del servicio, así como de los equipos asociados y su instalación en las dependencias del cliente, cuya finalidad es reducir las barreras de acceso al mercado para los consumidores y favorecer la penetración del servicio en el mercado. Asimismo, las ofertas comerciales de los operadores han comenzado recientemente a incluir ciertos contenidos de información, regalos y acceso a contenidos de información exclusivos, lo cual constituye un instrumento destinado a diferenciarse por precio de sus competidores, e incrementar de este modo su atractivo hacia los clientes.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- A la luz de los datos expuestos, el impacto real en el mercado analizado de las ofertas y promociones llevadas a cabo por el Grupo Telefónica puede calificarse de reducido en cuanto a su posible repercusión nociva en el mismo: como acaba de señalarse, resulta una práctica generalizada la subvención de equipos y cuotas de conexión, propia de un mercado emergente como es el de acceso de banda ancha mediante ADSL, cuya finalidad es la rápida captación de una masa crítica de consumidores que permita beneficiarse de economías de escala y aprendizaje, con el fin de obtener beneficios y poder cubrir los costes ocasionados por tal política comercial. Dado que la estructura de las ofertas y promociones comerciales del Grupo Telefónica se mantuvo constante durante el periodo analizado, no se puede afirmar que estas prácticas comerciales fueran la causa de una disminución de la competencia, toda vez que los operadores alternativos han llevado a efecto políticas comerciales antes, durante y después del comienzo de la actividad de TESAU en la prestación de servicios ADSL minoristas, actividad que les ha permitido aumentar constantemente su cuota de mercado a partir del mes de septiembre de 2001.

### III.3 ANALISIS DE LAS PRESUNTAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS POR PARTE DE LAS EMPRESAS DEL GRUPO TELEFÓNICA

#### III.3.1 INTRODUCCION

Tal como se ha indicado, el objeto del presente expediente consiste en la evaluación de las eventuales prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios finales de acceso de banda ancha, llevadas a cabo por parte de determinadas empresas integrantes en el grupo Telefónica.

Por otro lado, en el marco del expediente OM 2001/5718, relativo a posibles descuentos no autorizados en la oferta de ADSL minorista de TESAU, los operadores han realizado una serie de alegaciones que, por su objeto, guardan relación directa con el presente expediente, alegaciones que fueron acumuladas al presente procedimiento. En esencia, dichas consideraciones giraban en torno a la inclusión de terminales (módem ADSL) en la oferta paquetizada de TESAU y la posible fidelización que conllevaba el periodo mínimo de relación contractual de un año que TESAU estipulaba con sus clientes.



## **COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Con respecto a lo anterior, debe primeramente señalarse que la venta de los terminales asociados a los servicios de telecomunicaciones se encuentra plenamente liberalizada. En consecuencia, cabe concluir que la mera oferta paquetizada de TESAU —en la que incluye la provisión subvencionada del módem ADSL— no constituiría una distorsión del mercado. Asimismo, como se ha comprobado, este tipo de ofertas comerciales son una práctica generalizada en este mercado, práctica que en cualquier caso permite al cliente mantener abierta la posibilidad de adquirir el equipamiento que fuera necesario por otra vía diferente. Para mayor abundamiento, es preciso hacer notar que, en el momento actual, la oferta comercial de TESAU no obliga a los clientes finales a contratar el servicio ADSL conjuntamente con el equipamiento asociado, que puede adquirirse libremente en el mercado, por lo que la libertad de elección del consumidor no se ve en modo alguno constreñida en este sentido.

En cuanto al supuesto efecto fidelizador derivado del período contractual contemplado por TESAU en relación con sus clientes finales, debe tenerse en consideración que, en un mercado emergente, como es el caso del mercado analizado, este tipo de prácticas y acciones comerciales tienen perfecta cabida. En ese sentido, la fidelización, entendida como un impedimento para elegir otros proveedores durante el período de relación contractual suscrito, tiene por objeto la recuperación de la subvención realizada a través del regalo de equipamiento (en este caso, terminales) así como de los costes derivados de la captación del cliente, escenario análogo al que se generó en los inicios del mercado de la telefonía móvil.

En efecto, como se ha visto los operadores entrantes venían estableciendo con anterioridad a la entrada de TESAU en el servicio minorista, similares periodos de relación contractual, lo que confirma la generalización de este tipo de prácticas comerciales por todos y cada uno de los agentes intervinientes en este mercado, por lo que la acción de TESAU vendría a adecuarse a una práctica común de todos los competidores.

En lo referido al análisis de las conductas objeto del presente expediente, los aspectos a considerar son los que se ofrecen en los apartados siguientes.

### **III.3.2 PINZAMIENTO DE MÁRGENES Y PRECIOS PREDATORIOS**

Con respecto a esta cuestión, cabe en primer lugar analizar la posibilidad de que tales prácticas puedan ser llevadas a cabo por parte de TESAU, en calidad de principal suministrador de servicios mayoristas necesarios para la prestación a los usuarios finales de servicios de acceso de banda ancha en la modalidad ADSL.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, es necesario recordar que el régimen de regulación de precios aplicable a TESAU en relación con este tipo de servicios se compone de una doble vertiente: por un lado, los precios de los servicios ADSL que se ofrecen al usuario final se encuentran sometidos a un régimen de precios autorizados, lo que incapacita a este operador para modificarlos sin contar con la aprobación previa de la autoridad reguladora competente en esta materia.

Por otro lado, los precios de los servicios mayoristas de provisión de líneas ADSL que TESAU pone a disposición del resto de operadores han sido establecidos por esta Comisión<sup>16</sup>, que ha adoptado la prevención de referenciar directamente los precios de estos servicios mayoristas a los precios del correspondiente servicio minorista. Con ello, se ha tratado, precisamente, de eludir la posibilidad de que se produzcan situaciones de estrechamiento de los márgenes entre ambos precios.

De este modo, se hace virtualmente imposible para TESAU la puesta en práctica de políticas de estrechamiento de los márgenes en la provisión de los servicios de acceso en modalidad ADSL, al garantizarse por la vía de la intervención regulatoria la existencia de un margen positivo suficiente para aquellos operadores que, haciendo uso de los servicios mayoristas proporcionados por TESAU, traten de competir en el mercado minorista de servicios de acceso ADSL.

Igualmente, la estructura misma del régimen de regulación de precios al que TESAU se encuentra sometida hace inviable que adopte, por propia iniciativa, una política consistente en ofrecer sus servicios de acceso ADSL a los usuarios finales a precios que se encontrasen por debajo de los costes variables medios incurridos. Por ello, puede afirmarse que este operador no tendría capacidad alguna para llevar a efecto conductas que implicasen una predación en los precios de los servicios de acceso ADSL ofrecidos a los usuarios finales.

Una cuestión adicional que conviene no soslayar en este análisis corresponde a la solicitud formulada por TESAU —que ha sido puntualmente informada por esta Comisión a petición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos—, dirigida a obtener la preceptiva autorización para modificar el precio de la cuota de alta del servicio ADSL que cobra a los usuarios finales. En esta solicitud, TESAU planteó hacer coincidir el precio de la cuota de alta a cobrar al usuario final con el precio de la cuota de alta que, según el contenido de la vigente Oferta de Bucle de Abonado, resulta de aplicación para los servicios ADSL mayoristas ofrecidos a terceros operadores.

---

<sup>16</sup> Mediante la adopción de las medidas cautelares de fecha 26 de julio de 2001 y, más recientemente, en virtud de la aprobación de la Modificación de la Oferta de Bucle de Abonado, el pasado 29 de abril de 2002.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con relación a este particular, y a la vista del análisis del mercado del servicio ADSL minorista contenido en el presente documento, resulta conveniente analizar esta acción dentro del contexto de la lucha competitiva que está teniendo lugar por la captación de nuevos clientes en un mercado que se encuentra en fase de rápida expansión, en la cual los operadores rivalizan por atraer a los consumidores empleando políticas comerciales basadas en la reducción de los precios en el paquete de alta —cuota de alta, equipamiento físico asociado al servicio e instalación de los mismos—. En este sentido, podría interpretarse que, puesto que TESAU no tiene la posibilidad de fijar libremente sus precios minoristas, estaría tratando, en la medida de sus posibilidades de maniobra comercial, de responder a las acciones comerciales de subvención de los costes de alta del servicio que el resto de sus competidores están llevando a cabo —y que se han convertido en una práctica generalizada en este mercado.

Desde la perspectiva de su impacto en el mercado, debe señalarse primeramente que el beneficio que supondría la reducción del precio de la cuota de alta del servicio para el cliente final que contrate el servicio ADSL con TESAU resulta evidente. Asimismo, la minoración de los costes que para el usuario representa la incorporación a los servicios de banda ancha —en este caso, mediante la solución tecnológica constituida por el ADSL—, constituye una circunstancia que favorece la penetración masiva de tales servicios en el seno del tejido social, por lo que resulta deseable desde ese punto de vista.

En segundo lugar, cabe apuntar que la repercusión de esta eventual modificación del precio de la cuota de alta del servicio ADSL por parte de TESAU no supondría perjuicio alguno para el resto de sus competidores, habida cuenta que la práctica comercial que los principales operadores alternativos están llevando a cabo consiste en subvencionar completamente la cuota de alta de este servicio. Así, una reducción del precio de este concepto por parte de TESAU, si bien reduce las diferencias entre las ofertas comerciales de TESAU y las de sus competidores, no supone para estos últimos la privación de la ventaja competitiva que les proporciona el hecho de poder configurar libremente los precios que incluyen en sus ofertas comerciales.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de lo anterior, la eventualidad de aparición de prácticas relacionadas con el estrechamiento de márgenes por parte de la unidad económica constituida por el Grupo Telefónica, quedaría circunscrita a las conductas que en este sentido estuvieran poniendo en práctica otras empresas del grupo, en concreto T.DATA y TERRA. Esto es así porque, **a diferencia de TESAU, estas empresas no se encuentran sometidas al régimen de regulación de precios para los servicios ADSL que prestan a los usuarios finales**, por lo que pueden establecer libremente las condiciones de las ofertas comerciales que lanzan al mercado.

A este respecto, debe indicarse que el análisis de la información relativa a la estructura de ingresos y costes proporcionada por T.DATA a esta Comisión **no permite identificar la presencia de tales prácticas**, al existir márgenes positivos suficientes entre los costes de prestación del servicio y el precio que se aplica a los clientes que lo contratan.

Por lo que se refiere al análisis realizado sobre la información de ingresos y costes del servicio ADSL proporcionada por TERRA, los resultados del mismo se ofrecen en el Anexo confidencial que se adjunta a la presente Resolución.

En virtud de dicho análisis, puede observarse que el margen que se obtiene al detracer de los ingresos los costes proporcionales a las ventas, es de un **CONFIDENCIAL** [ %] negativo para todos las modalidades del servicio ADSL. Así, el margen operativo resulta ser del **CONFIDENCIAL** [ %] negativo para el conjunto de los productos comercializados por este operador durante el ejercicio 2001.

Por otra parte, y si bien es cierto que TERRA no cubre los costes totales de provisión de servicio y captación de clientes, también lo es que la mayor proporción de los costes imputados corresponden a los costes de captación, excepcionalmente elevados durante en el periodo analizado. Sin duda, estos decrecerán cuando el mercado se torne más maduro, y no haya necesidad de repetir el esfuerzo actual encaminado a promocionar el consumo de un producto hasta ahora desconocido para el público.

En este punto, conviene señalar que TERRA ha abandonado la comercialización de la modalidad “ADSL Estándar”, la cual ha reemplazado por la modalidad “ADSL Plus”, producto de similares características que reposiciona la estrategia comercial de la operadora con una oferta de precio superior (3 euros aproximadamente).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de lo anterior, efectivamente se comprueba la existencia de márgenes de operación estrechos, que en algún supuesto llegan a ser incluso negativos. Sin embargo, la valoración de dicho resultado debe ser especialmente rigurosa y prudente, y realizarse a la luz de la situación actual del mercado.

En efecto, el mercado de servicios de acceso de banda ancha en la modalidad de ADSL es un mercado que puede calificarse de emergente, en el cual los agentes se encuentran inmersos en el lanzamiento de ofertas comerciales dirigidas a captar, de la forma más rápida posible, una masa crítica de clientes que les permita alcanzar con prontitud la rentabilidad deseada.

En este escenario, resulta perfectamente compatible la existencia temporal de márgenes económicos estrechos, que pudieran ser incluso negativos, sin que ello suponga de manera automática la comisión de práctica contraria a la libre competencia y por tanto, de distorsión de mercado alguna, máxime cuando en el desarrollo de un mercado como el analizado, los agentes que operan en el mismo deben actuar con un esfuerzo económico inicial que implique pérdidas o conlleve márgenes estrechos, con el añadido de que TERRA no fue el primer operador en iniciar prácticas de este tipo, lo que en última instancia, implica que responde a la competencia.

A la luz de lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que la política de precios aplicada por el Grupo Telefónica a través de su filial TERRA no resulta objetivamente susceptible de anular o lesionar seriamente la capacidad de competir del resto de operadores, a través de un estrechamiento de los márgenes operativos.

Por lo que se refiere a las presuntas prácticas de predación en los precios, se ha considerado oportuno utilizar el análisis desde el punto de vista de los costes, con el fin de determinar si las ofertas comerciales de TERRA implicarían la fijación de precios por debajo de los costes variables medios incurridos.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, los resultados arrojados por el análisis realizado no permiten por sí mismos inferir la existencia de una práctica comercial por parte de TERRA que fuera, en su caso, asimilable a la predación de precios, por cuanto los márgenes se tornan positivos al cabo del período de tiempo considerado. Con relación a ello, interesa hacer notar que estos cálculos se han realizado tomando en consideración los costes corrientes (estándar), mientras que la Comisión Europea recomienda utilizar los costes incrementales a largo plazo (LRIC) —asimilables a los costes variables medios y, por consiguiente, menores que los costes corrientes— para determinar el eventual carácter predatorio de los precios, dadas las especiales características de los servicios de telecomunicaciones <sup>17</sup>.

En consecuencia, cabe deducir que las ofertas de TERRA no se estarían configurando a partir de precios inferiores a los costes variables medios, lo que vendría a invalidar la presencia de conductas predatorias en precios para los servicios de acceso ADSL ofrecidos a los consumidores.

En este punto, y con relación a las promociones comerciales ofertadas por TERRA, interesa señalar que éstas tendrían por finalidad introducir un nuevo producto en el mercado, potenciando su penetración en el mismo. Sin embargo, esas promociones no pueden ser, como en ocasiones sucede, directamente identificadas como una manifestación de prácticas de predación de precios: a menudo, tiende a confundirse la figura de la predación en los precios con las meras ventas promocionales —las cuales resultan más frecuentes, por convenientes, en el contexto de mercados sometidos a un rápido crecimiento.

En efecto, las ventas promocionales tienen como objetivo general la captación rápida de nuevos clientes, lo cual pretende lograrse mediante la reducción de los costes de incorporación de los usuarios a los servicios, constatándose habitualmente este tipo de actuaciones cuando se introducen nuevos productos en el mercado o, simplemente, cuando el agente comienza a operar en el mismo. Estas actuaciones son más acusadas en mercados en fase expansiva, como es el caso de los servicios de banda ancha en general, cuya característica más relevante reside precisamente en su rápido crecimiento.

De hecho, resulta fácilmente comprobable que los operadores entrantes están proponiendo continuamente al mercado nuevas figuras promocionales, consistentes inclusive en regalos de objetos no relacionados directamente con al prestación del servicio contratado —como, por ejemplo, cámaras digitales, *webcam*, etc.

---

<sup>17</sup> “Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones” (98/C 265/02).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal como se observa a partir del análisis dinámico del mercado de servicios ADSL minoristas ofrecido en el apartado anterior, los operadores alternativos al Grupo Telefónica pusieron con antelación en el mercado ofertas comerciales similares a las llevadas a cabo por TERRA. Ello revelaría que el grupo Telefónica no estaría haciendo sino responder a la competencia, utilizando para ello técnicas de ventas promocionales semejantes a las empleadas por sus competidores, las cuales no resultan asimilables a los fenómenos de predación en precios o estrechamientos de márgenes.

Finalmente, no debe perderse de vista que, a pesar de las políticas comerciales que el Grupo Telefónica está llevando a cabo, los operadores alternativos están ganando cuota de mercado en número de clientes (esto es, en ingresos), lo cual es indicador de que su crecimiento es mayor que el del conjunto del mercado.

En razón de todas las consideraciones expuestas, y a la vista de las conductas y los hechos constatados, esta Comisión entiende que no se verifican los elementos necesarios para atribuir al Grupo Telefónica la comisión de prácticas anticompetitivas mediante las actuaciones comerciales de sus filiales consistentes en la predación de precios o el estrechamiento de márgenes.

### III 3.3 SUBVENCIONES CRUZADAS

En general, la figura de la subvención cruzada tiene lugar cuando los ingresos obtenidos por un agente en un mercado determinado son utilizados para subsidiar las pérdidas ocasionadas en otro mercado distinto. Si los ingresos generados por el servicio prestado superan los costes (variables) incrementales a largo plazo<sup>18</sup>, el servicio se entendería entonces sostenible económicamente por sí mismo, por lo que no estaría afectado por la presencia de subvenciones cruzadas procedentes de otros servicios.

Con respecto de la posible presencia de subvenciones cruzadas entre empresas del Grupo Telefónica, en tanto que práctica contraria a la libre competencia, esta Comisión recabó en el marco de la tramitación del presente expediente información relativa a la facturación del servicio ADSL mayorista por parte de TESAU con respecto de las filiales del mismo grupo, TERRA y T.DATA, así como de otros operadores de telecomunicaciones alternativos al Grupo Telefónica, como Retevisión, Jazztel, Comunitel, BT Ignite, etc.

---

<sup>18</sup> Citados en el anterior epígrafe e identificados en terminología anglosajona con el acrónimo LRIC, *Long Run Incremental Cost measure*.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además de ello, tal y como ha sido apuntado en el hecho decimotercero del apartado I, se recabó el soporte documental acreditativo de las relaciones de agencia y mediación entre distintas empresas del Grupo Telefónica para la comercialización de sus productos.

Una vez que TESAU aclaró los distintos extremos contenidos en el escrito de trámite de audiencia, relativos a la deficiencia en la separación contable derivada en un primer momento de la información remitida por dicha compañía del Grupo Telefónica, esta Comisión no ha podido constatar la existencia de irregularidades derivadas de los conceptos facturados, los periodos o los precios aplicados en dichas facturas.

Por consiguiente, no resulta atribuible al Grupo Telefónica la comisión de prácticas anticompetitivas por subvenciones cruzadas.

### III 3.4 DISCRIMINACION

Tanto ASTEL como LINCE manifestaron que TESAU discriminaba a terceros operadores, mediante comportamientos como la venta o comercialización de servicios ADSL de otras compañías de su Grupo (TERRA) o mediante la puesta a disposición de empresas del Grupo la información para verificar si la línea de abonado está preparada para adaptarse al ADSL.

Concretamente, ASTEL puso de manifiesto, entre otras cuestiones, que TERRA y T.DATA contaban de forma inmediata, con la información contenida en las bases de datos de TESAU relativas a las características técnicas de los pares de abonado, así como de los datos de contacto de los clientes finales, señalando que, contrariamente, los operadores alternativos tan sólo disponen del listado de centrales de TESAU en las que se ha implantado el ADSL, no garantizándose que los pares que pertenecen a una determinada central puedan soportar finalmente el ADSL en función de sus características técnicas.

En relación con ello, es necesario puntualizar que, por su naturaleza, tales conductas se enmarcan en el mercado mayorista de provisión de líneas susceptibles de soportar la prestación de servicios de acceso de banda ancha, el cual constituye un mercado distinto del mercado de referencia considerado en el marco del presente expediente. Por tanto, las posibles prácticas discriminatorias que, eventualmente, pudieran estar llevando a cabo TESAU, son susceptibles de un análisis distinto del que constituye el objeto de este expediente, por cuanto las prácticas alegadas implicarían, en todo caso, discriminaciones entre operadores, pero no entre clientes finales.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante lo anterior, esta Comisión considera que la cuestión relativa a la existencia o no de las prácticas discriminatorias denunciadas por los operadores entrantes resulta merecedora de un análisis detallado dirigido específicamente a clarificar este extremo. A este respecto, interesa señalar que éste es precisamente el objeto de un expediente que se encuentra actualmente en fase de tramitación por esta Comisión, el cual está orientado a analizar de forma pormenorizada la posible existencia de este tipo de conductas en el mercado mayorista de provisión de instalaciones ADSL a terceros los operadores.

Vistos los antecedentes de hecho y Fundamentos de Derecho, el Consejo de esta Comisión

### RESUELVE

**Primero.-** Declarar que el Grupo Telefónica ostenta una posición dominante en el mercado de referencia de los servicios de acceso a redes de comunicaciones electrónicas mediante soluciones de banda ancha prestados a los usuarios finales, en la medida en que dicho Grupo actúa en el mercado como una unidad económica y ostenta una posición de dominio en el mercado mayorista ascendente que se traslada al mercado minorista en virtud de la íntima conexión existente entre los mercados mayoristas y minoristas de prestación de tal servicio de acceso, en particular sobre la solución tecnológica ADSL.

**Segundo.-** Que el Grupo Telefónica no ha incurrido en una política de precios constitutiva de un comportamiento anticompetitivo en el mercado referencia considerado, que se hubiera materializado a través de prácticas de estrechamiento de márgenes o de predación de precios.

Con relación a ello, sí puede apreciarse un grado de replicabilidad suficiente por parte del resto de competidores de las ofertas comerciales lanzadas por las empresas pertenecientes al Grupo Telefónica. Ello es perfectamente compatible en un entorno caracterizado por el dinamismo de las ofertas comerciales, propio de un mercado emergente, caracterizado por un intenso ritmo de crecimiento y de innovación tecnológica.

**Tercero.-** Que el Grupo Telefónica no ha incurrido en un comportamiento anticompetitivo en el mercado de referencia, que se hubiera materializado a través de prácticas de subvenciones cruzadas entre compañías del mismo Grupo.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Cuarto.-** Que, respecto de las eventuales prácticas discriminatorias del Grupo Telefónica en el mercado mayorista de provisión de las infraestructuras susceptibles de soportar la prestación de tales servicios de acceso de banda ancha mediante ADSL, esta Comisión quiere destacar que el análisis de esta cuestión constituye el objeto de un expediente específico, el cual se encuentra en la actualidad en fase de tramitación en el seno de los Servicios. Este expediente está destinado a analizar con detalle esta cuestión, para adoptar, en su caso, las decisiones que resulten oportunas de cara a corregir las eventuales distorsiones que pudieran estar produciéndose en este mercado.

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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes