



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELAZQUEZ VIOQUE, 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 nº 45 /03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de diciembre de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente **OM 2003/709**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN SOBRE LA PRESUNTA COMISIÓN POR PARTE DE TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMERCIALIZACIÓN DEL SERVICIO MAYORISTA QUE DA SOPORTE AL PRODUCTO “ADSL HOME” DE TERRA NETWORKS S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante escrito de fecha 23 de abril de 2003, que tuvo entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) en esa misma fecha, la Asociación Española de Proveedores de Servicios de Internet (en lo sucesivo, AEPSI) solicita la intervención de esta Comisión ante el lanzamiento al público de la oferta comercial denominada “ADSL HOME” por parte de TERRA NETWORKS ESPAÑA S.A. (en adelante, TERRA) ya que, en opinión de AEPSI, esta oferta estaría revelando un trato discriminatorio por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante, TESAU) en la provisión de servicios ADSL mayoristas a favor de su filial TERRA y en detrimento del resto de agentes que compiten con ella en la prestación al público de servicios ADSL.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el mencionado escrito, se expone que ciertas empresas que son miembros de AEPSI han solicitado tanto a TESAU como a TELEFÓNICA DATA ESPAÑA S.A. (en adelante, TDATA) la provisión de determinados servicios ADSL mayoristas al objeto de configurar una oferta comercial similar a la que TERRA comercializa bajo la denominación “ADSL HOME”, sin que hasta la fecha los proveedores mayoristas requeridos, que pertenecen ambos al mismo grupo empresarial que TERRA, hayan puesto a disposición de los miembros de AEPSI el servicio demandado, en virtud de lo cual aducen que no se encontrarían en las mismas condiciones que TERRA a la hora de competir en el mercado.

Igualmente, se solicitaba la adopción de una medida cautelar consistente en la paralización de la oferta comercial del servicio “ADSL HOME” prestado por TERRA.

Segundo.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 9 de mayo de 2003 se comunicó a TESAU, TERRA y TDATA, así como a las empresas representadas por la AEPSI y ASTEL, que había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo dirigido a estudiar la denuncia formulada por AEPSI.

Tercero.- En el marco de la tramitación iniciada en su momento por esta Comisión y acogiéndose a lo dispuesto en la mencionada LRJPAC, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y a lo previsto por el artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, esta Comisión dirigió requerimientos de información a TESAU, TDATA, TERRA y a la propia AEPSI, a fin de disponer de los necesarios elementos de juicio para la tramitación del expediente.

Cuarto.- El día 4 de junio tuvo entrada en esta Comisión un escrito de AEPSI mediante el cual se cumplimentaba el requerimiento de información efectuado a esta entidad, y por el que se aporta copia compulsada del escrito de solicitud de información efectuado por uno de los miembros de la mencionada asociación —WANADOO ESPAÑA S.A. (en adelante WANADOO)— a TESAU en relación con el servicio ADSL mayorista prestado a TERRA.

Asimismo, el 9 de junio de 2003 se recibieron en el Registro de esta Comisión las contestaciones de TESAU y TDATA al requerimiento de información emitido.

Finalmente, el día 12 de junio tuvo entrada en esta Comisión un escrito de TERRA, mediante el cual se cumplimentaba el requerimiento de información efectuado a este operador.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Esta Comisión procedió a comunicar a las partes personadas, mediante escritos de 3 de octubre de 2003, 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, únicamente la entidad AEPSI verificó alegaciones al mismo mediante escrito de 31 de octubre de 2003.

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

De acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, en adelante), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su formativa reguladora, la resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

En este sentido, entre las funciones que la Ley 32/2003 otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.3 e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios...”*.

Asimismo, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC. Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la mencionada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

II DETERMINACION DEL MERCADO DE REFERENCIA AFECTADO

II.1 Consideraciones previas.

En primer lugar, es conocido que proceder a la identificación del mercado de referencia sobre el cual llevar a cabo el pertinente análisis dirigido a examinar la eventual existencia de las prácticas anticompetitivas denunciadas, es la primera labor a realizar cuando se aborda el estudio de esas presuntas prácticas contrarias a la libre competencia. En este sentido, de acuerdo con la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

normativa y consolidada jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, los mercados de referencia han de ser definidos caso por caso.

Por ello, de cara a evaluar si una determinada empresa disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, “...de una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, de los consumidores”¹, la labor de definición del mercado afectado reviste una importancia esencial, puesto que la existencia de competencia efectiva sólo puede ser examinada por referencia a un mercado específico que debe ser previamente definido.

A este respecto, cabe tener en cuenta que la determinación del mercado de referencia no es un fin en sí mismo, sino que forma parte del proceso de evaluación del poder económico que ostenta una determinada empresa en ese mercado particular, así como de su capacidad para controlar el desarrollo de la competencia en el seno del mismo².

II.2 Determinación del conjunto de partida

En el mercado español, los servicios ADSL se han basado en el servicio regulado de acceso indirecto al bucle del abonado mediante conectividad ATM de TESAU (GigADSL). Ahora bien, este es únicamente el primer eslabón de la cadena de producción necesaria para proveer el servicio ADSL minorista al usuario. En particular, es necesario el establecimiento de una capa IP adicional a la anterior para configurar el servicio final.

Así, el servicio ADSL-IP es un servicio mayorista que se engloba en este segundo eslabón de la cadena de valor, que agrega las funcionalidades propias de los servicios de acceso indirecto al bucle con conectividad ATM (servicio GigADSL), nuevas prestaciones funcionales, cuales son las que corresponden al transporte de datos mediante el protocolo IP.

Son las capacidades de la capa IP las que permiten la autenticación del usuario y la prestación de los servicios minoristas ADSL por consumo (tal y como ofrece el servicio de TERRA “ADSL Home”). En particular, las presuntas prácticas anticompetitivas habrían sido cometidas por TESAU en la comercialización del servicio ADSL-IP dotado de funcionalidad de IP dinámica.

Este servicio es el que utiliza el Grupo Telefónica para la prestación de sus servicios minoristas ADSL. Para comprender mejor los problemas que plantea

¹ Caso 27/76 United Brands v. Comisión.

² Asunto C-242/95: GT-Link, apartado 36.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la AEPSI, se describen brevemente a continuación las dos modalidades básicas en que se basa este producto mayorista:

- **ADSL-IP tunelizado**: Este servicio mayorista integra el transporte ATM e IP (no incluye la salida a Internet ni otros servicios adicionales necesarios para prestar el servicio ADSL minorista), posibilitando la asignación de las direcciones IP del usuario al PSI que contrata el servicio. Es por ello que queda bajo la responsabilidad del PSI el decidir el tipo de dirección: pública/privada, estática/dinámica. Por tanto, esta modalidad permitiría la confección de ofertas minoristas similares a la comercializada por TERRA si el PSI aporta los elementos de red adicionales.
- **ADSL-IP no tunelizado**³: En esta modalidad, TESAU integra además de los elementos ATM e IP, la salida a Internet mediante la red de TDATA. Ahora bien, en este caso, las direcciones de usuario son asignadas por TESAU de un rango de direccionamiento público y no son asignadas por el PSI. Lo que denuncia la AEPSI es que dentro de este servicio que integra prácticamente todos los elementos necesarios para proveer los servicios minoristas ADSL, TESAU no ofreciera la posibilidad al PSI de asignación dinámica de las direcciones IP, lo que posibilitaría la confección de ofertas similares al ADSL Home.

II.3 El mercado de producto

La determinación de los mercados de referencia debe realizarse a la luz de la citada Resolución de 10 de julio de 2003⁴. En aquella ocasión se identificaron los siguientes mercados de referencia mayoristas respecto a la prestación de los servicios ADSL:

- Servicios de acceso indirecto al bucle del abonado;
- Reventa mayorista de servicios ADSL.

Tal y como se ha descrito en la determinación del conjunto de partida, el mercado de reventa mayorista de servicios ADSL coincide exactamente con el identificado con motivo de aquella Resolución. Este mercado se definió como aquel que incluía todos *“los servicios mayoristas consistentes en suministrar a*

³ El servicio “no tunelizado” es el utilizado por TESAU para sus propios usuarios y los de TERRA.

⁴ Resolución sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL mayoristas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los clientes que los contratan la totalidad de los elementos de red y prestaciones funcionales que resultan necesarias para prestar a los usuarios finales un servicio de transmisión de datos mediante ADSL completamente funcional”.

Así, el producto ADSL/IP coincide con esta descripción. Ahora bien, debe tratarse de manera especial, dado el origen de esta denuncia, la sustituibilidad de los servicios de reventa que permiten la asignación estática o dinámica de las direcciones IP. Cabe recordar que esta facilidad es la que permite crear productos minoristas que se facturen por consumo, diferenciándose del producto tradicional de tarifa plana.

Desde el punto de vista de la demanda resulta complicada la sustituibilidad de un servicio de reventa con asignación dinámica de direcciones IP por otro que no cuente con esta facilidad. La posibilidad que da el primero permite a estos agentes configurar una oferta minorista más flexible y diferenciada del operador tradicional, con una tarificación por consumo. Por tanto, ante un incremento duradero, reducido pero significativo del precio de estos servicios mayoristas, los consumidores de dichos servicios (PSI) no lo sustituirían por aquellos que no permiten una asignación dinámica.

Debe concluirse que desde el punto de vista de la demanda, no se consideran sustituibles los servicios mayoristas de reventa ADSL que permiten la asignación dinámica de las direcciones IP por aquellos que únicamente permiten la estática.

Dicho lo anterior, debe analizarse también la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta. Desde un punto de vista metodológico, el análisis de sustituibilidad de la oferta se utiliza complementariamente una vez se ha abordado la sustituibilidad de la demanda, para, en su caso, ampliar el conjunto de productos integrantes de un mismo mercado.

La razón de ello es que, desde la perspectiva de la demanda, el conjunto de bienes que se consideran sustitutivos de un determinado producto puede conducir a realizar una definición excesivamente estrecha del mercado relevante, y ello por no tener en cuenta que el comportamiento de los operadores de un mercado —o del monopolista hipotético, en términos analíticos— pueda verse restringido por la actuación de otros productores de mercados vecinos. Dado que el objeto de la definición del mercado consiste en delimitar sistemáticamente todas aquellas restricciones competitivas que un operador enfrenta, resulta necesario incluir en el mercado aquellas alternativas que desde el lado de la oferta son capaces de ejercer una presión competitiva sobre el comportamiento de los operadores del producto considerado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal y como se ha venido indicado en expedientes resueltos por esta Comisión relativos a prácticas contrarias a la libre competencia en el mercado, se considera que un cierto producto tiene sustitutivos desde el punto de vista de la oferta si los productores de otros bienes o servicios distintos estuvieran dispuestos a reorientar sus recursos de producción al suministro de dicho producto en respuesta a un cambio en los precios relativos de éste.

En efecto, para que la sustituibilidad por el lado de la oferta pueda ser considerada una restricción competitiva real, es necesario que confluyan una serie de factores, que en el supuesto analizado se concentran en determinar si aquellos oferentes que proporcionan servicios ADSL mayoristas de reventa con direccionamiento IP estático, son o serían capaces de poner en el mercado esos mismos servicios, pero dotados con IP dinámica.

La respuesta a la cuestión formulada en el párrafo anterior es afirmativa, por cuanto que no se vislumbra inconveniente en que los productores que ofrecen servicios ADSL mayoristas de reventa con direccionamiento estático reorienten los activos y recursos financieros de que disponen en la puesta a disposición de los operadores de servicios ADSL mayoristas dotados con IP dinámica.

En línea con lo expuesto, se ha constatado que los principales agentes que ofrecen los servicios mayoristas de reventa ADSL cuentan con productos de direccionamiento IP dinámico: Albura, Grupo Auna, BT, TDATA y LINCE, además de la ya mencionada TESAU.

En conclusión, debe definirse el mercado de servicios mayorista de reventa ADSL, en los mismos términos que se expusieron en la citada Resolución de 10 de julio de 2003.

II.4 Determinación del ámbito geográfico de referencia de los productos afectados

De cara a establecer cuál es el ámbito geográfico que corresponde al mercado de referencia afectado, cabe tener en cuenta que, conforme con la Comunicación de la Comisión Europea, de fecha 9 de diciembre de 1997, el principio básico a contemplar reside en la identificación de presiones desde el punto de vista de la competencia⁵.

⁵ En el sector de las comunicaciones electrónicas, el alcance geográfico del mercado pertinente se ha delimitado tradicionalmente aplicando dos criterios principales: a) la zona cubierta por una red, y b) la existencia de instrumentos legales y otros instrumentos reglamentarios. Vid. Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (2002/C165/03).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, el ámbito geográfico del mercado de referencia comprendería el área en la que las empresas operan en el suministro y demanda de bienes y servicios considerados relevantes con unas condiciones de competencia homogéneas y con la posibilidad de establecer diferencias con áreas geográficas vecinas, como consecuencia de que tales condiciones resulten ser sustancialmente distintas.

En este punto, interesa destacar que la práctica denunciada que constituye el objeto del presente expediente está referida a conductas desplegadas por el Grupo Telefónica en la totalidad del territorio nacional, sin distinción de áreas geográficas determinadas en las que tales conductas denunciadas se hubieran producido con especial intensidad o con características específicas.

Y ello se afirma por cuanto puede constatarse que la provisión comercial de servicios ADSL mayoristas de reventa tiene lugar actualmente de forma consistente en toda la geografía española, sin poderse distinguir zonas territoriales en las que las condiciones de prestación del servicio mayorista muestre características cualitativamente distintas. Y esto es así porque TESAU es la propietaria de la práctica totalidad de los bucles físicos sobre los que se soporta la prestación de tales servicios ADSL mayoristas.

Por tanto, no cabe considerar la existencia de zonas geográficas más reducidas que ésta en las que, eventualmente, pudieran detectarse condiciones de competencia en la provisión de tales servicios ADSL mayoristas que presenten diferencias identificables.

En virtud de todo lo anterior, el ámbito geográfico a considerar en el presente caso y para el mercado de referencia definido se extiende a la totalidad del territorio nacional, atendiendo al ámbito territorial en el que se producen los efectos de las conductas a analizar, pudiendo predicarse unas condiciones homogéneas de competencia en el mismo.

Dados los argumentos apuntados anteriormente, cabe definir como mercado afectado el mercado mayorista de reventa de servicios ADSL en la totalidad territorio español.

III EVALUACIÓN DE LA POSICIÓN DEL GRUPO TELEFÓNICA EN LOS MERCADOS DE REFERENCIA AFECTADOS

III.1 Caracterización del Grupo Telefónica como unidad económica a efectos del análisis desde el punto de vista del Derecho de la Competencia

En el mercado de referencia considerado en este procedimiento actúan dos empresas, que pertenecen al Grupo Telefónica, TESAU y TDATA. Así, TESAU



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es filial 100% de Telefónica S.A. Por su parte, Telefónica Data de España es filial al 100% de Telefónica DataCorp, que es, a su vez, una entidad filial al 100% de Telefónica S.A.

Por lo que se refiere a la prestación de servicios basados en la tecnología ADSL, conviene destacar que TESAU suministra en la actualidad servicios minoristas y mayoristas —en particular, su oferta mayorista consta tanto de servicios de acceso indirecto al bucle, como de servicios de tipo *reventa*—, por lo que opera en todos los eslabones que integran la cadena de valor de producción de tales servicios de telecomunicación.

Por su parte, TDATA actúa en el mercado únicamente a través del suministro de servicios ADSL mayoristas —en particular, ofertando a terceros agentes el servicio de tipo *reventa* denominado *MegaVía ADSL*—. TDATA satisface a su vez sus necesidades de servicios ADSL mayoristas mediante la contratación con TESAU del servicio ADSL/IP y del servicio *GigADSL*.

Asimismo, debe señalarse que la compañía TERRA, controlada por Telefónica S.A., actúa exclusivamente en el mercado minorista de servicios ADSL, ofertando sus productos principalmente en el segmento de usuarios residenciales. En concreto, TERRA satisface sus necesidades de servicios ADSL mayoristas exclusivamente mediante la contratación con TESAU del servicio ADSL-IP.

Sobre la base de lo expuesto, cumple asimismo considerar que el Grupo Telefónica constituye una unidad económica a los efectos de la aplicación de la normativa de Competencia en este caso particular

III.2 Evaluación del poder de mercado ostentado por el Grupo Telefónica en los mercados de referencia considerados

Según el Tribunal de Justicia Europeo, se considera que una empresa tiene un poder significativo en el mercado si tiene *“una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores”*⁶. Como también ha subrayado el Tribunal, la conclusión de la existencia de una posición de dominio en un cierto mercado de referencia no impide que pueda haber cierto grado de presencia de competencia en ese mismo mercado.

⁶ Asunto 27/76, United Brands vs Commission.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El análisis que sigue se encamina a determinar si en el mercado de referencia considerado en el marco del presente expediente existe o no una empresa dominante.

III.2.1 Análisis de las cuotas de mercado

Las citadas Directrices de la Comisión Europea, en su apartado 75, establecen literalmente lo siguiente:

“... la existencia de una posición dominante se juzga aplicando diversos criterios (...). Las cuotas de mercado se utilizan a menudo como indicadores de peso en el mercado”. Ahora bien, se debe tener en cuenta que “los criterios que deban utilizarse para medir la cuota de mercado de la empresa o empresas afectadas dependerán de las características del mercado pertinente” (art. 77).

A estos efectos, el primer criterio relevante lo constituye el reparto del número de ADSL mayoristas contratados por los operadores. Como se ha descrito anteriormente, los servicios de reventa mayorista ADSL se configuran a partir del producto regulado GigADSL de TESAU regulado en virtud de la Oferta del Bucle del Abonado (OBA). La tabla siguiente muestra la evolución de estos servicios:

Tabla 1. Evolución del mercado ADSL

[CONFIDENCIAL]

La anterior evolución muestra como los operadores están desvinculándose de los servicios de reventa de TESAU, configurando sus servicios a partir del servicio regulado GigADSL. Las anteriores magnitudes se plasman en términos de contribuciones al mercado por tipo de operador de la siguiente forma:

Tabla 2. Evolución de la composición de la contratación mayorista de servicios ADSL.

[CONFIDENCIAL]



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De los datos anteriores se observa como la importancia del servicio ADSL/IP de TESAU pierde importancia sobre el total, manteniéndose únicamente constante la aportación derivada del TESAU y TERRA (en autoconsumo). Por el contrario, es de destacar la evolución de los servicios basados en ATM, que incrementan su importancia en **[CONFIDENCIAL]**.

Esta evolución evidencia la existencia de alternativas para la prestación de servicios ADSL mayoristas con conectividad IP, que viene avalada por la constatación de un cada vez mayor despliegue tanto en demarcaciones cubiertas como en porcentaje de población a la que es susceptible de prestar estos servicios.

A modo ilustrativo, se presenta una tabla que permite verificar lo afirmado con anterioridad y que pone de relieve la elevada presencia de los operadores alternativos en el territorio nacional, presencia que constituye una sólida alternativa a la provisión de servicios ADSL del Grupo Telefónica:

| OPERADOR | Nº demarcaciones cubiertas | Cobertura de población sobre el total nacional |
|------------|----------------------------|--|
| TESAU | 109 | 100% |
| OPERADOR 1 | 109 | 100% |
| OPERADOR 2 | 86 | 95,59% |
| OPERADOR 3 | 62 | 83,08% |
| OPERADOR 4 | 24 | 55,57% |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la O.B.A. y datos publicados por el INE (Municipios 2002).

Si bien los datos obtenidos en el marco de la OBA apuntan una sólida posición del Grupo Telefónica en el mercado de referencia, esta Comisión estima que existen alternativas a las infraestructuras dicho grupo, lo que aconseja el análisis de parámetros adicionales para determinar su posición económica.

Este análisis cobra mayor importancia dado el importante dinamismo que caracteriza a este mercado, con crecimientos sostenidos que constituyen un reflejo directo de la evolución experimentada por la demanda en el mercado minorista correspondiente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De este modo, tal y como esta Comisión reconoció en su Resolución de 19 de septiembre de 2002⁷, puede afirmarse que la provisión minorista de servicios ADSL se ha encontrado sometida a un rápido crecimiento. A partir de ello, resulta natural aceptar que mercados mayoristas relacionados con la provisión de estos servicios como el que afecta al presente expediente, constituyan asimismo un mercado que crece a gran velocidad, por cuanto corresponden a los sucesivos eslabones ascendentes dentro de la misma cadena de valor (como se demuestra en la evolución presentada en la Tabla 1).

En este sentido, conviene tener presente que las características propias de estos mercados hacen que el operador líder cuente con cuotas de mercado importantes, pero sea difícil determinar, evaluando únicamente la cuota de mercado ostentada por los operadores participantes, si ello comporta la ostentación o no de una posición dominante en el mismo por parte de éste. Por esta razón, resulta oportuno examinar adicionalmente otros factores, de la misma manera en que se ha venido realizando por esta Comisión en expedientes precedentes⁸.

III.3 Análisis de criterios adicionales para la determinación de la posición del Grupo Telefónica en el mercado de reventa de servicios ADSL mayoristas.

- Integración vertical en el mercado. El hecho que el Grupo Telefónica esté integrado verticalmente favorece que las distintas empresas del Grupo estén presentes en todos los eslabones de la cadena de valor de la prestación de servicios ADSL —desde el acceso a las infraestructuras necesarias, pasando por los mercados intermedios de prestación a terceros operadores hasta desembocar en la prestación a los clientes finales de los servicios ADSL—. Este hecho permite a las empresas pertenecientes al Grupo Telefónica proporcionar a sus clientes, ya sean residenciales o de negocios, mayoristas o minoristas, un amplio y completo catálogo de servicios y productos relacionados con las comunicaciones electrónicas.
- Control de infraestructura no reproducible fácilmente. El mercado de reventa de servicios ADSL mayorista no parece que se caracterice por la existencia de infraestructuras difícilmente replicables. Así, un número importante de operadores tienen cubiertas la mayoría de demarcaciones, lo que les permite configurar sus propias redes IP para prestar los servicios

⁷ Resolución de 19 de septiembre de 2002 sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL minoristas.

⁸ Vid, Resolución de 10/07/2003, exp. 2002/7330.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

considerados en el marco del presente expediente. La tabla siguiente muestra dicha cobertura:

Tabla 3. Demarcaciones cubiertas por operador (octubre 2003)

[CONFIDENCIAL]

- Presencia de economías de escala y de alcance. El hecho de que TDATA y TESAU pertenezcan a un mismo Grupo empresarial que integra gran cantidad de actividades de telecomunicaciones, ofrece ventajas a estas operadoras a la hora de presentar soluciones integradas, con su consecuente reducción de costes por servicio. Por otra parte, dicha integración también favorece el aprovechamiento de las economías de escala que caracterizan al sector.

Junto con las anteriores consideraciones, conviene detenerse en conocer si el mercado de referencia considerado presenta o no **barreras significativas a la entrada** de nuevos agentes en el mismo. La ausencia de tales barreras, según establece la Comisión Europea, *“actúa, en principio como elemento disuasorio de un comportamiento anticompetitivo independiente por parte de una empresa con una cuota de mercado significativa”*, mientras que su presencia actuaría en contrario, esto es, facilitando la existencia de posiciones dominantes.

A este respecto resultan de aplicación las consideraciones que puso de manifiesto esta Comisión con ocasión de la reciente Resolución de 10 de julio de 2003. Así, se consideró que las inversiones requeridas para la creación de infraestructuras que permitan hacer uso de los servicios de acceso indirecto al bucle para construir sobre ellos otros servicios —como son los de tipo *reventa*— no resultan especialmente elevadas, si se comparan éstas con las requeridas para lograr el acceso completamente desagregado al bucle de abonado.

Así las cosas, y sobre la base de lo anterior, no podría afirmarse que existan barreras significativas de entrada al mercado de provisión de servicios ADSL mayoristas de tipo *reventa*, lo que vendría a reducir la posibilidad de que surgiesen operadores con posición de dominio en el mismo.

Esta circunstancia podría muy bien explicar el hecho de que en el mercado de provisión de servicios ADSL mayoristas de tipo *reventa* haya aflorado cierto grado de concurrencia, apreciable por la presencia en el mismo de una multiplicidad de competidores, mientras que en el mercado de provisión de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios ADSL mayoristas mediante el acceso indirecto al bucle con conectividad ATM, se mantenga TESAU como único agente presente en el mismo —hecho explicable precisamente por la considerable barrera de entrada a este último mercado que supone tener que contar con una infraestructura de bucles telefónicos desplegada y dotada asimismo de cierto grado de capilaridad—.

Ahora bien, como se ha explicado anteriormente, los servicios ADSL requieren indispensablemente del soporte constituido por el bucle del abonado para hacer posible su provisión a los usuarios finales. Sin embargo, es precisamente en la provisión del acceso al bucle del abonado en donde TESAU ostenta una situación de monopolio *de facto*,⁹ —lo que evidentemente incluye o contempla su posición en la provisión de servicios ADSL mayoristas mediante el acceso indirecto al bucle de abonado con conectividad IP (*ADSL-IP* o “*MegaBase ADSL*”)—.

En este sentido, interesa señalar que este escenario que se ha descrito se corresponde perfectamente con lo que la doctrina de Derecho de la Competencia define como “mercados conexos”. En razón de ello, cumple examinar la eventual aplicabilidad de esta doctrina al caso que constituye el objeto del presente expediente, doctrina que ha sido empleada en anteriores expedientes de esta Comisión para procedimientos de similar naturaleza¹⁰

A la luz de la doctrina establecida, cabe afirmar 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.

Así las cosas, la vulneración de la libre competencia por parte de empresas dominantes no exige una identidad en el mercado dominado y en aquel en que se produce el abuso. De este modo, un operador dominante en un mercado muy cercano puede realizar prácticas abusivas en el mercado conexo, al hacer uso de su posición en el primero de ellos.

En el caso aquí considerado, se ha observado que TESAU ostenta una clara posición de dominio en los dos primeros eslabones de la cadena de valor de producción de los servicios ADSL —cuales son los que corresponden,

⁹ En la citada Resolución de 19 de septiembre de 2002, esta Comisión estableció asimismo que TESAU ostentaba una “*posición hegemónica (...) —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*”.

¹⁰ Por todos, ver Resolución recaída en el expediente OM 2001/5678.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

respectivamente, a la provisión de servicios de acceso directo e indirecto a los bucles telefónicos, tal como se definen en la OBA—, la cual se deriva del hecho de que TESAU mantiene el control de la inmensa mayoría de los bucles telefónicos actualmente instalados en el territorio español.

A la luz de todas las consideraciones anteriores, y sobre la base de la meritada jurisprudencia comunitaria, cabe concluir que la posición dominante ostentada por el Grupo Telefónica —actuando como una unidad económica, de la que forma parte integrante la propia TESAU— en el mercado de acceso desagregado al bucle de abonado es susceptible de trasladarse a todos los mercados conexos descendentes del anterior, hasta alcanzar el último eslabón de la cadena, que corresponde al mercado minorista de servicios ADSL¹¹. Y esto es así por cuanto:

- a) 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 todos los mercados descendentes pertenecientes a la misma cadena de valor, cual es las líneas que constituyen el acceso físico a los usuarios a la red telefónica convencional, por lo que ostenta una posición de dominio en la provisión de los servicios de acceso al bucle, tanto en la modalidad de acceso directo como de acceso indirecto.
- b) Las empresas pertenecientes al 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.

IV ANÁLISIS DE LA PRESUNTA PRÁCTICA DISCRIMINATORIA LLEVADA A CABO POR PARTE DEL GRUPO TELEFÓNICA EN LA COMERCIALIZACIÓN DEL PRODUCTO “ADSL HOME”.

Tal y como se ha reiterado tantas veces por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y decisiones de las autoridades competentes en materia de defensa de la competencia, la posición de dominio no es en sí objeto de sanción, pero de ella se deriva la imposición a la empresa que la ostenta unas particularidades en cuanto a su ámbito de actuación. Dichas particularidades se concretan básicamente en que no resultan admisibles comportamientos de la misma que no plantearían objeción alguna en caso de ser ejecutados por empresas sin dicha posición de dominio. Así, el

¹¹ Conclusión que resulta completamente consistente con lo establecido a este respecto por esta Comisión en su Resolución de fecha 19 de septiembre de 2002, recaída en el marco del expediente OM 2001/5678, en relación con las presuntas prácticas anticompetitivas del Grupo Telefónica en la provisión de servicios ADSL minoristas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tribunal de Justicia de la CE (en lo sucesivo, TJCE), ha establecido que incumbe a la empresa en posición dominante una responsabilidad particular, la de no perjudicar una competencia efectiva y no distorsionada (sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461).

En suma, las empresas en posición de dominio tienen una especial responsabilidad de que sus actuaciones y comportamientos no perjudiquen la posibilidad de una competencia efectiva, resultando inadmisibles en consecuencia tales actuaciones aun cuando serían aceptables en empresas que no ostentaran dicha posición.

Como consideraciones preliminares, cabe poner de manifiesto que específicamente el Artículo 82 (2) c del Tratado específicamente señala como un abuso de posición dominante *“aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”*.

El primer paso para determinar si la conducta de TESAU es discriminatoria estriba en comprobar si realmente se han tratado situaciones equivalentes de forma desigual. En particular si se ha producido una negativa de TESAU a proporcionar el servicio ADSL-IP con direccionamiento IP dinámico a la AEPSI en las mismas condiciones técnicas y económicas que las disfrutadas por TERRA.

De la documentación aportada por AEPSI, se deduce expresamente que, por parte de uno de los PSIs de esta asociación, WANADOO, se solicitó a TESAU información detallada sobre la prestación del servicio ADSL-IP con IP dinámica.

En este punto, debe recordarse que las obligaciones de TESAU en este contexto no se desprenderían únicamente de su condición de operador dominante por Derecho de la competencia *ex post*, sino también por lo contenido en la Resolución de fecha 29 de abril de 2002, por la que se aprueba la modificación de la Oferta de acceso al Bucle de Abonado, y que contemplaba expresamente lo siguiente:

“ En el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la presente resolución, Telefónica de España, S.A.U., publicará la nueva OBA así como su oferta de acceso indirecto ADSL-IP la cual mantendrá actualizada en condiciones y precios, en su servidor hipertextual “<http://www.telefonicaonline.es>”,¹² y pondrá al menos un ejemplar de

¹² Las condiciones técnicas y económicas de este servicio ADSL-IP no tunelizado pueden consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://www.telefonicaonline.com/on/onTOFichaProducto/1,,v%5Fsegmento+AOPN+v%5FIdiom+es+v%5Fproducto+1568,00.html>.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ambas ofertas a disposición de los interesados en una de sus oficinas centrales en Madrid.”

No obstante, de la denuncia de AEPSI no se desprende directamente que la oferta del servicio ADSL-IP con direccionamiento IP dinámico no se encuentre disponible para los operadores y PSIs interesados en la contratación de este servicio mayorista de acceso indirecto al bucle con transporte IP, es decir, no se habría producido ninguna negativa de acceso a la contratación de este servicio ADSL mayorista por parte de TESAU.

Así, y por una parte, TESAU ha puesto de manifiesto en el presente procedimiento que el servicio mayorista que presta a la entidad TERRA, el mencionado ADSL-IP, dotado de la funcionalidad de IP dinámica, está disponible para cualquier operador que desee contratarlo en las mismas condiciones que las suscritas por el PSI antes indicado. Y si bien es cierto que esa disponibilidad no constituye una garantía absoluta de ausencia de discriminación, tal y como apuntó AEPSI en sus alegaciones, no es menos cierto que precisamente esa disponibilidad de libre contratación en idénticas condiciones del servicio mayorista en cuestión, contribuye decisivamente a diluir la eventual comisión de prácticas discriminatorias.

De igual manera, T.DATA ha contestado el requerimiento de información efectuado en este expediente, comunicando que el servicio ADSL mayorista dotado de direccionamiento dinámico, y conocido como *MegaVía ADSL 2002*, estaba disponible desde hace meses para todos los clientes que desearan contratarlo.

Por tanto, los primeros elementos constatados apuntan a la inexistencia de la conducta discriminatoria alegada por AEPSI.

Continuando con la valoración de la conducta denunciada, no debe dejar de recordarse que el Artículo 82 (2) c del Tratado de la Unión Europea específicamente señala como un abuso de posición dominante el “...aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.

A la luz de lo anterior, resulta que dos condiciones son indispensables para que la práctica discriminatoria del operador dominante sea considerada abusiva, y que ambas deben concurrir de manera simultánea. La primera es que el trato diferencial debe ser injustificado, es decir, que no obedezca a una causa objetiva; la segunda condición es que tal conducta ha de tener un impacto sobre la competencia de manera que ésta resulte falseada, esto es, que el resultado de la misma sea que una de las partes quede en situación de desventaja competitiva frente a la otra.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el contexto de las conductas denunciadas, este análisis resulta a mayor abundamiento dado que esta Comisión no ha constatado la aplicación de condiciones discriminatorias en la comercialización de los servicios ADSL/IP por parte de TESAU.

Dicho lo anterior, tampoco se puede constatar la existencia de una desventaja competitiva para ninguno de los miembros de la AEPSI dado que existen infraestructuras alternativas capaces de dar servicios mayoristas con las mismas capacidades que los que ofrece TESAU. Tanto es así que estos operadores configuraron una oferta similar al "ADSL HOME" con un adelanto de algunos meses con respecto a las empresas del Grupo Telefónica¹³.

En conclusión, tanto de la documentación aportada en este procedimiento como de las manifestaciones realizadas por los distintos operadores intervinientes, y las consideraciones expuestas desde la óptica del Derecho de la Competencia sobre la valoración de las conductas discriminatorias, no ha quedado acreditada suficientemente la comisión de la conducta anticompetitiva, por discriminatoria, alegada por parte de AEPSI.

Vistos los anteriores Antecedentes de Hecho y los Fundamentos de Derecho, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Único.- Que no ha podido constatarse que TESAU haya incurrido en un comportamiento anticompetitivo en el mercado de referencia mayorista de servicios ADSL de reventa, que se hubiera materializado a través de prácticas discriminatorias con respecto de terceros operadores en la prestación del servicio ADSL-IP, con el fin de perjudicar a sus competidores en el mercado final y beneficiar con ello a sí misma o a otras empresas pertenecientes a su Grupo empresarial.

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

¹³ La modalidad ADSL GO de WANADOO fue anterior al ADSL Home de TERRA pero basada en la infraestructura de un competidor de TESAU.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque