



## 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 el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 04/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de enero de 2003, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

### RESOLUCIÓN EN RELACIÓN CON EL ANÁLISIS DEL IMPACTO EN EL MERCADO DE LA CAMPAÑA PROMOCIONAL DE TESAU PARA SERVICIOS DE ADSL

(OM 2002/7859)

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 21 de noviembre de 2002, Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) hizo pública una nota de prensa en que anunciaba el lanzamiento de *“dos nuevas promociones basadas en sus productos de banda ancha de cara a las próximas fiestas navideñas”*, bajo el lema *“No me ha venido 2”*.

Según dicha nota, TELEFÓNICA ofrecería a los usuarios que tenían contratado su servicio “Línea ADSL” la posibilidad de *“participar en el sorteo de cinco premios consistentes en la cuota mensual ADSL gratis para toda la vida y de otros 200 premios de la cuota de ADSL gratis durante un año, ambos en la modalidad que tenga contratada”*.

**Segundo.-** De conformidad con el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC), y mediante escrito del Secretario de esta



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión, de fecha 25 de noviembre de 2002, se procedió a abrir un periodo de información previa con el fin de esclarecer si TELEFÓNICA podía estar incumpliendo la normativa de precios vigentes al lanzar su promoción “Factura Cero para Línea ADSL”, y de determinar en su caso la conveniencia o no de iniciar un procedimiento administrativo ordinario sobre esta cuestión.

**Tercero.-** En el marco del período de información previa, y acogiéndose a su habilitación competencial, así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), que faculta a esta Comisión para: *“recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, que estarán obligados a suministrarla”*, mediante escrito notificado el 25 de noviembre de 2002 se procedió a solicitar de TELEFÓNICA la remisión de la siguiente información:

1. Copia de las Bases del concurso anteriormente descrito.
2. Copia de los anuncios de la campaña publicitaria “No me ha venido 2”.
3. Finalidad del concurso de referencia y de la campaña publicitaria asociada.
4. Estimación de la composición de los concursantes por modalidad de la Línea ADSL.
5. Cronología de las prácticas publicitarias de la campaña asociada a la promoción “No me ha venido 2”.
6. Costes estimados de dicha campaña publicitaria.
7. Costes publicitarios acumulados del ejercicio 2002 y presupuestados para todo el ejercicio.
8. Medios informativos a través de los cuales se canalizará la campaña publicitaria. Número, frecuencia, duración y franja horaria de las emisiones publicitarias en cada uno de los medios.
9. Costes estimados de las 10 mayores campañas acometidas por TESAU desde el 1 de enero de 2002 hasta la fecha. Medios informativos a través de los cuales se canalizaron dichas campañas publicitarias. Número, frecuencia, duración y franja horaria de las emisiones publicitarias en cada uno de los medios de todas las campañas.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Cuarto.-** Tras solicitar el 9 de diciembre de 2002 una ampliación del plazo inicialmente concedido para contestar el requerimiento, el 16 de diciembre de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de TELEFÓNICA conteniendo la contestación al citado requerimiento, en el que se suministraba la siguiente información:

Los costes de la campaña publicitaria "Factura Cero para línea ADSL", así como los medios informativos a través de los cuales se canalizó, número, frecuencia, duración y franja horaria de las emisiones en cada uno de los medios. El coste de dicha campaña ascendió a un total de [CONFIDENCIAL EUROS].

Según TELEFÓNICA, el objetivo de dicha campaña comercial no sería otro que *"(...) el de impulsar de una manera decidida el crecimiento del mercado de servicios de banda ancha entre los clientes residenciales a través de una forma innovadora y atractiva"*. Asimismo, y dado que la citada promoción se dirigía al segmento de clientes residenciales, TELEFÓNICA proporcionó datos relativos al número total de sus clientes pertenecientes a dicho segmento, así como su distribución por modalidades [Tabla confidencial].

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), en su artículo 1.Dos.1, establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene 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, velar por la correcta formación de los precios en este mercado, y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para el cumplimiento de los objetos señalados, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de diversas funciones, entre ellas:

- Letra c) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias.
- Letra f) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y el suministro de red en condiciones de red abierta, así como la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios.
- Letra h) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: informar las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicación prestados en exclusiva y en aquellos casos en los que exista una posición de dominio en el mercado, a fin de salvaguardar el principio de competencia efectiva entre los operadores. Con el mismo fin, informará preceptivamente toda propuesta de determinación de tarifas, sean éstas fijas, máximas o mínimas o de regulación de precios de servicios de telecomunicación. La Comisión vigilará la debida aplicación de estas tarifas por parte de los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan.

### **Segundo.- Descripción del concurso “Factura Cero para línea ADSL”.**

TELEFÓNICA lanzó durante las pasadas fiestas navideñas una agresiva campaña publicitaria con el fin de dar a conocer la promoción que, bajo el lema “*No me ha venido 2*”, pretendía, según la propia compañía, impulsar el crecimiento del mercado de los servicios de banda ancha.

En particular, se aprecia que “*No me ha venido 2*” sigue la misma fórmula de comercialización que ya fue utilizada por la propia TELEFÓNICA en la promoción “Factura Cero”, sobre la cual ya se pronunció esta Comisión en la Resolución dictada el 18 de julio de 2002, relativa a la posible existencia de descuentos encubiertos en el servicio de telefonía fija como consecuencia del lanzamiento de esa campaña comercial.

Así, la promoción “Factura Cero para línea ADSL”, al igual que su predecesora, consiste en un concurso que ofrece, a todos los titulares de línea de servicio telefónico fijo que tengan contratado e instalado antes del 31 de enero de 2003 el servicio ADSL de TELEFÓNICA en cualquiera de sus modalidades, la posibilidad de ganar diferentes premios.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto, la promoción contempla dos tipos de premios, que difieren en su cuantía:

- Tipo A: 5 premios consistentes en regalar a los ganadores la cuota mensual de la línea ADSL durante 50 años.
- Tipo B: 200 premios consistentes en regalar a los ganadores la cuota mensual de la línea ADSL durante un año.

La mecánica diseñada para la realización del concurso es la siguiente:

- Podrán participar todos los titulares de línea del servicio telefónico fijo de TELEFÓNICA (que tengan la clasificación del uso telefónico como **particular**), los cuales pueden concurrir inscribiendo todas las líneas de las que sean titulares y que tengan contratado e instalado, antes del 31 de enero de 2003, cualquiera de las siguiente modalidades del servicio ADSL en cualquiera de sus velocidades: Línea ADSL, Kit ADSL Autoinstalable y Línea ADSL sin módem.
- El cliente obtendrá una participación por cada llamada no gratuita ni dirigida a Red Inteligente realizada desde la línea inscrita realizada en el periodo comprendido entre el 18 de noviembre de 2002 y el 15 de enero de 2003, ambos inclusive.
- El cliente obtendrá 100 participaciones adicionales en caso de contratar la línea ADSL durante el periodo de promoción y siempre que esté instalado antes del 31 de enero de 2003.
- Los clientes que se inscriban a través del canal on-line de TELEFÓNICA ([www.telefonicaonline.es](http://www.telefonicaonline.es)) multiplicarán su número de participaciones por dos.

### Tercero.- Normativa de precios aplicable a los servicios ADSL

En términos generales, el régimen de regulación de precios vigente se encuentra establecido por la Disposición transitoria cuarta de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), conforme a la cual *“La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá fijar transitoriamente, precios máximos y mínimos o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Para determinar el citado grado de concurrencia, se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles (...)*”.

En particular, el régimen de regulación de precios del servicio ADSL minorista de TELEFÓNICA se encuentra establecido en virtud de la Orden de 10 de mayo de 2001, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000, que configura un nuevo marco jurídico de precios para los servicios prestados por TELEFÓNICA (en adelante Orden de 10 de mayo de 2001).

En concreto, según las pautas contenidas en la Orden de 10 de mayo de 2001, la regulación aplicable a las tarifas del servicio ADSL prestado por TELEFÓNICA en relación con el servicio referido se han dictado siguiendo el procedimiento establecido en la Disposición Transitoria cuarta de la LGT, quedando plasmada en la Orden de 3 de agosto de 2001 por la que se dispone la publicación de los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 2 de agosto de 2001, sobre tarifas y servicios prestados por TELEFÓNICA (en adelante Orden de 3 de agosto de 2001). Así, en el punto 2 del Anexo de la Orden de 3 de agosto de 2001 se establece que:

*“Las nuevas propuestas para los precios de los servicios ADSL Minoristas se regirán de acuerdo con lo dispuesto en el punto 3 del anexo sobre el marco regulatorio de precios de determinados servicios de telecomunicaciones prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» contenido en la Orden, de 10 de mayo de 2001 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se modifica el Acuerdo, de 27 de julio de 2000, que establece un nuevo marco jurídico de precios para los servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal».”*

### **Cuarto.- Respecto al posible incumplimiento de la Regulación de Precios por parte de TELEFÓNICA en su campaña “Factura Cero para Línea ADSL”.**

Una vez conocida la mecánica del concurso, resulta necesario examinar, a la luz del régimen de regulación de precios vigente, si TELEFÓNICA ha incurrido en incumplimiento al comercializar el concurso “Factura Cero para Línea ADSL”.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, TELEFÓNICA debería haber sometido a aprobación previa esta campaña comercial, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, si ésta implicase la puesta en el mercado de un nuevo servicio o bien alguno de los siguientes conceptos: *“precios de las llamadas de acceso a Internet, de los paquetes de los servicios, de los bonos, de los planes, y los programas de descuentos”*, tal y como se establece en los puntos 3 y 4, del anexo de la Orden de 10 de mayo de 2001.

En este sentido, cumple observar que la promoción “Factura Cero para Línea ADSL” supone el regalo de la cuota mensual de la línea ADSL. Como quiera que dicho servicio ya se está prestando en la actualidad por parte de TELEFÓNICA, no se trataría de un supuesto de puesta en el mercado de un servicio distinto a los ya existentes, por lo que desde esta perspectiva no resultaría necesario su aprobación por parte de CDGAE.

Por otra parte, el hecho de que la reducción del precio del servicio ADSL que pueden obtener los ganadores del concurso sea consecuencia del azar y que TELEFÓNICA no esté obligada a concederlo -a pesar de que se cumplan los requisitos de participación por parte del usuario, en este caso, el alta en los servicios descritos anteriormente- hace imposible la calificación de la campaña comercial “Factura Cero para Línea ADSL” como un descuento propiamente dicho.

En efecto, debe tenerse en cuenta que lo que ofrece esta campaña es, tal y como se describe en las Bases del Concurso, *“la oportunidad de ganar diversos premios (...)”*. Este hecho demuestra que esta promoción no implica un descuento sobre las tarifas nominales de TELEFÓNICA, sino un regalo por parte de esta compañía a determinados usuarios seleccionados mediante un proceso de sorteo.

Asimismo, interesa destacar que, tal como está diseñado el concurso, los consumidores que accederán al premio no serán todos los que cumplan los requisitos para tomar parte en él, es decir, todos los que tengan contratado e instalado antes del 31 de enero de 2003 el servicio ADSL de TELEFÓNICA. En efecto, únicamente 205 de ellos, seleccionados mediante un sorteo, serán los beneficiarios de los premios anunciados. Sin embargo, este hecho no se puede tildar de discriminatorio, dado que todos los consumidores tienen idéntica probabilidad de obtener el premio, si bien esta probabilidad se ve incrementada en función del número de llamadas cursadas a través de TELEFÓNICA originadas en la línea adscrita al concurso, lo cual constituye un criterio objetivo que elimina supuestos discriminatorios.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En tercer lugar, las bases del concurso establecen que:

*“Los premios que se satisfagan en la presente promoción se sujetarán a la normativa fiscal establecida, actualmente, Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y demás disposiciones de desarrollo. Telefónica asumirá el pago a cuenta de dicho impuesto que resulte aplicable y afecte al premio satisfecho, siendo de cuenta del cliente premiado el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y contables. Adicionalmente, **se hace constar expresamente que el premio de la cuota mensual de ADSL se corresponde con los importes facturados, incluyendo los impuestos indirectos que graven en la actualidad o en un futuro los servicios prestados, tales como el actual IVA**”.*

De lo anterior, cabe deducir que TELEFÓNICA estaría considerando la promoción como un premio, dado que, tal y como se establece en el artículo 78.Tres.2. de la Ley 37/92, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, *“no se incluirán en la base imponible: Los descuentos y bonificaciones que se justifiquen por cualquier medio de prueba admitido en derecho y que se conceda previa o simultáneamente al momento en que la operación se realice y en función de ella”*. Luego si están sujetos a IVA, no puede tratarse de un descuento, según la calificación fiscal que rige para estos.

Finalmente, y tal como se encuentra recogido en la Disposición Transitoria Cuarta de la LGT, la CDGAE podrá fijar los precios *“de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles (...)”*.

Así, a la vista de la cuantía de los premios, la cantidad de los mismos y la forma de su adjudicación, se observa que **no se da ninguna de las premisas que sustentan el control de los precios ex ante**. Sin embargo, lo que sí sería posible es que esta Comisión, en función de sus efectos sobre el mercado, prohibiera esta conducta comercial con el fin de salvaguardar la libre competencia en el mercado, pero en ningún caso debiera ser la CDGAE la que lo hiciera ejerciendo la regulación de precios, diseñada para fines totalmente distintos.

En consecuencia, puede concluirse que **no resulta necesario que el concurso “Factura Cero para Línea ADSL” lanzado por TELEFÓNICA sea sometido a aprobación por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos**.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, no sería tampoco éste el caso de una modificación de los precios de los servicios ADSL Minoristas, a la luz de lo establecido en el punto 2 del Anexo de la Orden de 3 de agosto de 2001. En consecuencia, también estaría TESAU exenta de la exigencia de realizar una notificación a la CDGAE de forma previa a la comercialización al público de la promoción “Factura Cero para Línea ADSL”.

### **Quinto.- Respecto a las posibles conductas anticompetitivas por parte de TELEFÓNICA en la promoción “Factura Cero para Línea ADSL”.**

#### **DETERMINACIÓN DEL MERCADO DE REFERENCIA AFECTADO**

En primer lugar, y con respecto de la definición del mercado de referencia, cumple 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.

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 por la Comisión Europea<sup>1</sup>, así como la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el Sector de las Telecomunicaciones<sup>2</sup>, 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 contemplarse en el marco del presente expediente.

---

<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

A este respecto, resulta necesario señalar, tal y como se contempla en la citada Comunicación de Acceso, 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, debido al objeto del presente expediente, el producto que debe considerarse consiste en 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 extendería a aquellos servicios intermedios o mayoristas, presentes en la misma cadena de valor, en los cuales lo que se ofrece es el suministro de los elementos técnicos y servicios necesarios para la provisión a los usuarios finales de tales servicios de acceso de banda ancha.

En este punto, conviene puntualizar que este mercado de producto, tal como se ha definido, da cabida a la inclusión en el mismo de distintas soluciones tecnológicas, dotadas todas ellas de características que vienen derivadas de la propia naturaleza de los servicios de acceso 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 conmutadas de banda estrecha—.

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**.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, cabe afirmar que las distintas soluciones tecnológicas referidas 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 anteriormente mencionadas en este expediente cumplen con dicho requisito, y ello 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 cablemódem y el bucle de abonado inalámbrico (WLL), cuyos exponentes principales son las tecnologías LMDS y MMDS.

En concreto, la definición del **mercado de referencia** a considerar en el presente expediente se ha realizado sobre la base de las siguientes consideraciones:

### **A. Análisis de la sustituibilidad de la demanda.**

En relación con la intercambiabilidad de la demanda, 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 técnicas, no permite al consumidor disfrutar de la velocidad de transmisión y de la posibilidad de disponer de conectividad permanente de datos, que es lo que caracteriza al primero.

A ello debe añadirse otra consideración adicional, que se refiere a 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 conmutado de banda estrecha.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 cablemódem o el ADSL—, por lo que ésta no podría considerarse en puridad una alternativa de banda ancha<sup>3</sup>.

Con el fin de examinar lo anterior, y sin ánimo de exhaustividad, a continuación se presenta una tabla que contiene una 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		
ADSL	256 Kb/s – 2 Mb/s	128 Kb/s - 300 Kb/s	Permanente	> 42
Cablemódem	256 Kb/s – 4 Mb/s	128 Kb/s - 512 Kb/s	Permanente	> 40
LMDS	256 Kb/s – 2 Mb/s	256 Kb/s – 2 Mb/s	Permanente	> 90
RDSI	64 Kb/s - 128 Kb/s	64 Kb/s - 128 Kb/s	Conmutada	25
RTC	< 56 Kb/s	< 56 Kb/s	Conmutada	16

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.

<sup>3</sup> La RDSI permite caudales teóricos de 64 kb/s, con un máximo de 128 kb/s utilizando los dos canales disponibles, y en acceso conmutado.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 —cual es la conectividad de datos permanente y a elevada velocidad de transmisión—.

En razón de todo ello, cabe afirmar la existencia de un mercado de servicios de acceso de banda ancha diferenciado del mercado de servicios de acceso de 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 disponer de una elevada capacidad de transmisión de datos con conectividad permanente —si bien a un precio sensiblemente superior que obedece a tales prestaciones incrementadas.

### **B. Análisis de la sustituibilidad de la oferta.**

Desde el punto de vista de la intercambiabilidad de la oferta<sup>4</sup>, y de acuerdo con la referida Comunicación de Acceso, el test de la intercambiabilidad de la oferta se considera un elemento para definir los mercados de referencia que resulta complementario al criterio de la sustituibilidad de la demanda, que debe considerarse el fundamental. Asimismo, en dicha Comunicación se señala que la utilización de este test es posible, pero solo si se dan las circunstancias adecuadas y es posible diferenciar con nitidez este concepto del 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 o bien 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.

---

<sup>4</sup> Se consideran dentro del mercado relevante aquellos 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 del producto en cuestión.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### C. Ámbito geográfico del mercado de referencia

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, TELEFÓNICA encuentra menores obstáculos para prestar a los usuarios finales servicios de acceso de banda ancha, por cuanto tiene que hacer frente a un competidor menos.

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 el mercado. En este 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, se 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 tanto la campaña “*No me ha venido 2*” como la comercialización del servicio “Línea ADSL de TELEFÓNICA” se han llevado a cabo homogéneamente en la totalidad del territorio nacional, si bien las distintas modalidades de acceso de banda ancha no siempre coinciden tecnológicamente en una misma demarcación. De hecho, la campaña comercial objeto de análisis tiene alcance nacional, por lo que es éste el mercado geográfico que conviene contemplar.

Por consiguiente, esta Comisión concluye que el ámbito geográfico del mercado de referencia definido en el presente procedimiento es el de la totalidad del territorio español.

### D. Definición del mercado de referencia afectado

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

### POSICIÓN DE TELEFÓNICA EN EL MERCADO DE REFERENCIA DEFINIDO.

Para proceder a la determinación de la posición que ocupa TELEFÓNICA en el mercado de referencia definido, se ha hecho uso de las respectivas cuotas de mercado, medidas en términos del número de líneas de acceso de banda ancha que tiene instaladas TELEFÓNICA en comparación con el resto de operadores que actúan en ese mismo mercado.

Estos datos se ilustran en la tabla siguiente: [TABLA CONFIDENCIAL]

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

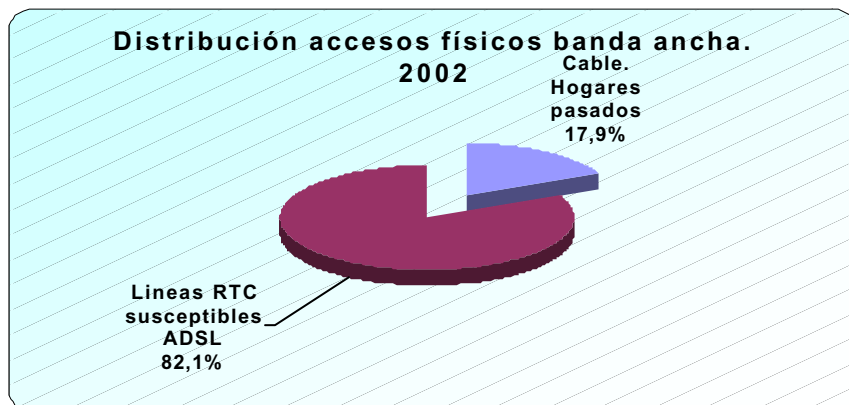
1. En el momento actual, se ha generado un escenario en el que la tecnología ADSL presenta considerables facilidades en aras de su despliegue masivo, contrariamente a lo que sucede con otras soluciones tecnológicas, cuyo despliegue es sustancialmente más costoso y complejo por requerir de considerables inversiones para el tendido de nueva infraestructura. El resultado de ello es que la mayoría de accesos de banda ancha actualmente desplegados en el territorio nacional y contratados por los usuarios finales se corresponden con la tecnología 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.

Con el fin de apoyar esta afirmación, el gráfico siguiente muestra la distribución porcentual de los accesos de banda ancha disponibles en la actualidad en el territorio español:





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



Fuente: CMT. Informe Anual 2001

3. TELEFÓNICA mantiene, en el momento presente, la propiedad de la práctica totalidad de las líneas físicas (bucles telefónicos de par de cobre) susceptibles de ser empleados para proporcionar a los usuarios finales servicios de acceso de banda ancha mediante tecnología ADSL. En consecuencia, esta compañía soporta una regulación *ex ante* 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>5</sup>.
4. TELEFÓNICA DATA ESPAÑA S.A. (en adelante, TDATA) y TERRA NETWORKS ESPAÑA S.A. (en adelante, TERRA) hacen uso de los servicios mayoristas que ofrece TELEFÓNICA para competir en el mercado final de servicios de acceso de banda ancha. TELEFÓNICA, a su vez, compete en este mercado, si bien sometida a una regulación específica de precios<sup>6</sup>.

<sup>5</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>6</sup> La publicación mediante la Orden de 3 de agosto de las tarifas para la prestación del servicio ADSL minorista por parte de TELEFÓNICA, aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), supuso la autorización de la Administración para que TELEFÓNICA comenzara la comercialización de servicios ADSL minoristas.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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>7</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>8</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>7</sup> Por todas, la Resolución de 20 de mayo de 1999, Asunto *Madritel/Telyco*.

<sup>8</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>9</sup>.

Por tanto, y sobre la base de que las empresas del Grupo Telefónica se comportan como una unidad económica en este mercado, resulta pertinente considerarlas como una sola empresa a los efectos del análisis de competencia, lo que implica que, de cara a evaluar la posición de dominio del Grupo, se deban agrupar las cuotas de todas las empresas pertenecientes al mismo. De este modo, las cuotas de mercado correspondientes al Grupo Telefónica y al resto de operadores sería: [TABLA CONFIDENCIAL]

<sup>9</sup> Expedientes MC 18/96 y MC 10/96.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 60% de los clientes que lo integran en la actualidad.

Ahora bien, dadas las características propias del mercado minorista de servicios de acceso de banda ancha, que constituye un mercado en fase emergente, resulta difícil establecer la posición de dominio de cualquier operador únicamente sobre la base de las cuotas de mercado captadas por éste. Y esto es así porque, en mercados de rápido crecimiento, las cuotas suelen estar sometidas a fuertes condiciones de inestabilidad.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el mercado aquí analizado se corresponde con un mercado emergente —lo que ocasiona que en el seno del mismo esté teniendo lugar una intensa batalla competitiva por la captación de nuevos clientes—, se impone realizar un análisis más profundo en orden a determinar la posición en el mismo ostentada por el Grupo Telefónica, considerado a estos efectos como un solo operador.

En consecuencia, 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.

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*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.*

*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



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 “butput” 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, recaída el 8 de noviembre de 2000, en relación con 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.*

*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 TELEFÓNICA, 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**





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**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 que acaba de presentarse son las que se detallan a continuación:

- El mercado de servicios de acceso de banda ancha está actualmente dominado por la tecnología ADSL, a la que corresponde el 82% de los accesos físicos empleados para proporcionar a los clientes finales este tipo de servicios de telecomunicaciones.
- TELEFÓNICA, como propietaria que es de la práctica totalidad de las líneas telefónicas de par de cobre instaladas en el territorio nacional, controla un recurso esencial para competir en este mercado de referencia, cual es las líneas que constituyen el acceso físico a los usuarios a la red telefónica convencional.
- 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.
- En consecuencia, el Grupo Telefónica —y, por tanto, cada una de las empresas que lo integran— ostenta una posición de dominio en el mercado minorista de provisión de servicios de acceso de banda ancha a los clientes finales, que se deriva de su comportamiento como unidad económica.

En este sentido, cabe señalar que las conclusiones alcanzadas en el análisis de competencia realizado resultan consistentes con las recogidas en la Resolución de esta Comisión dictada el 19 de septiembre de 2002, en relación con la presunta existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL minoristas.

### **IMPACTO EN EL MERCADO DE LA PROMOCIÓN “FACTURA CERO PARA LÍNEA ADSL”**

De forma previa, cabe señalar que este tipo de promociones están ampliamente extendidas en múltiples mercados de muy diversos sectores económicos, teniendo como finalidad en todos ellos el incentivar el consumo de un producto o servicio determinado.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, dado lo particular del mercado de referencia y la posición de dominio que en él ostenta TELEFÓNICA, se hace necesario realizar un análisis más detallado acerca del posible impacto en el mismo de la aparición de tales iniciativas comerciales en este mercado específico.

Así, corresponde examinar si el establecimiento y aplicación de esta promoción pudiera generar efectos sobre los competidores o un refuerzo de la posición de dominio de TELEFÓNICA en el mercado de referencia definido.

Desde esta perspectiva, se observa que **el principal efecto que podría derivarse de esta promoción sería la fidelización de los clientes**, y ello por dos causas: la primera se debe a que lograr el premio fidelizaría durante un período de tiempo (un año o 50 años) a los clientes que lo obtuvieran; la segunda, obedece al hecho de que TELEFÓNICA ha vinculado la probabilidad de ganar el concurso proporcionalmente al número de llamadas telefónicas que cursen los usuarios, lo que origina que aquellos usuarios que ya tienen contratado el servicio con TELEFÓNICA pudieran tener incentivos para concentrar todo su tráfico telefónico de origen con esta operadora.

En orden a evaluar lo anterior, hay que tener en cuenta que los potenciales efectos de esta promoción sobre el mercado vendrán determinados por la dimensión económica de la misma. Para observar este aspecto, resulta adecuado examinar los siguientes aspectos:

### **A. Importe de los premios ofertados.**

Como se ha comentado con anterioridad, la promoción “Factura Cero para Línea ADSL” da la oportunidad a los usuarios que se adscriban de ganar 5 premios Tipo A y 200 del Tipo B.

Así, el coste total de la promoción, por modalidad contratada supondrá para TELEFÓNICA las siguientes cantidades:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

<b>Tipo A</b>		
<i>Modalidad</i>	<i>Cuota mensual (euros)</i>	<i>Coste total (euros) (1)</i>
ADSL Básico	39,07	117.210
Kit ADSL	39,07	117.210
Class (512 Kbps)	74,98	224.940
Premium (2 Mbps)	150,57	451.710

1. El coste total para TELEFÓNICA, es el resultado de multiplicar (12 cuotas mensuales) X (50 años) X (5 premios)

<b>Tipo B</b>		
<i>Modalidad</i>	<i>Cuota mensual (euros)</i>	<i>Coste total (euros) (1)</i>
ADSL Básico	39,07	93.768
Kit ADSL	39,07	93.768
Class (512 Kbps)	74,98	179.952
Premium (2 Mbps)	150,57	361.368

1. El coste total para TELEFÓNICA, es el resultado de multiplicar (12 cuotas mensuales) X (1 año) X (200 premios)

Para evaluar el coste total de la promoción debe tenerse en cuenta el número de clientes por modalidad, ya que el coste de la promoción variará en función del tipo de línea contratada por el titular ganador del premio. De este modo, y a la vista del número de accesos ADSL instalados, puede estimarse cuál sería el **coste total esperado** para TELEFÓNICA.

En primer lugar, y dado que la citada promoción va destinada a los usuarios residenciales, el número total de clientes de este segmento al finalizar la promoción (31 de enero de 2003) puede estimarse a partir de:

- La distribución de los clientes residenciales por modalidad, proporcionados por TELEFÓNICA y que figuran en la tabla de la página 3 de la presente Resolución; y,
- Los datos sobre el total de líneas ADSL instaladas, comunicados mensualmente por TELEFÓNICA a esta Comisión —en virtud de las obligaciones contenidas en la última revisión de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA)—.

Los resultados de tales cálculos son los siguientes: [TABLA CONFIDENCIAL]:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez estimado el número de clientes y su distribución por modalidades, el coste total esperado para TELEFÓNICA de la promoción analizada se calcula de la siguiente manera: [TABLA CONFIDENCIAL]:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, **el coste total esperado para TELEFÓNICA de la promoción lanzada asciende a la cantidad de 214.805 euros** (119.336 euros Tipo A + 95.469 euros Tipo B).

Según los datos correspondientes al ejercicio anual 2001, la facturación total del mercado de servicios de acceso de banda ancha ascendió a 115,96 millones de euros. Por tanto, la promoción supone un 0,0013% de la facturación total del mercado correspondiente al año pasado. Se debe tener en cuenta que el premio Tipo A se reparte durante 50 años, con lo que el valor imputable a un año sería muy inferior a esta cifra.

A la luz de los resultados arrojados por el análisis anterior, cabe concluir que **la proporción del coste total de la promoción sobre el conjunto del mercado de referencia no es lo suficientemente elevada como para considerar que su impacto tenga trascendencia alguna sobre el mismo.**

### **B. Probabilidad de obtención del premio.**

Otro aspecto importante de esta promoción que conviene también examinar consiste en conocer la probabilidad *a priori* que un usuario tiene de ser premiado. Así, dado el número de clientes estimados a 31 de enero de 2003, —susceptibles, por tanto, de participar en el concurso—, la probabilidad de ganar que correspondería a cada uno de ellos es: [TABLA CONFIDENCIAL]

Así, se observa que **es muy reducida la proporción de usuarios que serán premiados en relación con el total de los existentes, por lo que desde este punto de vista no cabe afirmar que el concurso vaya a tener efectos sobre el mercado que pudieran tildarse de significativos.**

### **C. Descuento esperado para el cliente.**

Finalmente, de la combinación de la cuantía del premio y la probabilidad de ser premiado se puede obtener el valor esperado del concurso para un usuario que participe en él. Este indicador resulta de utilidad para medir el valor real percibido por el usuario del hecho de participar en el concurso, esto es, la capacidad de condicionar su patrón de consumo, lo que puede emplearse para evaluar su potencial efecto fidelizador sobre los clientes.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Definiendo el valor esperado de obtención de un premio como:

$$[\text{Valor Esperado} = \text{Importe del Premio} \times \text{Probabilidad de obtenerlo}]$$

la aplicación de esta fórmula a los diferentes premios daría como resultado los siguientes valores esperados de la participación en el citado concurso:

Tipo A			
Modalidad	Importe del premio (1) (euros)	Probabilidad	Valor esperado (euros)
ADSL Básico	23.442	0,00176%	0,4123
Kit ADSL	23.442		0,4123
Class (512 Kbps)	44.988		0,7913
Premium (2 Mbps)	90.342		1,5890

Tipo B			
Modalidad	Importe del premio (1) (euros)	Probabilidad	Valor esperado (euros)
ADSL Básico	469	0,07036%	0,3299
Kit ADSL	469		0,3299
Class (512 Kbps)	900		0,6331
Premium (2 Mbps)	1.807		1,2713

TOTAL			
Modalidad	Valor esperado Tipo A	Valor esperado Tipo B	Valor esperado Total (euros)
ADSL Básico	0,4123	0,3299	0,7422
Kit ADSL	0,4123	0,3299	0,7422
Class (512 Kbps)	0,7913	0,6331	1,4244
Premium (2 Mbps)	1,5890	1,2713	2,8603

1. El importe del premio coincide con el coste para TELEFÓNICA.

Así, cada titular de la “Línea ADSL” de TELEFÓNICA percibiría que el **valor justo del concurso es de entre 0,7422 euros y 2,8603 euros**, en función de la modalidad del servicio ADSL que tuviera contratada.

Dicho de otra forma, un jugador de una hipotética lotería que ofreciera los mismos premios, no debería pagar más de su valor esperado correspondiente por participar en el sorteo.

Sobre la base de ello, podría razonarse que dicha cantidad es insuficiente como para alterar decisiones de consumo ya tomadas por los consumidores, como sería la contratación de servicios de acceso de banda ancha con otro operador distinto de TELEFÓNICA —bien como nuevo cliente, bien cambiando de operador—.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, puede concluirse que **la puesta en el mercado del concurso “Factura Cero para Línea ADSL” no plantea problemas desde la perspectiva de su posible efecto fidelizador sobre los clientes.**

Además de los premios, la promoción establece que el consumidor podrá incrementar la probabilidad de ganar el concurso en función del número de llamadas que curse a través de la línea adscrita en el periodo comprendido entre el 18 de noviembre y el 31 de enero.

Con relación a esta cuestión, **cabe inferir que la duración de este periodo no es lo suficientemente prolongada como para suponer efectos fidelizadores sobre los clientes**, lo cual viene a reforzar los argumentos expuestos más arriba. En la misma línea se halla la evidencia de que únicamente consumos por encima de la media suponen incrementos reales en las probabilidades de ser premiado. Por tanto, se puede concluir que los incentivos reales para modificar las conductas de los consumidores son extremadamente reducidos.

### D. Conclusiones

Del análisis realizado, cabe concluir que, a pesar de los potenciales efectos que una promoción de este tipo podría tener sobre la competencia en el mercado de servicios de acceso de banda ancha, las condiciones particulares de la misma hacen que tales efectos sean insignificantes. La magnitud y la cantidad de los premios de la “Factura Cero para Línea ADSL” no hacen previsible un cambio en la conducta de los consumidores, por lo que no tendrían efectos que pudieran tildarse de fidelizadores.

**Sexto.- Respecto al cumplimiento por parte de TESAU, en su campaña “Factura Cero”, de la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de posición de dominio (en adelante, Circular 1/1998).**

Además de los anteriores análisis, la campaña publicitaria “Factura Cero para Línea ADSL” también debe analizarse desde la perspectiva del cumplimiento de la Circular 1/1998, dictada por esta Comisión con fecha 30 de julio de 1998. La Circular anteriormente citada considera que *“la publicidad efectuada por los operadores dominantes es susceptible de constituir un abuso contrario a la libre competencia cuando presenta una particular relevancia, provocando un impacto sensible sobre los mercados afectados. La apreciación de dicho efecto está ligada a la valoración de la posible existencia de barreras de entrada,*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*erigidas éstas por los operadores dominantes a través de las realización de gastos publicitarios excesivos.”*

Bajo este prisma, y a partir de la información remitida por TELEFÓNICA, se ha procedido a realizar un análisis con el fin de determinar si la campaña “Factura Cero para Línea ADSL” ha podido suponer el levantamiento de barreras a la entrada de nuevos competidores en este mercado.

Según la Circular 1/1998, se consideran conformes a la libre competencia aquellas campañas que no supongan un “gasto excesivo”, entendiéndose por tales aquellos que:

**A)Tengan por objeto reforzar la fidelidad de sus clientes, inhibiendo de forma sensible la contratación de potenciales clientes con los nuevos operadores y configurando así mercados cautivos.**

Sobre este particular, debe destacarse que, para que una campaña publicitaria tenga efectos fidelizadores sobre los clientes, inhibiendo así la posibilidad de contratar con otros operadores, es necesario que los servicios promocionados sean sustituibles por otros de los competidores.

En la actualidad, existen distintos operadores que ofrecen servicios de acceso de banda ancha mediante diferentes tecnologías. Dado que la promoción aquí analizada va dirigida al segmento residencial, cabe esperar que los posibles efectos fidelizadores de la citada campaña tengan su efecto principalmente en dos tipos de operadores:

- **Proveedores de servicios de acceso mediante ADSL.** La mayoría de estos operadores utilizan como principal estrategia comercial la subvención de la cuota de alta del servicio ADSL, 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.

A este respecto, es necesario recordar que los precios de los servicios ADSL que ofrece TELEFÓNICA 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.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, y dada la incapacidad que tiene TELEFÓNICA para diferenciarse en precios de sus competidores —por estar sujeta a la regulación de precios finales—, puede considerarse que las campañas promocionales como “Factura Cero para Línea ADSL” buscan la diferenciación por otro tipo de variables, en este caso, potenciando su imagen de marca.

- **Proveedores de servicios de acceso mediante Cablemódem.** Por lo que se refiere a este tipo de operadores, resultaría excesivo considerar que la promoción de la “Línea ADSL” de TELEFÓNICA fuera inhibidora de la posibilidad de contratación de sus servicios por parte de los clientes. Y ello es así porque las ofertas comerciales de estos operadores están dirigidas a consumidores con una demanda relativamente sofisticada de servicios de telecomunicaciones, que implican elevados requisitos de ancho de banda (como es la difusión de televisión). Por tanto, no resulta creíble que la promoción mediante una campaña publicitaria de este estilo, que se refiere únicamente a servicios ADSL, sea suficiente para limitar la contratación de los productos integrados de telefonía, Internet y televisión por parte de los potenciales clientes de estos operadores.

A la luz de lo anterior, cabe concluir que la campaña publicitaria “Factura Cero para Línea ADSL” **no ha supuesto una barrera a la entrada para nuevos operadores, instrumentada mediante la fidelización de sus clientes potenciales.**

**B) Resulten desproporcionados respecto a la magnitud económica, que, con arreglo a criterios generalmente aceptados en el mercado relevante, pudiera tener un operador entrante para poder competir de forma eficiente.**

En este punto, la Circular pretende evaluar la proporcionalidad del gasto publicitario. Está generalmente aceptado que la existencia de una posición dominante no puede en principio privar a la empresa que la ostenta de velar por sus intereses comerciales<sup>10</sup>. Por tanto, para analizar la campaña publicitaria “Factura Cero” se debe poner en relación el coste de la misma con los gastos publicitarios de sus competidores más directos presentes en el mercado de referencia, siempre teniendo en cuenta las diferencias de potencia financiera existentes entre ellos.

La siguiente tabla muestra datos de los gastos totales de los cinco operadores con mayor presupuesto publicitario en el año 2001<sup>11</sup>. [TABLA CONFIDENCIAL]

<sup>10</sup> Ver Asunto 27/76, United Brands.

<sup>11</sup> Datos aportados por los operadores para la realización del Informe Anual 2001.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es en el contexto de los anteriores datos donde se debe ubicar el coste de la campaña publicitaria “Factura Cero para Línea ADSL” y determinar su proporcionalidad.

En relación con ello, se observa que el coste de esta promoción fue para TELEFÓNICA equivalente al [dato confidencial] del total de sus gastos publicitarios anuales en el ejercicio 2001<sup>12</sup>.

Por tanto, no se puede considerar que esta campaña comercial haya sido desproporcionada para la magnitud global del gasto publicitario del operador dominante. Tampoco así para el resto de operadores, que han contado (en 2001) con presupuestos muy superiores al coste de la campaña analizada.

En conclusión, la campaña “Factura Cero para Línea ADSL” llevada a cabo por TELEFÓNICA se **enmarca en las prácticas comerciales generales que practica la propia operadora y sus competidores más directos en el mercado de servicios de acceso de banda ancha**, a la vista de los gastos publicitarios realizados por todos ellos durante el año 2001.

**C) Priven a los operadores entrantes de un legítimo margen de respuesta, exponiéndolos a la necesidad de efectuar elevadas inversiones que resulten inviables o seriamente gravosas para su economía, así como a un proceso de posicionamiento más lento y difícil, al tener que hacer frente a hábitos de consumo y asociaciones de ideas fortalecidos ambos a través de la correspondiente campaña publicitaria.**

El último parámetro de análisis identificado en la Circular 1/1998 exige determinar si, dada la situación económica de los operadores en el mercado de referencia, estos tendrían el potencial económico suficiente como para replicar el gasto de TELEFÓNICA en esta campaña. De nuevo, es necesario contextualizar los presupuestos de publicidad con la importancia económica de los agentes que los realizan.

---

<sup>12</sup> Datos no disponibles para el año 2002.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, y dado que la campaña “Factura Cero para Línea ADSL” se llevó a cabo a finales del año 2002, se hace necesario estimar los ingresos por operaciones obtenidos por dichos operadores en esa fecha. Así, se ha procedido a realizar una proyección de los ingresos por operaciones para el ejercicio 2002 suponiendo que su magnitud se ha incrementado de manera proporcional al número de clientes captados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2002 (220,42%)<sup>13</sup> —lo cual es consistente con el hecho de que los ingresos son proporcionales al número de clientes, debido a que el precio de estos servicios es independiente del tráfico cursado—.

En la siguiente tabla, se detallan los ingresos por operaciones de los operadores anteriormente citados, así como la proporción del gasto de la campaña “Factura Cero para Línea ADSL” sobre el total de ingresos por operaciones correspondiente a cada uno de ellos. [TABLA CONFIDENCIAL]

Del análisis de los datos anteriores se puede concluir que, en general, todos los operadores tienen el potencial económico suficiente como para realizar una campaña publicitaria similar.

En conclusión, cabe entender que la campaña publicitaria “Factura Cero para Línea ADSL” de TELEFÓNICA **no es contraria a la competencia, dado que no supone un gasto excesivo y es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados.**

---

<sup>13</sup> Esta hipótesis se puede considerar realista ya que, a diferencia de otros mercados, como por ejemplo el mercado de telefonía fija, los ingresos obtenidos por la prestación de los servicios de acceso de banda ancha no varían en función del consumo de los clientes. Por lo tanto, y dado un ingreso fijo por cliente, el crecimiento de los ingresos operativos puede aproximarse al crecimiento en el número de clientes.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,

### RESUELVE

- A. Analizadas las Bases de Concurso “Factura Cero para Línea ADSL”, se considera que **TELEFÓNICA no ha incumplido el régimen de regulación de precios** establecido en el ANEXO de la Orden Ministerial de 10 de mayo.
- B. Por lo que se refiere a los efectos de la promoción “Factura Cero para Línea ADSL” sobre el mercado, **no se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de TELEFÓNICA.**
- C. **No se considera que la campaña “Factura Cero para Línea ADSL” haya constituido un gasto excesivo, según se define en la Circular 1/1998 de la CMT**, por lo que no constituiría un abuso de su posición de dominio.

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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las



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

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

José Giménez Cervantes