



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 27/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de julio de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN SOBRE LA COMISIÓN DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA POR PARTE DEL GRUPO TELEFÓNICA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS ADSL MAYORISTAS (OM 2002/7330)

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- APERTURA DEL PROCEDIMIENTO.

Mediante escrito de 9 de abril de 2002, por parte de esta Comisión se procedió a la apertura de un expediente de información previa, con el número de referencia OM 2002/6482, destinado a investigar la existencia o no de irregularidades en la prestación de servicios ADSL mayoristas de por parte de las compañías integradas en el Grupo Telefónica —Telefónica de España S.A.U. y de Telefónica Data España, S.A.U.—. Esta actuación obedeció al hecho de que estas presuntas conductas fueron puestas de manifiesto a través de un escrito presentado a esta Comisión por parte de la Asociación Española de Proveedores de Servicios de Internet, (en adelante, AEPSI), el cual fue depositado en el Registro General de esta Comisión con fecha 3 de abril de 2002.

En dicho escrito, la AEPSI manifestaba, entre otras cuestiones, que se habían detectado ciertas prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España S.A.U. (en adelante, TESAU) y Telefónica Data España, S.A.U. (en adelante, TDATA) que estarían implicando la existencia de un trato discriminatorio en la prestación de servicios ADSL mayoristas con respecto de los operadores a los que representa la citada asociación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En esencia, dichas prácticas del Grupo Telefónica que se denuncian consistirían presumiblemente en favorecer a sus empresas filiales —TERRA NETWORKS ESPAÑA S.A. (TERRA en lo sucesivo) y TDATA— en la instalación de los medios técnicos necesarios para la habilitación de dicho servicio en el domicilio de los usuarios, retrasos intencionados en la resolución de incidencias en las líneas contratadas por operadores o Proveedores de Servicios de Internet (PSIs en lo sucesivo) distintos de aquellos pertenecientes al Grupo Telefónica, así como diferencias en los plazos medios de tramitación de las solicitudes de bajas en el servicio ADSL en comparación con los plazos ofrecidos a otras compañías integradas en el Grupo Telefónica.

De la misma manera, RETEVISIÓN presentó ante esta Comisión, con fecha 19 de junio de 2002, una denuncia sobre la campaña promocional conocida como “TERRA ADSL PLUS, 15 DIAS” llevada a cabo por TERRA, en la que manifestaba la imposibilidad de emular dicha campaña promocional por obtener plazos de provisión de los servicios mayoristas sensiblemente superiores, lo que le impedía configurar una oferta similar dirigida al cliente final. Dicha denuncia fue acumulada al presente expediente en razón de la materia sobre la que versaba.

Conforme con lo anterior, esta Comisión procedió a remitir los correspondientes requerimientos de información de cara a identificar la existencia o no de las conductas denunciadas.

Una vez cumplimentados los referidos requerimientos de información, así como aquellos efectuados con ocasión de las denuncias formuladas tanto por AEPSI como por RETEVISIÓN en relación con la campaña promocional llevada a efecto por TERRA bajo la denominación “15 DÍAS”, esta Comisión identificó la existencia de ciertos indicios que pudieran revelar la puesta en práctica de comportamientos susceptibles de producir distorsiones en el suministro mayorista de los servicios e instalaciones necesarias para prestar a los usuarios finales servicios de transmisión de datos a través de banda ancha mediante tecnología ADSL.

También se identificaron indicios de la presencia de prácticas discriminatorias llevadas a cabo por TESAU y TDATA al analizar la información aportada por WANADOO ESPAÑA S.L. en el marco del presente expediente, en virtud de la cual pareciera que TESAU estaría dispensando un trato discriminatorio a este operador en la provisión de ciertos servicios mayoristas en favor de otras empresas pertenecientes al Grupo Telefónica.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- COMUNICACIONES DE APERTURA A LAS ENTIDADES CON INTERESES EN EL PROCEDIMIENTO. En el marco de la habilitación competencial conferida por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como del Reglamento de la Comisión de las Telecomunicaciones, y conforme a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), esta Comisión, mediante escritos de fecha 7 de agosto de 2002, puso en conocimiento de TESAU, de TERRA y TDATA, así como de las empresas representadas por la AEPSI, que había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Así, además de la propia AEPSI, los PSIs notificados fueron YA.COM INTERNET FACTORY S.A. (YA.COM), WANADOO España, S.L. (WANADOO), TISCALI TELECOMUNICACIONES S.A. (TISCALI), ERESMAS INTERACTIVA, S.A. (ERESMAS), ARRAKIS SERVICIOS Y TELECOMUNICACIONES S.L. (ARRAKIS), y RETEVISIÓN I S.A., este último por ser el operador que denunció las prácticas comerciales de TERRA instrumentadas mediante la campaña “15 DÍAS”.

Tercero.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A LOS INTERESADOS. En el marco de la tramitación iniciada en su momento por esta Comisión y acogándose a lo dispuesto en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante 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 a TESAU y a TDATA sendos requerimientos de información, a fin de disponer de los necesarios elementos de juicio para la tramitación del expediente.

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

1. Plazos de provisión del servicio ADSL-IP que proporciona a TDATA.
2. Fecha desde la que TESAU presta efectivamente el servicio mayorista de ADSL en las modalidades de ADSL sobre RDSI y con filtrado distribuido (microfiltros), indicando de manera desagregada a qué operadores proporciona o ha proporcionado este servicio, así como la fecha de inicio de la prestación del referido servicio a cada uno de ellos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Fecha desde la que TESAU presta efectivamente el servicio ADSL-IP, indicando de modo desagregado a qué operadores proporciona o ha proporcionado este servicio, así como la fecha de inicio de la prestación del referido servicio a cada uno de ellos.

B) A TDATA se le requirió para que remitiese la siguiente documentación:

1. Plazos de provisión del servicio ADSL-IP que recibe por parte de TESAU.
2. Fecha desde la que TDATA presta efectivamente a otros operadores el servicio mayorista de ADSL en las modalidades de ADSL sobre RDSI y con filtrado distribuido (microfiltros), señalando a qué operadores presta en la actualidad, y ha prestado con anterioridad, el mencionado servicio.
3. Que manifestase si TDATA presta o ha prestado el servicio de ADSL sobre RDSI a través de "Infonegocio", debiendo especificarse el período temporal en el que se llevó a efecto esta línea de negocio.
4. Indicación de los motivos por los que WANADOO España, S.L no tiene información sobre determinados aspectos del proceso de provisión de servicios ADSL mayoristas solicitados a TDATA, en concreto, sobre la aceptación de solicitudes de altas de nuevas líneas remitidas entre los meses julio de 2001 a mayo de 2002, debiendo acreditarse fehacientemente la remisión de justificantes por parte de TDATA a WANADOO con respecto de las solicitudes enviadas por esta compañía que pongan de manifiesto la comunicación de aceptación, o en su caso rechazo, de todas las solicitudes de provisión de nuevas líneas remitidas por WANADOO a TDATA.
5. Explicación del motivo por el que las solicitudes remitidas por WANADOO deben ser, en unos casos, reiteradas, mientras que existen solicitudes de alta no contestadas (ni su aceptación ni su rechazo) que finalmente son dadas de alta en el servicio y ejecutadas.
6. Finalmente, se requirieron copias originales o compulsadas de los contratos suscritos por TDATA con TERRA en los que se recogiesen las condiciones contractuales por la prestación del servicio de Tránsito IP por capacidad y por uso.

Cuarto.- AMPLIACIONES DE PLAZO. Los interesados requeridos solicitaron una ampliación del plazo inicialmente fijado para la contestación de los anteriormente referidos requerimientos, ampliación ésta concedida en su momento por el plazo máximo legalmente contemplado de 5 días.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con anterioridad a la emisión de este documento, se presentaron por parte de WANADOO y de TDATA sendos escritos aportando diversa documentación y alegaciones.

Quinto.- CONTESTACIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN. El 30 de agosto de 2002 se recibió en esta Comisión la contestación de TESAU al requerimiento de información emitido, destacando junto con el mismo la formulación de las siguientes consideraciones:

1.- Alega incompetencia de la CMT para conocer de las presuntas prácticas de abuso de posición de dominio, indicando la exigencia de que la CMT se abstenga de calificar conductas de TESAU como contrarias a la libre competencia, dando por reproducidas sus alegaciones sobre la incompetencia de la CMT en esta materia en los términos establecidos en otros expedientes de la Comisión.

2.- Sostiene la inexistencia de hipotéticas prácticas discriminatorias en la actuación de TESAU. Al respecto, manifiesta que TESAU ha actuado con neutralidad en la provisión de sus servicios ADSL mayoristas (tramitaciones de altas, bajas e incidencias). De igual manera, manifiesta que sus servicios ADSL mayoristas, GigADSL y ADSL-IP, están a disposición de todos los operadores y PSIs, no ofreciendo trato diferenciado a las empresas de su Grupo con respecto del resto de sus competidores.

3.- Incluye una reseña acerca de las múltiples modalidades en las que ofrece sus servicios mayoristas ADSL, indicando entre ellas: el alquiler de bucle de abonado (ya sea de acceso desagregado o compartido), el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado de TESAU y los distintos servicios mayoristas de conectividad a nivel IP (ADSL-IP de TESAU o "MegaVía" de TDATA). En virtud de ello, afirma que no resulta ortodoxo realizar comparaciones entre servicios que no son idénticos, aunque TESAU reconoce que los plazos medios de provisión de GigADSL y ADSL-IP son muy similares.

4.- Afirma haber ofertado el servicio ADSL-IP a WANADOO en las mismas condiciones que lo provee a TERRA.

Sexto.- CONTESTACIÓN DE TELEFÓNICA DATA ESPAÑA S.A. AL REQUERIMIENTO. El día 28 de agosto tenían entrada en esta Comisión sendos escritos de TDATA, mediante los que se cumplimentaba el requerimiento de información formulado, y en los que se destacaba lo siguiente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- Al igual que TESAU, considera incompetente a la CMT para tratar estas cuestiones. La alegación contempla, en esencia, el mismo contenido argumental que el realizado por TESAU en su respectivo escrito de alegaciones.

2.- Explica el procedimiento de recepción y tratamiento en la atención a las solicitudes de los PSIs, reconociendo la existencia de algunas anomalías detectadas durante el segundo semestre de 2001 y el primer trimestre de 2002, anomalías que presentaron un **carácter esporádico** en la información relativa a las solicitudes de alta enviadas por los PSIs, y que **de ninguna manera afectaron a un PSI en concreto**.

3.- Señala la puesta en funcionamiento, a mediados del año 2002, de **ciertos procedimientos específicos** encaminados a mejorar la calidad de la información que proporciona a sus clientes (los PSIs) acerca del estado de tramitación de las solicitudes de suministro del servicio que le contratan.

4.- Con respecto a la necesidad de reiteración de solicitudes remitidas por PSIs, TDATA reconoce la necesidad puntual en casos en que la línea sobre la que se solicitaba el servicio estaba previamente ocupada por otro servicio ADSL o, simplemente, tenía un servicio no compatible con el servicio ADSL. En cuanto al fenómeno de las solicitudes de altas no contestadas, TDATA manifiesta no tener constancia de ello, si bien reconoce que, **por fallos en los sistemas informáticos, no siempre ha suministrado información en los plazos de tiempo esperados**.

5.- TDATA niega categóricamente las prácticas discriminatorias alegadas por los PSIs, aclarando que TERRA no es cliente del servicio "MegaVía" desde septiembre de 2001, y que de hecho, ninguna empresa del Grupo tiene contratado este servicio. De la misma manera, en la modalidad de ADSL sobre RDSI y filtrado distribuido, afirma que TERRA nunca contrató este servicio con TDATA. En el mismo sentido, este operador señala expresamente que *"....en un mercado emergente es perfectamente normal, incluso predecible, que la prestación de un servicio nuevo pueda dar lugar a retrasos o a diferencias en los plazos medios de tramitación. La existencia de tales desajustes no puede ser considerada una conducta discriminatoria sino la consecuencia del desarrollo de un servicio nuevo, en un mercado emergente, que requiere un alto grado de desarrollo tecnológico y unas herramientas de gestión y tramitación altamente avanzadas"*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

6.- Concluye TDATA poniendo de manifiesto que la falta de uniformidad en los plazos de provisión del servicio “MegaVía” a los PSIs y las ineficiencias detectadas no pueden ser penalizadas, no siendo exigible —según TDATA— un nivel de perfección en la provisión de este tipo de servicios en las primeras fases de prestación de los mismos. En razón de lo anterior, no sería posible imputar a TDATA conductas constitutivas de discriminación.

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

Esta Comisión, conforme a las ya citadas previsiones de la LRJPAC, procedió a comunicar a las partes personadas, mediante escritos de 9 de octubre de 2002 el inicio del trámite de audiencia, incluyendo en dichos escritos una serie de consideraciones, con el objeto de que pudieran los interesados tenerlas en cuenta al cumplimentar dicho trámite.

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

Una vez finalizado el trámite de audiencia, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones, ASTEL, se como parte interesada, al efecto de la dispuesto en el art.35 a) y concordantes de la LRJ-PAC.

Octavo.- RESPUESTA DE WANADOO AL TRÁMITE DE AUDIENCIA

Tras la remisión a las partes personadas del escrito de apertura del trámite de audiencia, Wanadoo España S.L. (WANADOO en lo sucesivo) realizó las siguientes alegaciones que sucintamente se recogen a continuación:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Sobre la competencia de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones en relación con cuestiones relativas a la competencia y la necesidad urgente de su intervención*

WANADOO rechazó las reiteradas alegaciones de TESAU y TDATA sobre la presunta incompetencia de la CMT para conocer sobre prácticas de abuso de posición de dominio, considerando plenamente justificada la intervención de esta Comisión por razón de la singularidad y complejidad de la materia, especialmente cuando se trata de un mercado emergente de la importancia de los servicios ADSL, que resulta determinante para el desarrollo de los servicios avanzados de telecomunicación y de la Sociedad de la Información.

WANADOO destacó que el ADSL y, en general, las tecnologías xDSL, no representan simplemente una nueva forma de acceso a Internet, sino una nueva técnica llamada a revolucionar el mercado de las telecomunicaciones en España, ya que a través del ADSL y/o otras formas de xDSL se van prestar de forma masiva, además del acceso a Internet, una variada gama de servicios asociados que van desde la voz sobre IP, hasta la televisión interactiva y el vídeo bajo demanda. En este sentido, el desarrollo cuasi monopolístico del ADSL en España llevado a cabo por el Grupo Telefónica supone, a juicio de WANADOO, la materialización de una estrategia de “caballo de Troya” para el control a medio plazo de los principales mercados de telecomunicaciones, lo que claramente trasciende a un mero acceso a Internet.

Por lo anterior, este operador entiende que es misión irrenunciable de esta Comisión la de promover y salvaguardar la competencia efectiva en el mercado del ADSL, tomando de forma enérgica y ejemplar las medidas necesarias ya no tan sólo para impedir la comisión de prácticas restrictivas a libre competencia, sino también para desincentivar su realización en el futuro y, por tanto, **evitar que el Grupo Telefónica consolide su monopolio de hecho en la prestación de servicios de ADSL a los clientes finales** (servicios ADSL minoristas).

En tal sentido, WANADOO señala que la intervención de la CMT en asuntos de abuso de posición de dominio y / o de otras prácticas anticompetitivas ha sido constante y reiterada, tal y como ha quedado patente, entre otras, en la resolución OM 2001/5678 sobre prácticas contrarias a la libre competencia en la comercialización de servicios ADSL minoristas, la resolución en relación con la denuncia de Lince respecto de la “Tarifa Plana Personal” de TERRA de fecha 27 de julio de 2000 o la resolución OM 2001/4976 con respecto al acuerdo entre TESAU y Fadesa Inmobiliaria S.A.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Sobre la definición del mercado de referencia*

WANADOO compartió las consideraciones efectuadas por esta Comisión en el presente expediente sobre la determinación del mercado de referencia afectado.

- *Sobre la posición de dominio del Grupo Telefónica y su caracterización como unidad económica en el mercado de referencia definido*

WANADOO se mostró conforme con las observaciones efectuadas por esta Comisión en el presente expediente sobre la posición de dominio del Grupo Telefónica en el mercado de referencia considerado.

Además, destacó que, a su juicio, el Grupo Telefónica ostenta en la actualidad el monopolio *de facto* de la prestación de los servicios complementarios de conectividad necesarios para ofrecer ADSL minorista en la totalidad del territorio nacional. A este respecto, aparte de TDATA y la propia TESAU, ningún otro operador puede ofrecer en la actualidad a los PSIs la prestación de líneas ADSL en la totalidad del territorio nacional (con excepción de Albura), como hacen para sus respectivas ofertas minoristas tanto TESAU como TERRA y TDATA. De esta manera, a fin de emular las ofertas del Grupo Telefónica en la totalidad del territorio nacional, lo que en el caso de WANADOO representa un imperativo comercial, cualquier PSI debe contratar forzosamente servicios no regulados ofrecidos por el Grupo Telefónica (tales como “MegaBase” o “MegaVía”).

De otra parte, este agente realizó algunas matizaciones y precisiones de índole técnica con respecto de los servicios ADSL prestados por el Grupo Telefónica.

- *Sobre el abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica, materializado en las prácticas contrarias a la libre competencia mediante la discriminación entre operadores*

Según WANADOO, la conducta denunciada por la AEPSI es la de la realización de ciertas prácticas llevadas a cabo por el Grupo Telefónica que pudieran implicar un trato discriminatorio en los procesos de provisión de las líneas ADSL a operadores que los necesitan para prestar sus servicios a los clientes finales. A este respecto, este operador entiende que el análisis llevado a cabo por esta Comisión no refleja la realidad física y jurídica de la provisión de las líneas ADSL, por las siguientes razones:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. No considera pertinente que se omita del análisis a TESAU en lo que se refiere a su oferta minorista, pues es esta compañía la que ostenta un mayor número de líneas ADSL comercializadas a usuarios finales, y la que presuntamente podría ofrecer mejores plazos. En consecuencia, entiende imprescindible a fin de evaluar eventuales discriminaciones en la provisión del servicio ADSL entre las compañías del Grupo Telefónica y sus competidores PSIs, el traer a colación los datos de los plazos de provisión de las líneas de ADSL de TESAU, a fin de compararlos con los que el Grupo Telefónica ofrece a PSIs como WANADOO.
2. Señala que, conforme a la resolución de 31 de julio de 2001 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, relativa a la prestación del servicio “ADSL minorista” por parte de TESAU, sólo cabe que TESAU preste servicios minoristas si las correspondientes modalidades de ADSL se encuentran disponibles para sus competidores *“en condiciones que garanticen el respeto a los principios de equidad, transparencia y **no discriminación**”*. Igualmente la citada resolución establece que TESAU hará uso de las capacidades ADSL *“en condiciones **equivalentes** a las ofertadas al resto de los operadores a través de la oferta de acceso al bucle de abonado, en particular garantizando la equidad en las condiciones de contratación de precios y **plazos**”*. Por ello, WANADOO considera necesario comprobar que las condiciones en las que TESAU presta el servicio ADSL minorista en términos de plazos se ajusta a lo prescrito en la citada resolución a fin de determinar la eventual existencia de discriminaciones, además de comparar los plazos de provisión de líneas ADSL en todos los diferentes servicios prestados por el Grupo Telefónica, pues esta es la única manera de poder discernir sobre la existencia real de discriminaciones en los procedimientos de provisión de líneas ADSL, evitando enmascarar la realidad mediante comparaciones parciales e inconexas que pueden mostrar imágenes distorsionadas que oculten la realidad de las discriminaciones que, según WANADOO, se están produciendo en el mercado.
3. Este operador mantiene que la provisión de una línea ADSL integra fundamentalmente una serie de operaciones técnicas sobre el bucle de abonado que han de llevarse a cabo en la central local correspondiente (y en algunos casos en el domicilio del abonado), a la cual se añaden una serie de trámites administrativos. Por esa razón, los tiempos de provisión de ADSL, si no idénticos, debieran de ser muy similares en el servicio minorista de TESAU, en GigADSL y en el resto de los servicios ADSL mayoristas prestados por el Grupo Telefónica (“MegaVía”, “MegaBase”, ADSL IP...etc.) en el improbable caso de que la provisión de las líneas ADSL fuera prestado por el Grupo Telefónica a sus competidores en condiciones de equidad y no-discriminación. Por ello, comparar los plazos y procedimientos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de provisión de todos los servicios ADSL es la única manera de comprobar si la provisión de líneas ADSL realizada por TESAU como propietaria del bucle de abonado para todos los operadores y PSIs (incluidos los pertenecientes al Grupo Telefónica) se realiza en condiciones de igualdad, transparencia y no-discriminación, conforme a la normativa en vigor.

4. WANADOO manifiesta desconocer si los retrasos, deficiencias y otras discriminaciones sufridas son debidos a deficiencias en la parte del servicio imputable a TESAU (ya sea primero en GigADSL como posteriormente en ADSL IP) o la parte imputable a TDATA. Tanto en un caso como en el otro, dichas deficiencias sufridas en el proceso de provisión de ADSL deben ser reputadas como anticompetitivas, habida cuenta de la total pertenencia, control, y coordinación entre las actividades de TDATA, TESAU y las del resto del Grupo Telefónica en el mercado ADSL tanto a nivel mayorista como minorista. A este respecto, WANADOO comparte totalmente la caracterización del Grupo Telefónica como una unidad económica ya establecida por esta Comisión.
5. Considera inconsistente que no se hayan incluido en el análisis previo realizado por esta Comisión, los tiempos medios de provisión de líneas ofrecidos por TESAU en la modalidad GigADSL a los diferentes operadores que tienen contratado el servicio. Sobre este particular, señala que si bien en la actualidad TDATA presta su servicio ADSL a través del servicio ADSL-IP, ha venido prestándolo con anterioridad mediante GigADSL.
6. Asimismo, WANADOO pone de manifiesto en sus alegaciones que de la simple comparación de los tiempos de provisión ya ofrecidos a esta Comisión y obrantes en el expediente, se puede extraer la conclusión de la existencia de serias discriminaciones realizadas por el Grupo Telefónica en contra de este operador y cuyo valor medio en las desviaciones asciende a más de **CONFIDENCIAL** [] para las modalidades A y B. De la misma manera, hace referencia al elevado número de solicitudes sobre las cuales TDATA no ha enviado ni aceptación ni rechazo para mostrar el tremendo impacto que ha tenido para WANADOO la falta de respuesta a tan elevado número de solicitudes **CONFIDENCIAL** [] y el hecho de que este operador perdió aproximadamente un **CONFIDENCIAL** [] de sus clientes ADSL sólo por esta causa, independientemente de los graves deterioros de imagen causados por las continuas quejas y reclamaciones de dichos clientes



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

7. Igualmente, WANADOO alude a otras prácticas que entiende como discriminatorias y anticompetitivas, destacando el fenómeno de las altas “recurrentes”, es decir el caso de los usuarios que tras solicitar el alta del servicio, por algún motivo injustificado, son rechazados, y como consecuencia, tienen que reiniciar el proceso de alta desde el principio. **Estos rechazos se producen de forma reiterada**, según este operador, de manera que un mismo usuario, en ocasiones, ve rechazada su solicitud de servicio en varias ocasiones por distintos o por el mismo motivo, todos ellos injustificados, lo que provoca que el tiempo final real de provisión del servicio se dilate considerablemente, con la lógica consecuencia de que normalmente WANADOO pierde el cliente objeto de un “alta recurrente”.
8. WANADOO hace hincapié en la extraordinaria gravedad y en las repercusiones económicas de las deficiencias y discriminaciones sufridas en relación con la provisión de líneas ADSL por parte del Grupo Telefónica. Asimismo, indica que el contrato “MegaVía” ADSL ofertado por TDATA no contiene los requisitos mínimos y habituales de un contrato de esta naturaleza, como por ejemplo un acuerdo sobre niveles de servicio (SLA,s¹) que garantice unos mínimos de calidad del servicio.
9. Asimismo, WANADOO manifiesta que no ha tenido la posibilidad de contratar la provisión de las líneas ADSL en ámbito nacional con otro operador distinto a TDATA, ya que sólo dicho operador, y en definitiva el Grupo Telefónica, puede prestar este servicio con ámbito nacional. A este respecto, cualquier PSI que haya querido estar en condiciones de emular las ofertas ADSL minoristas realizadas por el Grupo Telefónica con ámbito nacional no ha tenido otra opción que contratar dichas líneas con TDATA. También, según WANADOO, las supuestas discriminaciones denunciadas, son contrarias a la normativa específica vigente, especialmente si con causadas por retrasos deliberados en la provisión de las líneas por parte de TESAU, en clara vulneración de la Oferta del Bucle de Abonado de TESAU (OBA en lo sucesivo) y de las condiciones bajo las cuales se autorizó su oferta minorista. Consecuentemente, WANADOO considera esencial investigar con profundidad el origen de las discriminaciones sufridas a fin de depurar las responsabilidades correspondientes, ya que sólo de esta manera se podrán articular mecanismos que prevengan dichas o similares conductas en el futuro.

¹ Acrónimo derivado del inglés *Service Level Agreement*, habitual en los Acuerdos Generales de Interconexión firmados entre operadores de redes telefónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

10. Finalmente, en relación con la discriminación en la puesta a disposición de WANADOO de los servicios ADSL sobre RDSI y con filtrado distribuido por parte de las empresas del Grupo Telefónica, así como la discriminación en las condiciones ofertadas en el servicio banda Ancha ADSL-IP, este PSI comparte las conclusiones de esta Comisión con relación a estas cuestiones reflejadas en el informe de trámite de audiencia.

En tal sentido, este PSI pone de manifiesto que, frente a la argumentación de que como opción a la contratación de TDATA está la oferta de ADSL tunelizado de TESAU, dicha opción debe ser considerada como meramente teórica ya que no resulta competitiva frente a la opción de “MegaVía”, lo que ha provocado que ningún PSI utilice este servicio y resultando de esta manera que el Grupo Telefónica se asegure que, para poder tener una cobertura del 100% del territorio nacional a un precio competitivo, se tenga que contratar con alguna empresa del Grupo un servicio no regulado en ninguno de sus tramos (y por tanto, sin las garantías de dicha regulación), y prestado en las ya referidas condiciones de falta de transparencia y discriminación.

En definitiva, WANADOO entiende que la propia existencia de los contratos “MegaBase”-ADSL IP resulta anticompetitiva, al servir de instrumento al Grupo Telefónica para dar a sus filiales, de forma exclusiva, servicios ADSL específicamente diseñados para satisfacer sus necesidades (y no las de los competidores), y todo ello de forma no transparente, discriminatoria y al margen de la regulación existente. En ese sentido, indicó que resultaba especialmente significativo que sólo TESAU y TERRA disfruten en la actualidad de dicho servicio ADSL-IP.

Noveno.- RESPUESTA DE AEPSI AL TRÁMITE DE AUDIENCIA

Tras la remisión a las partes personadas del escrito de apertura del trámite de audiencia, la Asociación Española de Proveedores de Servicio de Internet realizó las siguientes alegaciones que sucintamente se recogen a continuación.

- *Sobre la competencia de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones en relación con cuestiones relativas a la competencia y la necesidad urgente de su intervención*

AEPSI considera que la competencia de la Comisión respecto de la defensa de unas condiciones de libre competencia, no sólo puede acometer una aproximación regulatoria *ex ante*, sino también *ex post*, al poder instar la cesación de una conducta para salvaguardar la competencia en el mercado cuando está siendo vulnerada por prácticas contrarias a la competencia, en cuyo caso, aplicará las categorías existentes en el derecho de la competencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el sentido anterior, AEPSI refrenda lo establecido por esta Comisión en la Resolución de 19 de Septiembre de 2002, cuando afirma: *“En caso de identificar una conducta anticompetitiva, esta Comisión impone obligaciones de hacer o, en su caso, de no hacer. Por tanto, y como en el caso que nos ocupa, al estar en juego el correcto desarrollo de un mercado, esta Comisión en tanto que órgano regulador del mismo, debe proceder a la adopción de medidas que impidan o limiten la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia que puedan llevar a efecto determinados operadores.”*

- *Sobre el abuso de la posición de dominio del Grupo Telefónica, materializado en las prácticas contrarias a la libre competencia en el mercado de referencia afectado*

AEPSI considera que las prácticas contrarias a la libre competencia realizadas por empresas del Grupo Telefónica, encaminadas a la expulsión de sus competidores del mercado, se materializan en una doble discriminación: 1) se produce una discriminación por el mero hecho de la **existencia de múltiples contratos entre las empresas del Grupo Telefónica** o, lo que es lo mismo, entre TESAU y sus filiales para la prestación del mismo servicio —en este caso ADSL—, contratos que, según manifiesta AEPSI, se sitúan al margen de la oferta regulada en la OBA y que, por su propia naturaleza, **resultan opacos tanto para la CMT como para el resto de sus competidores en el mercado**; y 2) existe una clara discriminación de las empresas que forman parte del Grupo Telefónica respecto a los operadores competidores en el mercado ADSL en lo que respecta a las condiciones de provisión del servicio —instalación, gestión de altas, bajas, incidencias, migraciones etc.—, discriminaciones éstas que se producen a juicio de AEPSI, gracias al control absoluto que mantiene el operador dominante de todos los elementos de red necesarios para la prestación del servicio ADSL a los clientes finales.

AEPSI entiende que, mientras que la primera conducta denunciada, es decir, la existencia de contratos entre empresas de un mismo Grupo, queda suficientemente constatada por las informaciones analizadas por parte de la CMT, no puede decirse lo mismo respecto de la segunda conducta discriminatoria denunciada, relativa a las condiciones y plazos de prestación del servicio mayorista ADSL por parte del Grupo Telefónica a sus competidores. Ello es así porque la información requerida por la CMT a las empresas TESAU y TDATA podía aportar información únicamente sobre la primera conducta discriminatoria descrita, es decir, la relativa a la existencia de múltiples contratos, o como mucho, sobre las condiciones contractuales concretas en las que TESAU presta el servicio a sus filiales, pero no sobre la discriminación en la provisión del servicio mayorista ADSL que están sufriendo los miembros de AEPSI. Por ello, AEPSI considera que el análisis realizado por la CMT en su escrito de Apertura del Trámite de Audiencia no es relevante a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los efectos de demostrar la existencia de conductas discriminatorias por parte del Grupo Telefónica en la provisión del servicio ADSL mayorista.

- *En cuanto a la discriminación en plazos de provisión del servicio ADSL mayorista por parte de TESAU.*

En primer lugar, AEPSI manifiesta que esta Comisión únicamente ha empleado los datos relativos a los plazos de provisión del servicio proporcionados por TDATA para llevar a cabo el análisis realizado en el apartado 2.4.1. del informe de audiencia y, en consecuencia, no son válidos al no estar referidos a los miembros de esta Asociación. En tal sentido, la CMT hubiera tenido que comparar la totalidad de la información recibida por parte de las empresas integradas en AEPSI.

Señala AEPSI que la CMT ha excluido los datos de WANADOO, por resultar contradictorios con los proporcionados por TDATA, lo que hace pensar a AEPSI que uno de los gráficos incluidos en el informe del trámite de audiencia que refleja los plazos de provisión del servicio, está encaminado a constatar la existencia de no discriminación en lugar de la discriminación, palpable día a día en el mercado, según la opinión de esta asociación.

AEPSI no entiende por qué no se compara la información, a su juicio, clave a los efectos de verificar la discriminación, a saber: la diferencia entre el plazo medio de provisión del servicio de TESAU a TERRA y de TESAU a sus clientes en el tramo minorista respecto del plazo medio correspondiente a los restantes PSIs integrados en AEPSI.

AEPSI considera que sólo de la comparación de los datos que figuran en el gráfico de la página 21 del escrito de trámite de audiencia con los remitidos por los miembros de AEPSI en el marco del expediente de información previa (OM 2002/6482), y comparando éstos con los plazos de provisión del servicio minorista de TESAU, puede extraerse la conclusión de la existencia de discriminación respecto de los miembros de esta Asociación.

De otra parte, la mencionada asociación señala que la problemática de la existencia de contratos separados de la oferta regulada en la OBA (como ocurre con el ADSL-IP) responde a la evidencia de que este contrato regulado no es adecuado para la prestación del servicio por los PSIs por las elevadas inversiones que implica, y que no son compensadas por la prestación del servicio debido al elevado grado de incertidumbre jurídica en la que se ven obligados a operar, y a la abrumadora posición de dominio del Grupo Telefónica en este mercado, tanto ascendente como descendente, tal y como ha reconocido la CMT en numerosas ocasiones.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

AEPSI entiende que la premisa básica de la discriminación se encuentra en la mera existencia de un contrato —“MegaBase”, en este caso— al que sólo ha tenido acceso una filial del Grupo Telefónica, que es TERRA, el cual **no se ha ofertado en condiciones de igualdad al resto de los PSIs** que quisieran suscribirlo.

Es más, AEPSI considera que la existencia del contrato “MegaBase” entre TESAU y TERRA constituye asimismo un flagrante incumplimiento del artículo 3 del Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes.

En definitiva, AEPSI reclama **trasladar a los demás operadores las condiciones y plazos de las que disfruta TERRA** directamente de TESAU, condiciones éstas que, por el mero de hecho de eliminar a un intermediario (que es TDATA), deben ser necesariamente más ventajosas.

Finalmente, esta asociación describe las disposiciones legales incumplidas, a su juicio, por el Grupo Telefónica, solicitando que **se obligue a TESAU a prestar el servicio “MegaBase” a todos los PSIs** interesados en ello en las mismas condiciones que le proporciona a TERRA, por un lado, y **verificando, por otro, la existencia de no discriminación en la prestación del servicio por parte de TDATA a todos los PSIs** que han contratado con esta compañía la provisión del servicio “MegaVía”.

Décimo.- RESPUESTA DE RETEVISION AL TRÁMITE DE AUDIENCIA

Con fecha 8 de noviembre de 2002, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de RETEVISION, mediante el cual este operador formulaba las alegaciones que sucintamente se recogen a continuación.

- *Sobre la incapacidad por parte de RETEVISIÓN de emular las condiciones de la campaña TERRA ADLS PLUS.*

Este operador considera que el informe de trámite de audiencia apenas se pronuncia sobre sus alegaciones y peticiones contenidas en su escrito presentado el pasado 19 de junio de 2002. De la misma manera, señala que la información de plazos remitida por TESAU en virtud de lo dispuesto en la vigente OBA debe ser contrastada con la información proporcionada por los propios operadores, por lo que en cuanto al caso concreto, RETEVISION considera que se concede mayor fiabilidad a la información remitida por TESAU.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Sobre las herramientas de información de que deben disponer los operadores que contratan servicios ADSL mayoristas prestados por el Grupo Telefónica*

RETEVISION constata y reitera los problemas de provisión de los servicios mayoristas contemplados en su escrito de denuncia, incidiendo en la **problemática de los sistemas de información sobre incompatibilidad de líneas, cuyo deficiente funcionamiento incrementa de forma significativa los tiempos efectivos de provisión de líneas ADSL**. Paradigma de ello sería el sistema informático denominado “Vigía ADSL” de TESAU, destinado a proporcionar esta información a los operadores que contratan con ella este servicio, el cual no estaría operativo en el momento de presentar sus alegaciones, concluye RETEVISIÓN.

Finalmente, RETEVISIÓN denuncia las incidencias de provisión motivadas por línea incompatible con ADSL, incidencia que TESAU no acredita. Así, según RETEVISION, TESAU no estaría aportando, junto con la comunicación de la incidencia la evidencia de los parámetros de interferencia espectral que indica y prescribe la vigente OBA.

Décimo primero.- RESPUESTAS DE TESAU Y TDATA AL TRÁMITE DE AUDIENCIA. Mediante escritos recibidos en esta Comisión el día 29 de octubre de 2002, los operadores del Grupo Telefónica, TDATA y TESAU, contestan al trámite de audiencia con una serie de prolijas alegaciones a las cuales se da cumplida respuesta a lo largo de los presentes Fundamentos de Derecho que se exponen más adelante.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

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

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

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

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el que la Comisión ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las Telecomunicaciones.

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

Admitido, pues, que la CMT es un órgano de salvaguardia de la competencia, es legítimo plantear cuáles son las líneas diferenciadoras respecto del ámbito de actuación de los órganos generales de defensa de la competencia. En este sentido puede adelantarse cómo no existe riesgo de conflicto, dado que la naturaleza de la intervención de ambos organismos es cualitativamente diferente.

Así, el papel que se le atribuye a la CMT, en aras a propiciar una rápida intervención, es imponer obligaciones de comportamiento a los operadores que incurren en prácticas anticompetitivas, singularmente abusos de posición dominante. Es decir, detectada una práctica anticompetitiva, la resolución final que dicta la CMT no es sancionadora sino puramente declarativa, imponiendo obligaciones de hacer o de no hacer. Tan sólo si se incumple por el destinatario de la obligación el mandato de hacer o no hacer, la CMT puede sancionar, siendo en este caso la infracción cometida no un comportamiento anticompetitivo sino el incumplimiento de la resolución adoptada por el Consejo de la CMT. Este papel de la CMT tiene sentido en cuanto que, en un proceso de liberalización, lo que se requiere es la adopción de medidas urgentes para frenar comportamientos anticompetitivos, porque lo que está en juego es la existencia o no de un mercado libre y transparente, y la prontitud en la intervención constituye una pieza básica de ese proceso. Esta forma de actuar no es la que define a los órganos generales de defensa de la competencia. Su Ley reguladora prevé que la resolución que finalmente dicte, si se aprecia que existen prácticas anticompetitivas, sea sancionadora, mediante, normalmente, la imposición de multas o penas pecuniarias.

Este diferente modo en que ambos órganos intervienen es perfectamente admisible y ha sido perfectamente aceptado por los agentes intervinientes en el mercado. Los nuevos operadores, entrantes en los mercados antiguamente en monopolio, pueden modular sin dificultades las vías de acceso a los órganos de salvaguardia de la competencia. Si lo que desean es determinar claramente las obligaciones de unos y otros, y no la apertura de un expediente sancionador, acuden a la CMT. Si lo que persiguen es la sanción al infractor, el camino



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adecuado es acudir al Servicio de Defensa de la Competencia, tal y como de hecho se viene realizando por algunos operadores en ciertos casos.

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

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

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

En razón de lo expuesto sobre la cuestión analizada, hay que precisar que esta Comisión en el ámbito de sus competencias, no sólo puede acometer una aproximación regulatoria *ex ante*, sino también *ex post*, al poder instar la cesación de una conducta para salvaguardar la competencia en el mercado cuando está siendo vulnerada por prácticas contrarias a la competencia, en cuyo caso, aplicará las categorías existentes en el derecho de la competencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de ello, tal y como indica la Resolución de esta Comisión de 8 de noviembre de 2001, no pueden admitirse las alegaciones del Grupo Telefónica enfocadas en que la Comisión en sus resoluciones no puede aplicar a las empresas del Grupo Telefónica criterios propios del Derecho de la Competencia, puesto que la intervención de esta Comisión no se limita a la regulación *ex ante* de las condiciones de competencia².

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

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

III.1. DETERMINACION DEL MERCADO DE REFERENCIA AFECTADO

Como se ha indicado más arriba, el objeto del presente procedimiento consiste en examinar la presunta comisión de prácticas anticompetitivas, por discriminatorias, en la comercialización de ciertos servicios de telecomunicación por parte de las empresas TESAU y TDATA, ambas integradas en el Grupo Telefónica.

En particular, debe señalarse que estos servicios vienen siendo ofertados en el mercado a través de tres productos específicos, denominados comercialmente con los nombres **GigADSL**, **MegaBase** (ó **ADSL-IP**) y **MegaVía**.

Con el fin de clarificar los aspectos diferenciales entre ellos, a continuación se ***hace una descripción*** de los mismos, **en función de las prestaciones que corresponden a cada uno de ellos**. Así, en la actualidad existen en el mercado los siguientes tipos de servicios ADSL mayoristas:

- ***Acceso indirecto al bucle de abonado mediante conectividad ATM.*** Los operadores que contratan este tipo de servicios mayoristas compran una cierta capacidad de transporte de un flujo de datos a alta velocidad sobre un bucle correspondiente a un usuario final particular. Así, este tipo de servicios integra sucesivamente dos funcionalidades distintas: la provisión del acceso físico al bucle de abonado y la transmisión de datos sobre éste a alta velocidad mediante un protocolo de comunicaciones concreto, el *Asynchronous Transfer Mode (ATM)*.

² Al respecto, son conocidos los pronunciamientos judiciales al respecto (por todos, Sentencia de 17 de octubre de 2000 de la Audiencia Nacional en el caso *Cabitel*).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dentro de esta modalidad, se englobaría el servicio GigADSL prestado por TESAU, que esta compañía ofrece sobre los bucles telefónicos de los cuales es titular, si bien bajo condiciones técnicas y económicas sujetas a la regulación específica conformada por la vigente OBA aprobada por esta Comisión.

Por tanto, el cliente que contrata este tipo de servicio mayorista debe incorporar, a las funcionalidades que el mismo le proporciona, una serie de prestaciones técnicas adicionales, y ello con el fin de acabar de conformar el servicio de transmisión de datos de banda ancha mediante ADSL que se ofrece, en el mercado minorista, a los usuarios finales.

A la vista de lo anterior, resulta apropiado considerar que el servicio GigADSL posee una naturaleza que le es propia y característica, y que consiste precisamente en el suministro de un servicio de transporte de flujos digitales que tiene lugar sobre los bucles de abonado convencionales y que se entrega en puntos de acceso técnicamente definidos, todo ello empleando como soporte un protocolo de comunicación concreto, que es el ATM.

Los clientes de este tipo de servicios son operadores de telecomunicaciones con infraestructura propia que pretenden bien proveer el acceso a internet a los usuarios finales, bien ofrecer a ISP's esa infraestructura para que sean ellos los que realicen las ofertas en el mercado final, constituyendo en ese caso un eslabón mayorista intermedio entre el operador que provee el bucle de acceso y el agente –ISP- que oferta sus servicios en el mercado final de acceso a internet.

- ***Acceso indirecto al bucle de abonado mediante conectividad IP.***
Los operadores que contratan este tipo de servicios mayoristas adquieren asimismo una cierta capacidad de transmisión de un flujo de datos sobre un bucle telefónico perteneciente a un abonado particular. Ahora bien, este flujo de datos que se intercambia corresponde a un protocolo de comunicaciones distinto del ATM, cual es el denominado Internet Protocol (IP), que se corresponde con el estándar técnico en las comunicaciones de Internet. El protocolo IP pertenece a un nivel lógico superior al que corresponde el protocolo ATM, desplegando sus propias funcionalidades sobre el soporte de transmisión constituido por este último.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, lo que se observa es que esta modalidad de servicios mayoristas se soportan necesariamente sobre las funcionalidades provistas por los servicios correspondientes a los descritos en la categoría anterior. De hecho, el operador que provee tales servicios mayoristas lo que hace realmente es agregar, de manera sucesiva a las funcionalidades propias de los servicios de acceso indirecto al bucle con conectividad ATM, nuevas prestaciones funcionales, cuales son las que corresponden al transporte de datos mediante el protocolo IP, y que resultan imprescindibles para conformar el servicio ADSL que demandan los usuarios finales. Así las cosas, sucede que el operador cliente que contrata este tipo de servicios mayoristas debe a su vez agregar sobre ellos las funcionalidades técnicas necesarias para acabar de conformar el servicio ADSL completamente funcional que ofrecerá en el mercado minorista a los usuarios finales. A este respecto, interesa señalar que el operador cliente que contrata este tipo de servicios mayoristas dispone de una capacidad técnica limitada para configurar su propio servicio final ADSL diferenciado del servicio mayorista que le presta su proveedor, puesto que gran parte de las funcionalidades IP se encuentran ya conformadas dentro del propio servicio mayorista que se contrata.

Dentro de esta modalidad, se englobaría el servicio MegaBase prestado por TESAU —también conocido como ADSL-IP³—, que este operador provee sobre los bucles telefónicos de los cuales es titular. Cabe señalar que la prestación de este servicio por parte de TESAU no se encuentra sometido a las mismas obligaciones regulatorias específicas que, como se ha indicado, sí resultan de aplicación para el caso del servicio mayorista anteriormente descrito.

Son clientes de este servicio los operadores descritos en el anterior.

³ Englobando bajo esta denominación las dos modalidades que existen para este servicio, cuales son la “tunelizada” y la “no tunelizada”, ya que las diferencias de orden técnico que corresponden a una y otra no resultan relevantes a los efectos que aquí se analizan.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **Reventa de servicios ADSL.** Estos servicios mayoristas consisten en suministrar a 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. Por tanto, el cliente en este caso, que contrata tales servicios mayoristas no requiere gestionar por sí mismo ninguna infraestructura o elemento de red para prestar a sus propios clientes, que son los usuarios finales, el servicio ADSL que les ofrece. Así, el cliente mayorista actúa como un mero revendedor minorista del servicio ADSL completo producido por otros agentes —que son, precisamente, sus proveedores en el mercado mayorista—.

Ahora bien, a este respecto interesa destacar que el hecho de que el agente que contrata este tipo de servicios mayoristas no necesite disponer de infraestructura propia alguna tiene su contrapartida en que, por ese preciso motivo, no disfruta de ninguna capacidad técnica para configurar sus propias ofertas comerciales diferenciadas de las que tiene su proveedor mayorista. Por consiguiente, necesita ineludiblemente de la intervención de su proveedor mayorista para resolver las incidencias técnicas que se produzcan en la activación o durante la prestación del servicio minorista ADSL al cliente final.

Y esto es así porque su aportación en la cadena de valor se circunscribe a actuar en el mercado como un comercializador de los servicios ADSL que técnicamente son producidos por otro operador —que es, precisamente, su proveedor de este tipo de servicios ADSL mayoristas—.

Son así los clientes de este servicio los ISP's puros que no disponen de infraestructura de acceso propia en los eslabones anteriores de la cadena.

En concreto, el servicio MegaVía prestado por TDATA corresponde a esta categoría de servicios, el cual contratan actualmente multiplicidad de PSIs —e incluso portales de Internet— para poder ofrecer servicios ADSL a sus propios clientes en el mercado minorista.

Con el fin de complementar los conceptos presentados en los párrafos precedentes, el Anexo I contiene una representación gráfica de la cadena de valor correspondiente a la producción de los servicios de transmisión de datos de banda ancha mediante la tecnología ADSL, así como un esquema de las relaciones que se establecen entre los diferentes agentes



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que participan en la provisión de tales servicios. Por su parte, el Anexo II contiene una descripción técnica detallada de los distintos servicios ADSL mayoristas que ofrecen actualmente TESAU y TDATA.

III.1.1 El mercado de producto

En orden a caracterizar la naturaleza de estos productos, conviene hacer uso de las definiciones recogidas en la Comunicación de Acceso⁴ de la Comisión Europea. En dicha Comunicación, se establece que, a efectos regulatorios, pueden distinguirse en el sector de las Telecomunicaciones dos tipos de mercados pertinentes:

- los *mayoristas*, constituidos por aquellos productos consistentes en la provisión de las instalaciones y servicios asociados que se necesitan para prestar un determinado servicio de telecomunicación a los clientes finales, y
- los *minoristas*, conformados por la provisión a los consumidores de dichos servicios de telecomunicación⁵.

En virtud de ello, los mercados mayoristas —intermedios en la cadena de valor de producción de un cierto servicio de telecomunicación— vendrán determinados, en lo referido al servicio que se ofrece, por el suministro entre operadores de los elementos técnicos y servicios asociados necesarios para la provisión, por parte del operador suministrado, de ese servicio de telecomunicación a los usuarios finales, mientras que los mercados minoristas vendrán conformados por la prestación de dichos servicios a los consumidores finales.

De acuerdo con la Comunicación, ***“es evidente que en el sector de las telecomunicaciones existen, al menos, dos tipos de mercados de referencia dignos de tener en cuenta: el del servicio que se ha de prestar a los usuarios finales y el del acceso a las instalaciones que se necesitan para prestar tal servicio (información, red física, etc.), indicando además que “la mejor forma de definir los mercados de producto específicos... consiste en analizar detenidamente un caso concreto”***

“Ante la velocidad con que se producen los avances tecnológicos en este sector, cualquier intento de definir mercados de producto específicos en la presente Comunicación correría el riesgo de pasar a ser, en poco tiempo,

⁴ Comunicación 98/C 265/02.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

irrelevante o impreciso. La mejor forma de definir a los mercados de producto específicos consiste en analizar detenidamente un caso concreto”.

Igualmente, 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, recogen explícitamente lo siguiente: “ 64. *Tal como se señala en la Comunicación sobre el acceso, en el sector de las comunicaciones electrónicas cabe considerar, al menos, dos tipos principales de mercados pertinentes: el de los servicios prestados a los usuarios finales (mercado de servicios) y el del acceso a los recursos necesarios para prestar tales servicios (mercado de acceso). ...”*

65. En particular, en su práctica de adopción de decisiones la Comisión efectuará normalmente una distinción entre la prestación de servicios y el suministro de la infraestructura de red subyacente. ...”

Pues bien, como quiera que los mencionados productos ofrecidos por las empresas del Grupo Telefónica son prestados a otros operadores de telecomunicación o a PSIs, pero no a usuarios finales, cabe afirmar que **tales productos corresponden a mercados mayoristas**. En concreto, los agentes que los contratan —los operadores y PSIs— hacen uso de ellos para desarrollar su propia actividad empresarial, que consiste en prestar a sus respectivos clientes —que pueden ser directamente los usuarios finales o, en ocasiones, otros agentes intermedios— servicios de transmisión de datos de banda ancha empleando específicamente la solución tecnológica ADSL⁶.

Con respecto a ello, cabe tener en cuenta que cualquier operador */ISP* que pretenda actuar en el mercado minorista de servicios de transmisión de datos de banda ancha, proporcionando a los consumidores estos servicios mediante la tecnología ADSL, requiere disponer de una conexión física a los clientes finales dotada de la suficiente capacidad de transmisión digital como para satisfacer las necesidades del consumidor al que pretende ofrecer sus servicios haciendo uso de esta solución tecnológica particular.

En efecto, los diferentes productos que actualmente se ofrecen en el mercado mayorista de servicios ADSL se soportan todos ellos sobre el **acceso al par telefónico convencional o bucle de abonado**, ya que este recurso de red constituye, como se ha explicado, el elemento imprescindible para prestar tales servicios de telecomunicación empleando dicha tecnología —por cuanto se trata de la infraestructura que proporciona el acceso físico al cliente final sobre la cual opera la solución tecnológica ADSL—.

⁶ La tecnología ADSL permite, mediante la instalación de cierto equipamiento específico, emplear el bucle telefónico convencional de par trenzado de cobre para la transmisión de datos con un alto caudal binario.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, es preciso determinar qué mercados son los mercados de producto involucrados en este caso, y a este respecto de nuevo son esenciales las previsiones que recogen las citadas Directrices.

Y por lo que se refiere concretamente a los criterios para definir el mercado pertinente, señalan en el apartado 38, que “El grado en que el suministro de un producto o la prestación de un servicio en un área geográfica dada constituye el mercado pertinente depende de la existencia de presiones competitivas sobre el productor o productores o del prestador o prestadores de servicios de que se trate a la hora de fijar los precios. Hay que considerar dos tipos principales de presión competitiva en la evaluación del comportamiento de las empresas en el mercado: i) la intercambiabilidad desde el punto de vista de la demanda y ii) la intercambiabilidad desde el punto de vista de la oferta.”

Existe una tercera fuente de presión competitiva sobre el comportamiento de un operador, a saber, la competencia potencial. La diferencia entre competencia potencial e intercambiabilidad desde el punto de vista de la oferta reside en que esta última responde con presteza a un aumento de los precios, mientras que los entrantes potenciales pueden necesitar más tiempo para empezar a atender el mercado. La intercambiabilidad desde el punto de vista de la oferta no implica costes adicionales importantes, mientras que la entrada potencial lleva aparejados importantes costes hundidos. Puede resultar, por tanto, más útil examinar la existencia de una competencia potencial cuando se trata de evaluar si en un mercado hay competencia efectiva con arreglo a lo dispuesto en la Directiva marco, es decir, si hay empresas con PSM”.

Y en el apartado 44, “Según jurisprudencia consolidada, el mercado de productos o servicios pertinente abarca todos los productos o servicios que son suficientemente intercambiables o sustituibles, no sólo por sus características objetivas, en virtud de las cuales resultan especialmente idóneos para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, sus precios o su uso previsto, sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la demanda en el mercado de que se trate”.

A) Análisis de la sustituibilidad de la demanda

Desde la perspectiva de la intercambiabilidad de la demanda, la Sentencia del caso *Hoffmann-La Roche vs. Comisión*⁷, el Tribunal de Justicia europeo estableció 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”.

⁷ Caso 102/77.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A partir de ello, y una vez se hubieran, en su caso, agrupado estos servicios dentro de un mismo mercado relevante, por considerarse sustitutivos desde la perspectiva de la demanda, convendrá progresar en este análisis evaluando la posible sustituibilidad de estos servicios con otros productos mayoristas susceptibles de satisfacer la misma necesidad específica del cliente. En particular, el análisis se centrará en el servicio de acceso completamente desagregado al bucle de abonado —que constituye, según se ilustra en la gráfica contenida en el Anexo I, el primer eslabón ascendente en la cadena de valor de producción de los servicios ADSL—.

Finalmente, convendrá analizar si existen otros productos en mercados distintos que pudieran considerarse sustitutivos de los anteriores, al generar presiones competitivas sobre ellos.

A.1) Examen de la sustituibilidad entre los servicios *de acceso indirecto al bucle y reventa*

De la descripción que se ha realizado de los productos que actualmente se ofrecen en el mercado, ha quedado de manifiesto que éstos consisten en la integración sucesiva de distintas prestaciones técnicas —acceso desagregado al bucle de abonado, acceso indirecto sobre ATM; acceso indirecto sobre IP y reventa del servicio completo—.

Se trata, por tanto, de servicios mayoristas que proporcionan bien acceso a instalaciones de la red física –acceso desagregado y acceso indirecto-, bien al servicio plenamente configurado para su suministro al por menor a los usuarios finales, lo que integra el acceso a las instalaciones y las funcionalidades complementarias necesarias para que resulte ofertable directamente a dichos usuarios finales-, esto es, la reventa-.

Ahora bien, interesa señalar que una oferta integrada de distintos productos o servicios no constituye necesariamente en sí misma un mercado diferenciado. A modo de ilustración, cabe decir que, en la Recomendación sobre mercados de referencia⁸, la Comisión Europea reconoce que las ofertas del servicio telefónico fijo integran el acceso y el tráfico. Ahora bien, según la Comisión, el mercado relevante no es el mercado de acceso y generación de llamadas, dado que considera que los consumidores de tal oferta integrada, ante un incremento en precio de las llamadas, optaría por consumir separadamente el acceso del tráfico. Por esta razón, la Comisión Europea considera, en este

⁸ Recomendación de la Comisión relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

caso, que los mercados relevantes son dos distintos: el de acceso y el del tráfico.

De los argumentos que la Comisión Europea y el Tribunal de Defensa de la Competencia español han aplicado en diferentes casos ya resueltos, se pueden extraer la siguiente conclusión: para que la oferta integrada se defina como un mercado separado, los clientes deben valorar el paquete como tal, al no poder reemplazarlo, de una forma económicamente viable, por la compra individualizada de los productos o servicios que conforman ese paquete.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, se justifica que, con respecto al caso que constituye el objeto del presente expediente, resulte necesario analizar si los productos mayoristas correspondientes a las categorías *acceso indirecto* y *reventa* son o no sustitutos entre sí desde el punto de vista de la demanda. Dado que estos productos integran diferentes prestaciones —que se agregan de forma sucesiva las unas sobre las otras—, es necesario tener presente las anteriores consideraciones para realizar adecuadamente el pertinente análisis de sustituibilidad.

Como se ha recogido anteriormente, la doctrina comunitaria proporciona los criterios para concretar la evaluación de esta sustituibilidad: “la existencia de presiones competitivas sobre el productor o productores.... a la hora de fijar los precios”.

Consecuentemente, el procedimiento de análisis consiste en determinar si, ante un eventual incremento, reducido pero significativo y no transitorio en el precio de la oferta de servicios de tipo *reventa*, el cliente optaría por acudir a la contratación de servicios de *acceso indirecto* para satisfacer sus necesidades de aprovisionamiento de los servicios mayoristas necesarios para conformar su propio servicio ADSL que ofrecerá a los consumidores en el mercado minorista.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, para que el cliente que contrata el servicio de tipo *reventa* pudiera configurar una prestación alternativa a este servicio a partir de los elementos que en él se integran (esto es, los servicios *acceso indirecto*), deben existir en el mercado mayorista ofertas que realmente suministren este tipo de prestaciones.

Esta cuestión queda garantizada **por lo que se refiere a la modalidad de acceso indirecto ATM** desde el momento en que el suministro de estos servicios se encuentra sujeto a una regulación *ex ante* específica impuesta por esta Comisión en el marco de la vigente OBA aplicable a TESAU. De este modo, TESAU, en calidad de operador dominante —condición que ostenta en virtud de la titularidad que posee sobre *la infraestructura* esencial constituida por los bucles físicos que integran su red pública de acceso telefónico—, está



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligada a proporcionar a terceros agentes el acceso a los mismos en las condiciones técnicas y económicas establecidas, lo que tiene por objeto asegurar que se respeten, entre otros, los principios de transparencia y no discriminación en la provisión de tales servicios.

Por lo que se refiere al eslabón siguiente las ofertas de, acceso indirecto IP, tiene interés aportar una revisión respecto de cuál es la situación actual de concurrencia en el mercado español en cuanto a la provisión de los diferentes servicios ADSL mayoristas que se ofrecen en él. Con tal fin, la Tabla 2 muestra cuáles son los operadores que cuentan actualmente con infraestructuras propias para el transporte ATM e IP, así como su grado de despliegue en todo el territorio nacional, que se ilustra desglosado por el número de demarcaciones geográficas en las que estos operadores poseen presencia:

CONFIDENCIAL: []

Ahora bien, el indicador que adicionalmente es necesario considerar de cara a conocer cuál es el grado de presencia efectiva en este mercado de los distintos competidores que operan en él es el porcentaje de la población que representan las demarcaciones en las que los operadores tienen presencia, **por cuanto es este parámetro el que permitirá determinar la capacidad que esas redes ofrecen de acceso a los usuarios finales**. Esto es lo que se ilustra en la tabla siguiente.

CONFIDENCIAL: []

Así, en la práctica se comprueba que *varios operadores distintos de TESAU* disponen en la actualidad de un amplio catálogo de servicios ADSL mayoristas⁹ —si bien todos ellos sustentados sobre el servicio de acceso indirecto al bucle (GigADSL) ofrecido por TESAU—. Esta circunstancia revela la **existencia en el mercado español de concurrencia en el suministro de ciertos servicios ADSL mayoristas**, la cual se ha hecho identificable, en particular, en los servicios *de acceso indirecto sobre IP*.

⁹ Resulta especialmente destacable el caso particular de ALBURA, marca comercial bajo la cual opera la entidad Red Eléctrica Telecomunicaciones, propiedad de Red Eléctrica Española (REE).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Efectivamente, los anteriores datos permiten constatar la existencia de un relativo grado de competencia en el mercado, particularmente en la provisión de servicios ADSL mayoristas de acceso indirecto sobre IP, que son actualmente ofertados en el mercado español *en competencia* haciendo uso del servicio mayorista que se encuentra regulado para TESAU en el marco de la vigente OBA.

Ahora bien, la existencia de ofertas no permite concluir sin más que esos productos existentes constituyan realmente alternativas para los clientes que deben optar entre los productos de reventa y los de acceso indirecto, que como se ha descrito anteriormente son diferentes –operadores ó ISP’s-.

Debe tenerse presente que las decisiones de los clientes sobre las alternativas mayoristas a contratar no presentan de hecho un patrón homogéneo. Ello responde a la importancia que tiene en la decisión del operador, a la hora de contratar un determinado tipo de servicios ADSL mayoristas, la escala de operación que ha alcanzado su propio negocio en términos de clientes servidos por él, ***así como el ámbito de su actividad, esto es, según se trate de operadores de telecomunicaciones que pretenden ofertar en el mercado final sus servicios de acceso a internet completando el acceso al bucle con sus propias infraestructuras, o de ISP’s puros, los cuales han de adquirir el servicio funcionalmente completo convirtiéndose en revendedores del mismo en el mercado final.***

En efecto, lo que está sucediendo en la práctica es que los PSIs más pequeños optan, por lo general, por adquirir servicios mayoristas de tipo *reventa*, puesto que implican para ellos menores requisitos de inversión respecto de las exigencias que les imponen los servicios *de acceso indirecto*, en términos de infraestructuras y de recursos humanos con los que deben contar a la hora de contratar unos y otros. Ahora bien, llegado un determinado umbral de escala, los PSIs tienen incentivos para sustituir el servicios de tipo *reventa* por servicios de *acceso indirecto*, lo que conlleva para ellos la necesidad de disponer de ciertos activos de producción específicos para llevar a cabo esta integración vertical hacia atrás (“aguas arriba”) en la cadena de valor. Así, solo para un cierto perfil de PSIs, las ofertas de acceso indirecto y de reventa se convertirían en plenamente sustitutas. Este perfil implica —aunque no necesariamente en todos los casos— haber alcanzado un cierta masa crítica de clientes servidos, esto es, una determinada escala de operación.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, si bien cuanto más funcionalidades tenga integradas el servicio mayorista que se contrata menores son los recursos humanos y materiales de los que requiere disponer el operador cliente lo contrata, también es cierto que los servicios mayoristas que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se componen de menos prestaciones integradas constituyen productos de mayor valor para éste, ya que le conceden más posibilidades técnicas para gestionar de manera autónoma la prestación del servicio ADSL completo que dicho operador pretendiese proveer al usuario final.

Asimismo, y de cara a la definición del mercado relevante, es importante señalar que el análisis de la sustituibilidad de la demanda no pretende identificar a todos los clientes que consideran dos determinados productos perfectamente sustitutos, sino que pretende evaluar las presiones competitivas presentes en un cierto mercado.

Por tanto, y tal como establece la Comisión en el artículo 41 de las Directrices⁵, *“dado que es probable que un incremento relativo del precio de una serie de productos ocasione pérdidas de algunas ventas, lo fundamental es determinar si dicha pérdida sería suficiente para compensar el mayor beneficio que se obtendría de las ventas efectuadas tras el incremento del precio”* o lo que es lo mismo, a aquellos clientes que contemplaran fuentes alternativas de suministro para satisfacer una misma necesidad específica de consumo.

En particular, y según los datos más recientes que obran en poder de esta Comisión, tres agentes **concentraban la contratación de aproximadamente el 80%** de las líneas correspondientes al servicio ADSL mayorista suministradas en España mediante la modalidad de *reventa*. Así, ante un hipotético incremento en el precio de este tipo de servicios, estos operadores, dada su escala, presumiblemente aceptarían con facilidad migrar hacia la contratación de servicios ADSL mayoristas correspondientes a la categoría de *acceso indirecto*.

Lo anterior cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que los grandes PSIs se encuentran, en mayor o menor medida, vinculados a un operador de telecomunicaciones, circunstancia ésta que facilita la posibilidad de que estos agentes puedan suministrarse directamente del servicio mayorista de tipo *acceso indirecto*.

Ahora bien, no puede afirmarse lo mismo del resto de la miríada de PSIs que actualmente contratan servicios mayoristas de *reventa*, dado que estos, al no disponer de la escala mínima de operación, afrontarían grandes dificultades para reemplazar el suministro de los servicios mayoristas que actualmente están utilizando —la reventa—, por otros bien distintos —que son los de tipo *acceso indirecto*—, por cuanto ello les exigiría incorporar nuevos recursos de producción de los que actualmente no disponen, lo que les colocaría ante la necesidad de incurrir en nuevos costes y de realizar ciertas inversiones que, naturalmente, exigirían ser rentabilizadas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y esto es así porque la inmensa mayoría de estos pequeños PSIs no tienen vocación de implantar infraestructuras necesarias para nutrirse directamente de los servicios mayoristas de tipo *acceso indirecto*, sino que su modelo de negocio consiste en actuar como comercializadores o revendedores del servicio ADSL completamente funcional producido por terceros. Esta circunstancia supone la existencia de un considerable coste de cambio para estos agentes, que son los clientes en el mercado mayorista, que no puede desconocerse a la hora de evaluar la sustituibilidad de estos servicios desde el punto de vista de la demanda.

En definitiva, este razonamiento conduce a afirmar que **ambos tipos de servicios mayoristas –acceso indirecto y reventa- no forman parte del mismo mercado de referencia**, dado que no ejercen presiones competitivas recíprocas porque no son contemplados como sustitutivos por una parte significativa de la demanda.

El análisis anterior permite concluir que, desde la perspectiva de la demanda, no existe una masa crítica de clientes que consideren sustitutos entre sí los servicios de tipo *acceso indirecto* y de tipo *reventa*. Por tanto, en relación con los servicios ADSL mayoristas, pueden distinguirse **dos mercados de referencia disjuntos**, que se corresponden, respectivamente, con las categorías de servicios de tipo *acceso indirecto* y de tipo *reventa*, tal como estos se han definido en el apartado III.1.2 anterior.

A.2) Sustituibilidad de los servicios ADSL mayoristas con productos ofertados en eslabones ascendentes de la cadena de valor

- Acceso desagregado al bucle de abonado

Una vez analizada la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda de los servicios ADSL mayoristas englobados en las categorías *de acceso indirecto* y *reventa*, cabe estudiar asimismo la eventual sustituibilidad de estos con otros productos mayoristas distintos que pudieran ser utilizados por parte de los clientes para satisfacer esa misma necesidad específica de aprovisionamiento.

En este caso, y por las similitudes de los elementos de red utilizados para prestarlos, el producto más cercano sería el acceso completamente desagregado al bucle del abonado, el cual corresponde al que se ofrece en el primer eslabón de la cadena de valor de producción de los servicios ADSL.

Y esto es así por cuanto resulta creíble que un eventual incremento en el precio tanto de los servicios mayoristas *acceso indirecto* como de aquellos correspondientes a la modalidad de *reventa* llevarían al cliente a plantearse



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acudir al suministro de otros productos ofrecidos en el eslabón ascendente de la misma cadena de valor —esto es, realizar una integración vertical “aguas arriba”—.

En efecto, el operador que optase por esta alternativa para lograr el acceso físico al cliente final debería proceder a desagregar el bucle del abonado —lo cual podría hacer siguiendo las condiciones recogidas en la vigente OBA—, lo que le supondría la obligación de realizar las inversiones necesarias, tanto al nivel de central como de red de transporte, para poder prestar el servicio ADSL minorista a los usuarios a los que correspondiesen la titularidad de los bucles que pretendiese desagregar.

A este respecto, hay que tener en cuenta que, en la actualidad, de las aproximadamente 800 centrales propiedad de TESAU, sólo 109 son centrales en las que existe coubicación y por tanto en las que la desagregación del bucle es en este momento efectiva. Estos datos ponen de manifiesto que, si bien este servicio es potencialmente sustituto en el largo plazo de los productos mayoristas analizados, los requerimientos técnicos, financieros y temporales de su utilización práctica impiden considerarlo, en el momento presente, un sustituto real de los servicios de tipo acceso indirecto o de tipo reventa.

En definitiva, debe admitirse que la facilidad de acceso desagregado al bucle, en su actual estado de implantación, **no se muestra, en la práctica, como una opción alternativa a la contratación de servicios ADSL mayoristas** por parte de los agentes que los demandan. **No obstante, la regulación actualmente en vigor provee las herramientas necesarias para que esa desagregación vaya constituyendo una alternativa real que permita a los operadores competidores de Telefónica acceder al usuario manejando directamente el bucle establecido por el operador dominante. Es por ello que la CMT debe realizar un examen en cada caso que combine adecuadamente la perspectiva estática y el análisis dinámico de la realidad del mercado; sólo así cabe, removiendo los obstáculos que la competencia encuentre en cada momento a la vista de la situación dada, no inhibir los efectos que la regulación ex ante pretende, esto es, propiciar y fomentar la aparición de recursos y servicios alternativos.**

Por consiguiente, cabe afirmar que los clientes de los servicios ADSL mayoristas no contemplan como un sustitutivo real de los mismos los servicios de acceso desagregado al bucle del abonado, razón por la cual **no cabe considerar este servicio mayorista incluido dentro de ninguno de los mercados de referencia que se han identificado.**

- Otras alternativas de acceso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cumple tener presente que, si bien es cierto que los servicios de transmisión de datos de banda ancha mediante tecnología ADSL son perfectamente intercambiables con otros productos alternativos **desde el punto de vista del usuario final** —tales como la tecnología cablemódem, la fibra óptica, el bucle inalámbrico MMDS/ LMDS—, esta consideración, que es de todo punto pertinente en el supuesto de estar analizando el mercado minorista de servicios de transmisión de datos de banda ancha¹⁰, **no resulta de aplicación cuando el examen se realiza aguas arriba en la misma cadena de valor (mercados mayoristas).**

Y ello se afirma puesto que la sustituibilidad de la demanda debe predicarse desde la perspectiva de los clientes que demandan los bienes o servicios considerados, los cuales, en este caso concreto, **no son los usuarios finales, sino los ISP y operadores que prestan sus servicios ADSL a los consumidores.**

Así las cosas, los operadores que compiten en el mercado minorista de servicios de transmisión de datos de banda ancha se posicionan estratégicamente en él eligiendo, de entre las alternativas tecnológicas disponibles para lograr el acceso físico al usuario final —ADSL, cablemódem, LMDS/MMDS—, aquélla mediante la cual prestarán tales servicios de telecomunicación a los usuarios finales.

Ahora bien, una vez realizada esta elección estratégica respecto de la solución tecnológica que emplearán para competir en el mercado final, **los servicios mayoristas que demandan** estos operadores a los agentes que actúan como oferentes en el eslabón ascendente de la cadena de valor —esto es, sus proveedores— vienen **unívocamente determinados**, no pudiendo en tal caso elegir entre una variedad de soluciones tecnológicas que resulten realmente sustituibles para cubrir sus necesidades.

Y esto es así porque, debido a los condicionantes impuestos por la tecnología concreta elegida, las infraestructuras y elementos de red que conforman **los activos que requieren los operadores para prestar los distintos servicios de transmisión de datos de banda ancha a los usuarios finales son unos y no otros.**

En particular, para el **caso concreto de la tecnología ADSL**, el soporte imprescindible sobre el que se sustenta este servicio está constituido por las

¹⁰ Tarea que esta Comisión abordó al dictar la Resolución correspondiente al expediente OM 2001/5678, de fecha 19 de septiembre de 2002.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

líneas de bucle telefónico convencional y los recursos de red asociados que conforman el acceso físico al usuario final.

Así las cosas, sucede que un operador que preste sus servicios ADSL a los consumidores en el mercado minorista no puede, para producir estos servicios, recurrir a infraestructuras distintas del bucle telefónico convencional.

Teniendo en cuenta los elevados costes de cambio para estos operadores derivados de la elección de una u otra solución tecnológica a la hora de competir en el mercado minorista de provisión de servicios de transmisión de datos de banda ancha a los usuarios finales, las distintas alternativas tecnológicas empleadas para implementar las redes de acceso físico a los usuarios finales no forman parte del mismo mercado de referencia, en el momento actual de desarrollo de la competencia.

Y esta argumentación resulta consistente con las consideraciones realizadas por la propia Comisión Europea sobre cómo deben analizarse los costes de cambio en la definición del mercado relevante. Así, en el artículo 50 de las Directrices se establece que *“(...) la posibilidad de que los consumidores sustituyan un producto o servicio por otro a causa de un pequeño pero significativo aumento duradero en los precios puede verse obstaculizada si tal cambio implica un coste considerable. Los consumidores que han invertido en tecnología o realizado otro tipo de inversiones para recibir un servicio o utilizar un producto pueden no estar dispuestos a sufragar el coste adicional que suponga el cambio a un servicio o producto que suponga el cambio a un servicio o producto que, por los demás conceptos, es intercambiable”.*

Sin perjuicio de las consideraciones que acaban de exponerse, resulta oportuno poner de manifiesto que, pese a que existen, como se ha señalado, severas restricciones técnicas a la hora de contemplar las diferentes tecnologías de acceso al cliente como alternativas válidas en el momento actual para soportar la prestación de servicios ADSL, aparecen otras cuestiones adicionales a éstas que merece la pena tener en cuenta en este razonamiento.

Específicamente, estas cuestiones se refieren, a la capilaridad propia de las diferentes redes de acceso a los usuarios finales actualmente implantadas.

En cuanto a la capilaridad de las redes de acceso instaladas, a continuación se muestra cuál es el número de líneas activas actualmente disponibles en España en función de la tecnología de acceso empleada, según los últimos datos que obran en poder de esta Comisión correspondientes al ejercicio anual 2002.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CONFIDENCIAL: [.]

A la vista de estas cifras, se observa que las distintas tecnologías de acceso físico a los usuarios finales **no presentan en la actualidad un despliegue de capilaridad comparable**. En consecuencia, cabe inferir que un operador que pretenda ofrecer sus propios servicios de telecomunicación a los usuarios finales empleando como soporte las diferentes tecnologías de acceso disponibles no considerará, desde esta perspectiva, como efectivamente sustituibles unas y otras alternativas, ya que el volumen potencial de clientes finales a los que podría acceder haciendo uso de cada una de ellas no se revela en absoluto asimilable.

En este mismo sentido, interesa hacer notar que los usuarios finales se encuentran generalmente dotados de un solo acceso a las redes de telecomunicaciones —especialmente los usuarios del segmento residencial—, que corresponde, como se ha mostrado, en su inmensa mayoría con los bucles telefónicos convencionales, por lo que la evaluación de alternativas por parte de los operadores que pretendan hacer uso de tales accesos físicos para prestar sobre ellos sus propios servicios de telecomunicación que ofertan a los clientes finales se ve constreñida por esta circunstancia.

Y todo esto significa que, en la práctica, la eventual sustituibilidad entre unas y otras tecnologías de acceso se ve condicionada por el hecho de que, en muchos casos, la elección de una nueva tecnología de acceso supone el despliegue de otro acceso físico hasta el cliente final, el cual debería asumir el coste adicional de tal despliegue con el fin de recibir el nuevo servicio que contrate.

Así las cosas, la presencia de este coste de cambio para el usuario final contribuye a reforzar la afirmación de que, en la realidad actual del mercado, las diferentes tecnologías empleadas para constituir las redes de acceso a los usuarios finales no son contempladas como sustitutivas por parte de los operadores que requieren hacer uso de ellas para prestar sus propios servicios a los consumidores finales.

Y estas afirmaciones no resultan singulares si se tiene en cuenta que la apertura de las redes de acceso propiedad de los operadores tradicionales para que otros operadores competidores puedan prestar sus servicios haciendo uso de ella ha debido ser objeto específico de la regulación sectorial de las Telecomunicaciones vigente en los distintos países —la cual no alcanza genéricamente a los nuevos operadores entrantes—, lo que pone



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inequívocamente de manifiesto la ausencia de incentivos económicos para que ello se produzca de manera espontánea en el mercado.

A la luz de todo lo anterior, se constata definitivamente que un operador que compita en el mercado minorista de servicios de transmisión de datos de banda ancha ofertando a los usuarios finales dichos servicios mediante la **tecnología ADSL requiere indispensablemente hacer uso de los bucles que constituyen la red de acceso de telefonía fija disponible al público** como medio para lograr el acceso físico a los clientes finales, no pudiendo, por tanto, recurrir a otro suministro alternativo —como serían las infraestructuras de cable coaxial, fibra óptica o de bucle inalámbrico—. Y esto es así por cuanto éstas no constituyen opciones tecnológicamente sustituibles para cubrir sus necesidades de aprovisionamiento, las cuales satisfacen estos operadores acudiendo al correspondiente mercado mayorista.

B) Análisis de la sustituibilidad de la oferta

La CE en esta Comunicación recoge también la extraordinaria importancia que la posibilidad de sustitución de la oferta tiene en la evaluación de la situación del mercado y los comportamientos en él producidos, a cuyos efectos indica que ***“[la Comisión] examinará a otros proveedores de red en el mercado afectado, en el supuesto de que existan, para determinar si tales infraestructuras alternativas cuentan con la densidad suficiente para que puedan competir con la red tradicional y en qué medida podrían introducirse en el mercado los nuevos proveedores de acceso”***.

El apartado 52 de la Comunicación sobre Acceso indica, ***“Para evaluar el margen de sustitución desde el punto de vista de la oferta, las ANR también pueden tomar en consideración la probabilidad de que empresas que no operen en ese momento en el mercado de productos pertinente decidan entrar en el mercado en un plazo razonable, tras un incremento relativo de los precios, es decir, tras un pequeño pero significativo aumento duradero de los precios”***.

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 de mercados es delimitar de forma sistemática 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

Así, 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.

Se encuentra generalmente admitido que cuando dos productos o servicios requieren de activos muy similares para ser producidos, la sustituibilidad entre ellos puede darse con alta probabilidad. Sin embargo, no resulta en todos los casos sencillo ni inmediato asumir que los productores de un cierto producto puedan comercializar otro de forma competitiva en respuesta a un cambio en los precios relativos.

En efecto, para que la sustituibilidad por el lado de la oferta pueda ser considerada una restricción competitiva real, es necesario que se den una serie de factores, que son los que se examinan a continuación.

B.1) Otros oferentes no presentes en el mercado

Un hipotético producto que fuera sustituible del que se requiere para prestar servicios ADSL a los usuarios finales debería, según se ha razonado, soportarse necesariamente sobre el despliegue de una infraestructura de pares de cobre convencional que reprodujese la red que actualmente explota TESAU, ya que tales instalaciones de acceso al cliente final son las utilizadas como elemento indispensable por terceros operadores para prestar a los consumidores sus propios servicios mediante esta tecnología concreta ADSL.

En este sentido, resulta claro que el despliegue de tal infraestructura no podría ser realizado a corto plazo y con la misma capilaridad por ninguno de los actuales competidores de TESAU, por lo que tampoco desde esta perspectiva habría sustituibilidad alguna de dichas facilidades.

Aunque las razones que sustentan esta afirmación se han expuesto ampliamente en apartados precedentes, conviene recordar aquí que las redes de acceso que están siendo desplegadas por parte de ciertos operadores haciendo uso de tecnologías alternativas al par de cobre convencional no constituyen en el momento presente, desde el punto de vista de los agentes económicos que demandan servicios ADSL mayoristas, una alternativa real a la red de acceso telefónico que explota TESAU.

Y ello es así por cuanto, como se ha explicado anteriormente, la capilaridad de tales redes de acceso desplegadas por tales operadores es todavía demasiado reducida para ser considerada como una alternativa válida que ejerza presiones competitivas identificables.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre la base de todo lo anterior, cabe concluir que los agentes que pretendan suministrar servicios ADSL mayoristas necesitan disponer de acceso a la infraestructura constituida por los bucles de abonado propiedad de TESAU, de modo que la oferta de servicios *de acceso indirecto* se encuentra determinada por la disponibilidad del acceso a dichos recursos¹¹, como consecuencia de que no existen actualmente activos de red alternativos para replicarla.

B.2) Otros oferentes en el mercado afectado

La situación anterior condiciona también la oferta de servicios de acceso *indirecto y reventa*, por cuanto éstos se sustentan en la agregación sucesiva de funcionalidades técnicas sobre los anteriores.

La situación en estos segmentos, sin embargo, es diferente; como se ha indicado, el acceso indirecto sobre ATM se encuentra sometido a regulación ex ante que previene la utilización de la posición de cuasi-monopolio que TESAU ostenta en esta parte de la red, en perjuicio de sus competidores. No ocurre lo mismo en cambio en el acceso indirecto sobre IP respecto del cual ha aparecido, como se ha visto anteriormente, competencia que, asentada precisamente sobre la modalidad de acceso indirecto sobre ATM –GigaADSL-, ha ido desarrollando productos que ofrecen funcionalidades IP a los ISP's que pretenden ofertar sus servicios a clientes finales. Estos productos de acceso indirecto sobre IP son ofertados en competencia con TESAU por operadores de telecomunicaciones que incorporan al acceso indirecto al bucle que contratan a TESAU, las funcionalidades IP necesarias para conformar el servicio final completo. Estos operadores, por tanto, compiten en la oferta de acceso indirecto con TESAU por la captura de ISP's cuya actividad es la pura reventa.

Es así que, en el acceso indirecto sobre IP y ante un incremento relativo de precios del producto que oferta TESAU, existen alternativas de suministro de, al menos –y atendiendo a la cobertura de población de sus redes- cuatro operadores capaces de proporcionar las instalaciones necesarias para que los ISP's oferten sus productos al mercado final.

Como indica la Comunicación de la CE es preciso, desde luego, examinar si las infraestructuras alternativas consideradas cuentan “con una densidad suficiente para competir con la red tradicional”.

¹¹ Cuyas condiciones técnicas y económicas se encuentran, como se ha indicado, sometidas a regulación *ex ante* en virtud de los términos de la vigente OBA aprobada por esta Comisión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, como se ha descrito anteriormente, y se desarrolla más adelante al analizar la posición del grupo Telefónica, en esta modalidad existen hoy operadores alternativos a TESAU con capacidad desde este punto de vista, para ofertar a sus clientes ISP's las prestaciones que requieren para la venta de sus servicios minoristas. En efecto, de las tablas recogidas en el apartado A anterior, resulta que además de TESAU, Albura, BT Ignite y Auna proporcionan servicio de acceso indirecto sobre IP a ISP's alcanzando un porcentaje de población servida –usuarios finales potenciales- que oscila entre el 100% para las dos primeras y el 94% y el 83% en los otros dos casos.

Ello permite considerar el acceso indirecto sobre IP como un producto diferente desde el punto de vista de sus condiciones de provisión en el mercado. Ante una subida pequeña pero constante de precios, TESAU afronta en este caso la presión que viene de los operadores que disponen ya de productos alternativos y cuya reacción no estaría sujeta a costes excesivamente elevados.

2.- Determinación del ámbito geográfico de los mercados de referencia definidos

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 competencia¹².

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 las prácticas denunciadas que constituyen el objeto del presente expediente se refieren a **conductas desplegadas por las empresas integradas en el Grupo Telefónica en la totalidad del territorio nacional**, sin distinción de áreas geográficas determinadas en las

¹² 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

que tales conductas denunciadas se hubieran producido con especial intensidad o con características específicas.

Por otra parte, y con respecto a los mercados de referencia afectados en este caso, puede verificarse que estos configuran un escenario homogéneo en todo el territorio nacional en lo atinente a las condiciones de competencia en los mismos.

Y ello se afirma por cuanto puede constatarse que la provisión comercial de estos servicios ADSL mayoristas tiene lugar actualmente de forma consistente en toda la geografía española, sin poderse distinguir zonas territoriales en las que las **condiciones de prestación de dichos servicios mayoristas muestren 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, no existiendo, como se ha señalado, competencia real o potencial alguna en el suministro de este tipo de infraestructuras en todo el territorio español.

En virtud de ello, 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.

A la luz de este planteamiento, no procedería estimar la pretensión defendida tanto por TESAU como por TDATA de evaluar de manera individualizada mercados geográficos menores, puesto que dicha pretensión descansa sobre la definición que estos operadores asumen para el mercado de referencia afectado, en el que estarían incluyendo las distintas tecnologías existentes para llevar a cabo la prestación de servicios de transmisión de datos de banda ancha a los usuarios finales. Dicho de otro modo, las consideraciones puestas de manifiesto por TESAU y TDATA se referirían al mercado minorista de servicios de transmisión de datos de banda ancha, el cual, como se ha justificado, no se corresponde con el mercado de referencia que cabe considerar a los efectos del presente expediente, por lo que no resulta pertinente tenerlas en cuenta.

A este respecto, conviene señalar una vez más que las tecnologías como el cable coaxial (HFC), el bucle inalámbrico o la fibra óptica no resultan efectivamente sustituibles para el operador que demanda servicios ADSL mayoristas, por cuanto no los percibe como opciones efectivamente sustituibles que constituyan alternativas reales para desarrollar su propia actividad empresarial. Así, en sus alegaciones al trámite de audiencia, TESAU y TDATA estarían refiriéndose a determinados productos —como son las distintas tecnologías que existen para la provisión a los usuarios finales de servicios de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

transmisión de datos de banda ancha— que, por su propia naturaleza, quedarían excluidos del mercado de referencia considerado, al no tratarse de opciones tecnológicas intercambiables desde el punto de vista de la demanda.

Por estas razones, las características que eventualmente pudiera tener su despliegue geográfico no resultan relevantes para el análisis de este caso concreto.

En virtud de todo lo anterior, el ámbito geográfico a considerar en el presente caso y para los dos mercados de referencia definidos 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 seno de los mismos.

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

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

En concreto, en los mercados de referencia considerados actúan dos empresas, TESAU y TDATA, que pertenecen al Grupo Telefónica. Así, TESAU 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 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. Asimismo, interesa hacer notar que, en el momento presente, este operador se encuentra sometido a un régimen de regulación de precios, que se extiende tanto a los servicios ADSL minoristas como a algunos de los mayoristas —en concreto, la regulación de precios mayoristas afecta a los servicios de acceso al bucle desagregado y al servicio acceso indirecto sobre ATM –GigADSL-, mientras que el acceso indirecto sobre IP -servicio MegaBase- se mantiene ajeno a dichas obligaciones regulatorias—.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, TDATA actúa en el mercado a través del suministro de servicios ADSL mayoristas —en particular, ofertando a terceros agentes el servicio de tipo *reventa* denominado MegaVía—. En particular, TDATA satisface sus necesidades de servicios ADSL mayoristas mediante la contratación con TESAU **del acceso indirecto al bucle mediante los** servicios MegaBase y GigADSL.

Asimismo, debe señalarse que la compañía TERRA, controlada asimismo por Telefónica S.A., actúa también 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 MegaBase.

En este punto, interesa destacar que esta Comisión, interpretando reiterada jurisprudencia comunitaria, ya ha precisado que *"que cuando un Grupo de sociedades constituye una "unidad económica", en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de 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% con relación a la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica. ... 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"*¹³.

Así las cosas, y por idénticos argumentos, cabría llegar a la misma conclusión que esta Comisión alcanzó en su Resolución de 8 de noviembre de 2001. En ella se señalaba que *"... puesto que TESAU y TDE están participadas al 100% por Telefónica S.A., cabe concluir que, en el supuesto objeto de este procedimiento, el holding al que pertenecen (...), constituye una empresa única a los efectos de aplicar las disposiciones del Derecho de la Competencia"*.

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.

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

¹³ Resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2001, sobre *Tarifa plana de TERRA* y Resolución de la CMT de 20 de mayo de 1999, interpretando la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según el Tribunal de Justicia de la CE, se considera que una empresa tiene posición de dominio 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”*¹⁴. 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.**

El análisis que sigue se encamina a determinar si en cada uno de los mercados de referencia considerados en el marco del presente expediente existe o no una empresa dominante.

A) Análisis de la dominancia en el mercado de acceso indirecto sobre ATM.

Con respecto a los servicios ADSL mayoristas cumple recordar que tales servicios, tal como se han definido en el marco del presente expediente, se asientan en la provisión de acceso indirecto al bucle de abonado —esto es, el que tiene lugar mediante una interfaz ATM o IP—. La primera constituye una de las modalidades de acceso al bucle telefónico que ha sido objeto de regulación sectorial específica, tanto en el ámbito comunitario como en el español¹⁵, y que resulta aplicable a TESAU en calidad de operador declarado dominante en el mercado de redes públicas de telefonía fija.

En particular, merece la pena recordar que TESAU viene obligada por la regulación aplicable a poner a disposición de terceros este tipo de servicios mayoristas —lo cual hace mediante la modalidad comercial conocida como GigADSL—.

Así, en la actualidad puede afirmarse que TESAU es, *de facto*, el único oferente de este tipo de servicios en España, lo cual se debe a que, hasta la fecha, ningún operador alternativo ha conseguido el suficiente despliegue de red de acceso de bucles telefónicos para replicarla con similar capilaridad.

Pues bien, de acuerdo con el apartado 74 de la Comunicación de la CE “además de los datos sobre cuotas de mercado y de la posibilidad de sustitución de la

¹⁴ Asunto 27/76, United Brands vs Commission.

¹⁵ REGLAMENTO (CE) 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre, sobre el acceso desagregado al bucle local. REAL DECRETO 3456/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes. OFERTA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO, aprobada por Resolución de la CMT de fecha 29 de abril de 2002.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

oferta, para determinar si un operador goza de posición dominante, la Comisión analizará también si el operador dispone de un acceso preferente a aquellas instalaciones que no pueden duplicarse razonablemente en el plazo adecuado, ya sea por razones jurídicas, o porque su coste sería demasiado elevado”.

En términos cuantitativos, puede decirse que, del total de ingresos obtenidos por la prestación de este tipo de servicios mayoristas, que en el año 2002 ascendió a la cantidad de 21.162.981 euros, **TESAU posee el 100% de cuota en este mercado**, puesto que no existen en la actualidad otros operadores que compitan en la prestación de este mismo servicio sobre su propia infraestructura de bucles telefónicos.

Por lo que se refiere a las líneas ADSL en servicio, sucede que TESAU proporciona la totalidad de los bucles que se utilizan para agregar sobre ellos las correspondientes funcionalidades en los eslabones descendentes de la cadena de valor descrita. Así, en mayo de 2003, el número de bucles de TESAU sobre los cuales se prestaban servicios ADSL a los clientes finales ascendió a un total de 1,25 millones (0,96 millones en diciembre de 2002) — cantidad que se corresponde, asimismo, con el número total de líneas presentes en los dos mercados mayoristas identificados, lo que se explica por la particular configuración de la cadena de valor de producción de los servicios ADSL—.

A la luz de lo anterior, cumple afirmar que TESAU es un **operador dominante en el mercado de referencia de provisión de servicios de acceso indirecto sobre ATM**, condición que ostenta como consecuencia de su posición de dominio en el mercado de redes públicas de telefonía fija en España, la cual viene a su vez derivada del hecho de que TESAU mantiene todavía la propiedad de la inmensa mayoría de los bucles telefónicos actualmente instalados en el territorio nacional.

Así, en virtud de las referidas disposiciones regulatorias, TESAU viene obligada a cumplir determinadas imposiciones respecto del suministro de acceso indirecto a los bucles telefónicos de su propiedad, y que afectan a las condiciones técnicas y económicas en las que tales bucles se ponen a disposición de terceros, de acuerdo con los principios de transparencia y no discriminación, para su utilización en la prestación de servicios sobre los mismos en régimen de competencia, y ello con el fin último de neutralizar la posibilidad de que TESAU abuse de la posición de la que disfruta en este mercado para distorsionar las condiciones de competencia en los sucesivos eslabones descendentes dentro de la misma cadena de valor.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B) Análisis de la dominancia en el mercado de acceso indirecto sobre IP

Por lo que se refiere al acceso indirecto sobre IP, las condiciones de la oferta son distintas como ya se ha indicado. Además, de acuerdo con la doctrina comunitaria *“a medida que se introduzcan en el mercado los prestadores de acceso y desafíen la posición dominante del operador tradicional, el alcance de los derechos que les otorgan las autoridades de los Estados miembros, y especialmente, su ámbito territorial desempeñarán una función importante a la hora de determinar su potencial de mercado”*.

a) Análisis de las cuotas de mercado

Las citadas Directrices de la Comisión Europea, establecen que *“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 de los ingresos globales facturados por los operadores que ofertan servicios ADSL mayoristas de acceso indirecto sobre IP. Como se ha indicado con anterioridad, los operadores presentes en este mercado cuentan ya con la infraestructura necesaria que les permite contratar con TESAU los servicios que esta operadora oferta en el mercado *acceso indirecto* sobre ATM con el fin de ofertarlos a su vez a sus propios clientes, agregando las funcionalidades adicionales sobre ellos para conformar servicios de tipo *reventa*.

En concreto, la tabla siguiente muestra los ingresos percibidos durante el ejercicio 2002, así como las cuotas de mercado correspondientes, desglosados en función de los operadores que ofrecen servicios ADSL mayoristas de acceso indirecto mediante IP en España:

CONFIDENCIAL: [

]

Con relación a lo anterior, conviene aclarar que los datos mostrados no contemplan los servicios ADSL mayoristas que cada operador se presta a sí



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mismo, ya que, por su propia naturaleza, tales servicios no generan para él ingresos directos, puesto que no se comercian entre agentes en el mercado.

A la luz de los datos reflejados, puede afirmarse que **el Grupo Telefónica cuenta con una cuota en términos de ingresos que supera el CONFIDENCIAL [] del total de este mercado de referencia considerado.**

Pues bien, según consolidada jurisprudencia, cuotas de mercado superiores al 50% atestiguan la existencia de una posición de dominio¹⁶. Sin embargo, y tal como señala el Tribunal de Justicia Europeo en la citada Sentencia *United Brands*, es cierto que la cuota de mercado, aún siendo un indicador de la posición de dominio, no debe ser el único parámetro a considerar para evaluar el poder de mercado ostentado por un cierto operador.

En consecuencia, en primer lugar se debe considerar adicionalmente el importante dinamismo que caracteriza a este mercado, con crecimientos sostenidos medibles con dos dígitos que constituyen un reflejo directo de la evolución experimentada por la demanda en el mercado minorista correspondiente.

De este modo, tal y como esta Comisión reconoció en su Resolución de 19 de septiembre de 2002¹⁷, 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 los mercados mayoristas relacionados con la provisión de estos servicios constituyan asimismo un mercado que crece a gran velocidad, por cuanto corresponden a los sucesivos eslabones ascendentes dentro de la misma cadena de valor.

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.

Así, las Directrices..... señalan en su apartado 32, “En lo que se refiere a los mercados emergentes, el considerando 27 de la Directiva marco señala que los nuevos mercados en expansión en los que es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial no deben ser

¹⁶ Vid. Apartado 75 de las Directrices, así como diversas Sentencias, por todas, *Asunto Hoffmann-la Roche/Comisión*, apartado 41.

¹⁷ 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sometidos a obligaciones inadecuadas. Esto se debe a que la imposición prematura de obligaciones ex ante puede influir indebidamente en las condiciones en que tome forma la competencia en un mercado nuevo y emergente. Al mismo tiempo, conviene evitar que la empresa líder se apropie de estos mercados emergentes. Sin perjuicio de que proceda una intervención por parte de las autoridades de competencia en determinados casos, las ANR deben asegurarse de poder justificar plenamente cualquier forma de intervención ex ante temprana en un mercado emergente, considerando en particular que siempre tienen la posibilidad de intervenir posteriormente, en el contexto de la reevaluación periódica de los mercados pertinentes”.

Se hace por tanto necesario examinar otros parámetros relevantes para la determinación del grado en el que el operador puede mantener la independencia de comportamiento que caracteriza a la posición de dominio.

b) Criterios adicionales

Efectivamente, las Directrices indican que, “[I]nteresa subrayar que la existencia de una posición dominante no puede determinarse exclusivamente sobre la base de una elevada cuota de mercado. A tal efecto, pueden utilizarse los criterios que a continuación se enumeran para medir la capacidad de una empresa para comportarse en medida apreciable con independencia de sus competidores, clientes y consumidores”, figurando entre ellos el control de una infraestructura no reproducible fácilmente”, “la integración vertical de la empresa” y las “economías de escala y alcance”.

- Control de infraestructura

Pues bien, por lo que se refiere al control de la infraestructura, la Comunicación de 1998 señala que “para que los proveedores puedan prestar servicios a los usuarios finales, a menudo será necesario que dispongan de acceso a una o más instalaciones (en la parte anterior o posterior del mercado).

Cabe la posibilidad de que algunos operadores tradicionales de telecomunicaciones estén tentados de resistirse a facilitar el acceso a terceros prestadores de servicios u otros operadores de red, especialmente en los ámbitos en los que el servicio propuesto vaya a competir con un servicio prestado por el propio operador de telecomunicaciones. Esta resistencia se manifestará a menudo a través de una demora injustificada en la concesión del acceso, una actitud reacia a concederlo o la voluntad de autorizado exclusivamente en condiciones desventajosas. Corresponde a las normas de competencia garantizar el desarrollo de estos mercados potenciales de acceso y evitar que los operadores tradicionales utilicen su control de acceso para impedir que evolucionen los mercados de servicios”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, “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 mismos competidores en los mercados de infraestructuras y en los servicios derivados”, (apartado 65).

A los efectos que aquí interesan resultan muy relevantes además las previsiones sobre la doctrina de las "instalaciones esenciales" que es considerada complementaria de las obligaciones generales existentes impuestas a una empresa dominante, tales como la obligación de no efectuar discriminación entre los clientes, y se ha aplicado en asuntos relativos al artículo 82 en circunstancias excepcionales, por ejemplo cuando rehusar a terceros el suministro o el acceso limitaría o impediría la aparición de nuevos mercados, o de nuevos productos, lo que sería contrario a la letra b) del artículo 82 del Tratado.

Dice la CE que “con arreglo a la jurisprudencia actual, no puede considerarse "necesario" o "esencial" un producto o servicio a menos que no exista ningún sustitutivo real o potencial”.

Como ha quedado descrito, en el acceso indirecto sobre IP existen en este momento alternativas de suministro que constituyen sustitutivos reales al servicio provisto por TESAU lo que impide considerar este servicio como instalación esencial sujeta por tanto a obligaciones de acceso para los operadores dominantes, tal y como prevé la doctrina comunitaria, en la medida que sí existe sustitutivo, no potencial sino real, disponible en el mercado.

Ahora bien, aunque es verdad que una empresa que posee una "instalación esencial" se encuentra, por definición, en posición dominante en cualquier mercado de esa instalación, lo contrario no tiene por qué ser cierto. El hecho de que determinada instalación no sea "esencial" o "indispensable" para una actividad económica en un mercado concreto, en el sentido de la jurisprudencia existente, no significa que el propietario de dicha instalación no pueda ocupar una posición dominante. Por ejemplo, “un operador de redes puede ocupar una posición dominante pese a la existencia de redes alternativas competidoras si el tamaño o la importancia de su red le permite comportarse con independencia de los demás operadores de redes”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De nuevo, del análisis realizado hasta aquí resulta que las alternativas de suministro existentes ofrecen unas características de despliegue y penetración que permiten a sus titulares responder a los comportamientos de TESAU impidiendo la independencia de comportamiento que requiere la posición de dominio. Una subida de precios o una negativa de suministro por parte de Telefónica podría ser inmediatamente contestada por sus competidores sin tener que afrontar costes elevados para ello o plazos de tiempo excesivamente largos, lo que priva al operador de esa capacidad de comportamiento disciplinador del mercado a su propia conveniencia.

- Integración vertical

Es evidente que 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.

Ahora bien, conforme al apartado 3 del artículo 14 de la Directiva marco, "cuando una empresa tenga un peso significativo en cierto mercado, podrá también considerarse que lo tiene en un mercado estrechamente relacionado con el anterior cuando los vínculos entre ambos mercados sean tales que resulte posible hacer que el peso que se tiene en un mercado se deje sentir en el otro, reforzando de esta manera el peso en el mercado de la empresa".

Que una empresa que ocupaba una posición dominante en un mercado y disfrutaba de una posición preeminente en otro mercado distinto, pero estrechamente conectado con el primero, se encontraba a raíz de ello en una situación comparable a una posición dominante en ambos mercados considerados en su conjunto".

Esto es lo que ocurre con frecuencia en el sector de las telecomunicaciones, donde a menudo un operador ocupa una posición dominante en el mercado de las infraestructuras y tiene una presencia significativa en el mercado descendente de servicios (90). En tales circunstancias, las ANR pueden concluir que el operador dispone de PSM en ambos mercados conjuntamente considerados. Sin embargo, en la práctica, si una empresa ha sido designada como poseedora de PSM en un mercado de acceso o al por mayor ascendente, las ANR podrán



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

normalmente impedir cualquier efecto probable de palanca o de propagación en los mercados descendentes de servicios o al por menor imponiendo a dicha empresa aquellas de las obligaciones previstas en la Directiva de acceso que puedan resultar apropiadas para evitar dicho efecto. Por consiguiente, la ANR debe examinar la posible aplicación del apartado 3 del artículo 14 sólo cuando la imposición de obligaciones ex ante a una empresa dominante en el mercado ascendente (de acceso) no desembocara en una competencia efectiva en el mercado descendente (al por menor).

Pues bien, sólo la aplicación armónica de las normas sectoriales y de competencia proporciona respuestas adecuadas en estos casos.

Concretamente el apartado 58 de la Comunicación de acceso de 1998 indica que “las normas de competencia siguen aplicándose en aquellas circunstancias en las que son aplicables otras disposiciones del Tratado o del Derecho derivado. En el contexto de los acuerdos de acceso, las disposiciones sobre mercado interior y competencia del Derecho comunitario son a la vez importantes y complementarias para el buen funcionamiento del sector. Asimismo algunos de los principios de las normas de competencia mencionados anteriormente también están sujetos a norma, específicas en el contexto del marco de la ONP. La correcta aplicación de estas normas debería evitar a menudo que se tuviese que aplicar las normas de competencia”.

Ahora bien, la CE señala que se “debería hacer hincapié en el hecho de que, en el sector de las telecomunicaciones, cabe esperar que la liberalización conduzca al desarrollo de nuevas redes alternativas que, en último término, influirán en la definición del mercado de acceso en relación con el operador tradicional de telecomunicaciones”.

Es por ello que en mercados emergentes como la provisión de servicios ADSL , tanto en su versión minorista como mayorista, la definición de posiciones de dominio en los mercados de acceso deba estar muy vinculada a los efectos que la regulación del mercado vaya produciendo en los eslabones ascendentes de la cadena de valor, de manera que si la regulación ex ante allí establecida resulta suficiente para proteger el desarrollo de la competencia en los eslabones subsiguientes, la aplicación de las categorías del derecho de la competencia no conduzcan a intervenciones innecesarias en el mercado capaces por otro lado de frustrar la finalidad misma de la regulación ex ante.

En el caso que analizamos, la regulación ex ante establecida sobre el acceso desagregado e indirecto al bucle, ha permitido la aparición de competencia en el acceso indirecto sobre lo que necesariamente impacta en la posición que TESAU ostenta en ese acceso a pesar de la cuota que ostenta en términos de ingresos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Economías de escala y alcance

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 a este Sector. Este hecho tiene importancia desde la perspectiva de que el servicio ADSL minorista constituye un producto indiferenciado, en el que el consumidor se mueve principalmente por el precio a la hora de elegir su proveedor.

Junto con las anteriores consideraciones, conviene analizar asimismo 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”⁶*, mientras que su presencia actuaría en contrario, esto es, facilitando la existencia de posiciones dominantes.

A este respecto, la Comisión Europea considera que existen barreras a la entrada *“cuando el acceso al mercado pertinente requiere de amplias inversiones”*. Éste no parece ser el caso del mercado de referencia considerado. En efecto, las inversiones requeridas para la creación de infraestructuras que permitan hacer uso de los servicios de acceso indirecto al bucle sobre ATM para construir sobre ellos otros servicios —como son los de tipo *reventa*— no resultan especialmente elevadas, si se comparan éstas con las requeridas para proporcionar a terceros servicios ADSL de tipo *acceso indirecto*, para realizar el tendido de nueva infraestructura o con las necesarias 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 de acceso indirecto sobre IP, 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 servicios de tipo *acceso indirecto* sobre 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 el tener que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. Pero, como se ha indicado, es precisamente en la **provisión del acceso al bucle del abonado en donde TESAU ostenta una situación de monopolio de facto**¹⁸.

En efecto, dado que el bucle del abonado constituye una infraestructura no reproducible fácilmente, ello confiere a su propietaria, TESAU, una posición de dominio en el mercado de provisión del acceso a los bucles telefónicos instalados. De hecho, **el acceso a esta infraestructura está regulado ex ante, lo que resulta acorde con la existencia de una posición de dominio ostentada por TESAU** que viene derivada, como se ha indicado, de la propiedad que mantiene sobre la inmensa mayoría de los bucles actualmente instalados en España.

Por otro lado, tal como se ha mostrado, se observa que el mercado de provisión de servicios de *acceso indirecto* sobre ATM—en el cual TESAU ostenta una posición dominante— y el mercado de servicios **de acceso indirecto sobre IP** y se encuentran **estrechamente vinculados entre sí**. Esto es así en razón de que ambos mercados constituyen eslabones sucesivos de la misma cadena de valor.

A este respecto, no debe desconocerse que **los operadores alternativos** son capaces de comercializar sus ofertas de servicios de *reventa* en **condiciones de libre competencia gracias a la regulación ex ante que pesa sobre los servicios de acceso al bucle de abonado de TESAU**. Y esto es así por cuanto las actividades que desarrollan estos operadores alternativos corresponden a los eslabones de la cadena de valor que son descendentes al mercado de servicios ADSL mayoristas de tipo acceso indirecto ATM —esto es, los servicios acceso indirecto IP y ADSL de tipo *reventa* y los servicios ADSL minoristas—, para lo cual hacen uso del servicio GigADSL prestado por TESAU, que obtienen en condiciones reguladas, para construir sobre él sus propias ofertas comerciales, lo que llevan a cabo al integrar sucesivamente otras prestaciones funcionales adicionales hasta acabar de conformar completamente el servicio ADSL minorista que se pone a disposición de los consumidores finales.

¹⁸ 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”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Desde esta perspectiva, no pareciera razonable admitir que las empresas del Grupo Telefónica que ofrecen servicios ADSL mayoristas de tipo *reventa* — esto es, TESAU y TDATA— pudieran incrementar de forma unilateral sus precios en este mercado. La razón de ello es clara: los clientes de tales servicios mayoristas cuentan con vías alternativas de suministro, constituidas por la competencia que ha surgido en la provisión de estos servicios mayoristas, lo que contribuye a disciplinar el comportamiento del dominante. Lo mismo podría afirmarse respecto de la variación de las condiciones técnicas de prestación de los servicios.

En efecto, la competencia podría llegar a disciplinar estas conductas si las llevara a cabo el Grupo Telefónica, lo cual resulta posible en virtud de la citada regulación *ex ante* que pesa sobre el suministro mayorista de acceso al bucle por parte de TESAU, que permite a los competidores obtener en condiciones técnicas y económicas reguladas los recursos que indispensablemente necesitan para desarrollar su propia actividad en el mercado en el que operan.

Ahora bien, debe señalarse de nuevo que **esta regulación *ex ante* no resulta suficiente para prevenir totalmente la eventual aparición de distorsiones de la competencia en la provisión de servicios ADSL mayoristas**, o incluso en el mercado de minorista de servicios ADSL, en particular si éstas se manifestaran en forma de prácticas de predación en precios o de estrechamiento de márgenes, las cuales podrían llegar a materializarse mediante acciones comerciales concretas que fueran desplegadas por parte de cualquiera de las empresas pertenecientes al Grupo Telefónica en los mercados en que respectivamente operan¹⁹, siempre que no se encuentren sujetas al régimen de regulación de precios —como es el caso de TERRA y TDATA o incluso de la propia TESAU en la prestación de servicios ADSL mayoristas—.

Y esto es así porque la eventual venta de estos servicios por parte de las empresas integrantes del grupo Telefónica a precios inferiores a sus costes variables medios obligaría, en tal supuesto, a los operadores que compiten con ellas a incurrir en pérdidas constantes y proporcionales a sus ventas. El efecto inmediato de ello sería la eliminación de la competencia que ha logrado emerger en estos mercados al calor de la regulación *ex ante* establecida, siendo ésta una consecuencia ulterior que las vigentes medidas regulatorias en esta materia no permiten eludir.

¹⁹ De hecho, en la Resolución de 19 de septiembre de 2002, recaída en el expediente OM 2001/5678, esta Comisión analizó la posible existencia de prácticas de predación en precios y estrechamiento de márgenes instrumentadas por TERRA y TDATA en el mercado minorista de servicios de transmisión de datos de banda ancha, que incluía los servicios ADSL.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Consideraciones análogas podrían derivarse de una eventual práctica consistente en el estrechamiento de los márgenes de explotación en la provisión de los servicios ADSL, tanto mayoristas como minoristas, ya que ello tendría como resultado el limitar los beneficios de explotación obtenidos por los operadores alternativos, viéndose así sustancialmente mermada su capacidad de competir.

Complementariamente a lo anterior, cabe señalar que la ausencia de barreras significativas de entrada a este mercado de servicios de tipo *reventa* o al mercado de servicios ADSL minoristas aleja la posibilidad de que tales conductas llegaran a producirse, en la medida en que resulta previsible que, una vez eliminada la competencia, la elevación de precios por parte del único operador superviviente sería contestada en el corto plazo por la entrada de nuevos agentes atraídos por los altos márgenes que resultarían de ello.

En este sentido, interesa señalar que este escenario que se ha descrito se corresponde muy bien con lo que la doctrina de Derecho de la Competencia define como “mercados conexos”.

En relación con los mercados conexos, la 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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...”

Por este motivo, en el contexto del nuevo marco regulatorio europeo de las Comunicaciones Electrónicas, se establece que la actuación de las Autoridades Nacionales de Regulación no debe limitarse a condenar el abuso, sino que debe orientarse también a prevenir la extensión de posiciones de dominio. Por ello, se indica que deberán **vigilarse de cerca aquellos casos en los que existen operadores dominantes en un mercado capaces de desarrollar estrategias que les permitan ganar poder en mercado vecinos**.

En concreto, se admite que los operadores dominantes en un mercado pueden desarrollar estrategias encaminadas a extender su posición de dominio a otros mercados conexos a ese mercado. Así, estas estrategias tendrán generalmente como objetivo tratar de eliminar o mermar significativamente la capacidad de competir de otros agentes rivales presentes en mercados conexos al dominado.

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

Con respecto a ello, interesa recordar de nuevo que el acceso al bucle de abonado se encuentra sometido a una regulación ex ante específica²⁰, de modo que esta regulación que pesa sobre tales servicios neutraliza la posibilidad de que el operador dominante pueda hacer uso de la posición de

²⁰ La cual, como se ha reiterado, se materializa a través de la OBA, que regula la prestación del servicio de acceso desagregado al bucle de abonado y del servicio de acceso indirecto al bucle de abonado —servicio que, como se ha explicado, coincide con el servicio ADSL mayorista que TESAU oferta bajo el nombre comercial de GigADSL—.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominio que ostenta para llevar a cabo conductas susceptibles de distorsionar las condiciones de competencia en los mercados descendentes correspondientes a la cadena de producción de los servicios finales ADSL, en particular a través de negativas de suministro, discriminación entre clientes y vinculación de productos (configuración de paquetes comerciales).

Ahora bien, sin menoscabo de lo anterior, conviene destacar que esta regulación *ex ante* no impide totalmente que **el Grupo Telefónica, actuando como una unidad económica, conserve la capacidad**, mediante la implementación de ciertas estrategias en precios que, eventualmente, podrían ser instrumentadas a través de empresas pertenecientes a dicho Grupo, **de distorsionar las condiciones de competencia en mercados conexos** correspondientes a los eslabones sucesivamente descendentes de la misma cadena de valor.

Pues bien, teniendo en cuenta que la posición dominante no es, per se, merecedora de reproche jurídico alguno de acuerdo con la abundantísima jurisprudencia comunitaria, es preciso en cada caso analizar con detenimiento (que ha de ser aún mayor en mercados emergentes como el de desarrollo de los servicios de acceso a Internet de alta velocidad), si es imputable el operador que disfruta de ella, alguna conducta abusiva, como veremos inmediatamente.

III. ANÁLISIS DEL EVENTUAL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR PARTE DEL GRUPO TELEFÓNICA MATERIALIZADO EN PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS HACIA OTROS OPERADORES

Una vez determinada la posición ostentada por las empresas del Grupo Telefónica en los mercados de referencia considerados, cumple llevar a cabo un análisis de las conductas que constituyen el objeto del presente expediente, para determinar si directamente o por exportación de la posición de dominio que ostenta en el mercado de acceso indirecto al bucle sobre ATM, dichas conductas deben considerarse anticompetitivas.

A la vista de los antecedentes y del examen de los datos obtenidos mediante los requerimientos de información efectuados en el marco del expediente de información previa OM 2002/6482, así como los obtenidos durante la tramitación del presente procedimiento, las posibles prácticas discriminatorias que pueden generarse en este mercado son las que se relacionan a continuación:

- ❑ Discriminación en los plazos de provisión de los servicios ADSL mayoristas ofrecidos por TESAU a sí misma o a otras filiales del Grupo Telefónica



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

frente a los ofrecidos al resto de competidores, materializados eventualmente en dilaciones en las solicitudes de altas, bajas y resolución de incidencias a los operadores alternativos con respecto de las compañías del Grupo Telefónica que han contratado los mismos servicios.

- Discriminación entre operadores derivada de las dilaciones mostradas por TESAU en la contratación por parte de otros operadores no pertenecientes al Grupo Telefónica de los servicios ADSL mayoristas sobre RDSI y microfiltros, así como en la modalidad ADSL-IP.

De verificarse la comisión de tales prácticas por cualquiera de las empresas del Grupo Telefónica, **estas conductas serían tildables de abusivas**, por cuanto se trataría de prácticas expresamente prohibidas en el Derecho de la Competencia para operadores que ostenten posición de dominio en un cierto mercado de referencia, que en este caso distorsionarían la competencia en mercados descendentes y por tanto conexas a aquel en el que ostenta posición de dominio.

Asimismo, se estaría ante prácticas contrarias a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 11/1998, de 24 de abril General de Telecomunicaciones (LGTel), que contempla la obligación genérica de los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes de facilitar el acceso a sus redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias a todos los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo soliciten.

Esta Comisión ya se ha pronunciado respecto al sentido del principio de no discriminación en varias ocasiones, entendiendo siempre que el artículo 6 de la LGTel se refiere de forma genérica a que la prestación del servicio se hará de forma no discriminatoria y, en particular, garantizando la satisfacción de las obligaciones de servicio público de telecomunicaciones. Ello no implica que los precios de los servicios sean los mismos, sino que no se pueden establecer condiciones discriminatorias o no objetivas en la prestación del servicio por parte de ningún operador.

El respeto del principio de no discriminación implica así consecuencias distintas dependiendo de la situación en el mercado del operador que debe respetarlo y, viceversa, de la situación de los operadores respecto de los que se debe garantizar.

En el mismo sentido, en el texto de la citada Recomendación de la Comisión Europea sobre el acceso desagregado del bucle local se establece expresamente que:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“4.Al aplicar el principio de no discriminación impuesto a los operadores notificados por la legislación comunitaria, se recomienda que las autoridades nacionales de reglamentación garanticen que los operadores notificados presten a sus competidores los mismos servicios que utilicen ellos mismos o que faciliten a sus empresas asociadas en las mismas condiciones y plazos”

La relevancia de este principio ha sido consagrada definitivamente por la Comisión Europea en la Directiva de Acceso,²¹ cuyo artículo 10.2 explícitamente contempla que:

“Las obligaciones de no discriminación garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”.

De la misma manera, la antes citada Comunicación de Acceso de la Comisión Europea,²² señala expresamente que:

“...En el caso de que los operadores de red ofrezcan servicios al por menor idénticos o similares a los de la parte que solicita el acceso, cabe la posibilidad de que ambos dispongan del incentivo y la oportunidad de restringir la competencia y de abusar así de su posición dominante. Es evidente que puede haber razones fundadas para dicha denegación, como por ejemplo, en el caso de solicitantes que representen un potencial riesgo crediticio. De no existir justificaciones objetivas, toda denegación podría constituir normalmente un abuso de la posición dominante en el mercado de acceso.”

En razón de lo anterior, es necesario proceder a analizar la posible existencia de las conductas denunciadas, lo cual se desarrolla en los apartados que se ofrecen a continuación, teniendo en cuenta que la función de esta Comisión es la de imponer las obligaciones de hacer o no hacer que correspondan para eliminar o impedir hacia el futuro las distorsiones competitivas que las eventuales prácticas discriminatorias estén produciendo en el mercado.

²¹ Directiva 2000/19/CE de 7 marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.

²² Comunicación 98/C 265/02.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III.1.- Análisis de la existencia de practicas discriminatorias basadas en dilaciones indebidas en la provisión de los servicios ADSL mayoristas por parte de las empresas del Grupo Telefónica

A. Resultado de la comparativa de los plazos medios de provisión de los servicios ADSL-IP por parte de TESAU:

Como se ha indicado, TESAU presta en la actualidad este servicio a dos agentes: TERRA y TDATA. El primero actúa en el mercado minorista, prestando servicios ADSL a los clientes finales, a través de tres modalidades: D, B y C. Por otra parte, TDATA asimismo, actúa en el mercado mayorista ofertando a los PSIs su servicio “MegaVía” ADSL.

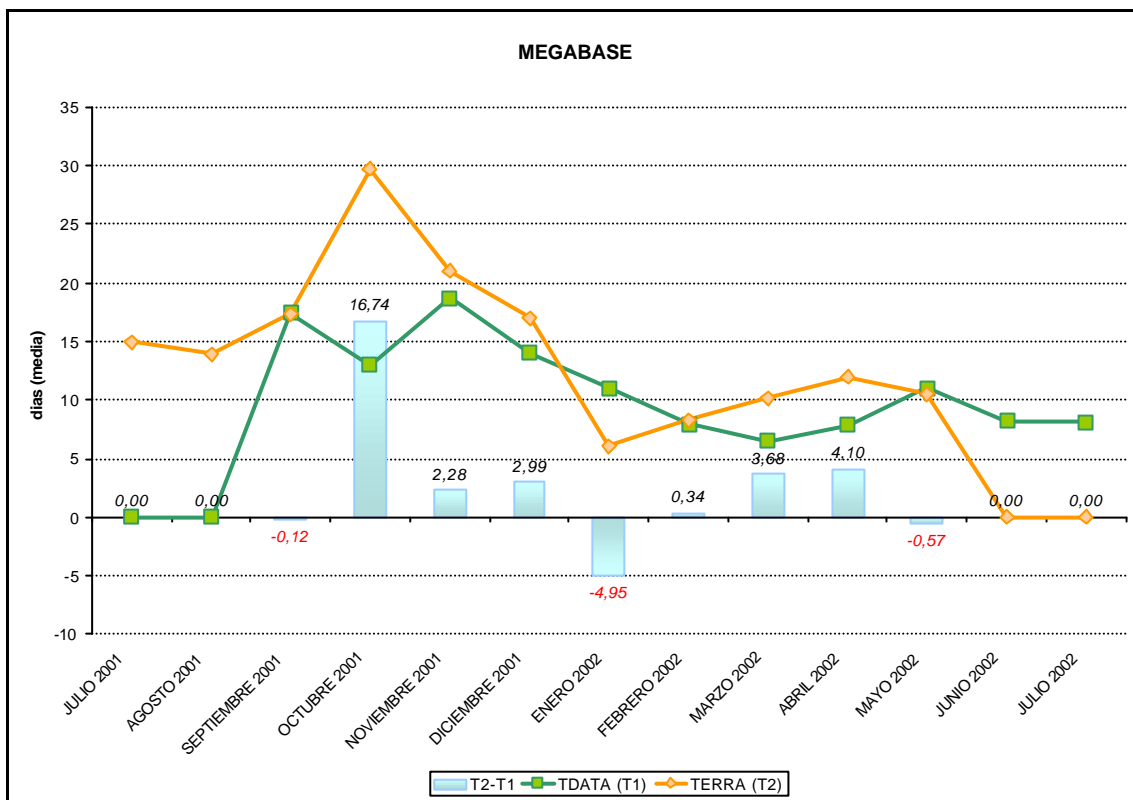
De cara a comprobar la eventual comisión de prácticas discriminatorias por parte de las empresas del Grupo Telefónica, es necesario determinar en qué parte de la cadena de valor de este mercado podría tener lugar tal distorsión. Así, el primer análisis se ha realizado en la provisión del servicio ADSL-IP por parte de TESAU, que es el único proveedor del mismo. Si este servicio se prestase de tal forma que TERRA, a su vez, obtuviese un plazo medio de provisión menor a TDATA, esto repercutiría sobre el plazo de provisión del servicio “MegaVía”, lo que mermaría la capacidad de competir de los agentes que rivalizan directamente con TERRA en la captura de clientes finales.

A continuación, se presenta la información elaborada a partir de los datos remitidos por TESAU sobre el servicio ADSL-IP, con el fin de extraer conclusiones acerca de esta cuestión:

- Gráfico nº 1-



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



Como se puede observar a partir del gráfico anterior, el tiempo medio de provisión para TDATA en el periodo analizado es $T1=11,28$ días, mientras que para TERRA es $T2=14,64$ días.

Dadas las anteriores premisas, cabría esperar que la media de las desviaciones mensuales (α) fuera mayor o igual a 0, lo que estaría indicando que el servicio ADSL IP se provee de manera similar a estas dos empresas. Al calcularlo, el valor de esta media resulta ser de:

$$a : (T2-T1) = 2,7215$$

Sobre la base de estos resultados analíticos, **no quedaría demostrado que se estuviese produciendo por parte de TESAU una discriminación en la provisión del servicio ADSL IP** en favor de TERRA y en detrimento de TDATA, ya que la media de las desviaciones no supera los 3 días y es siempre en favor de TDATA —si bien TERRA obtuvo un plazo inferior de provisión al de TDATA, en ningún caso superior a 5 días, durante los meses de septiembre, enero y mayo de 2002—.

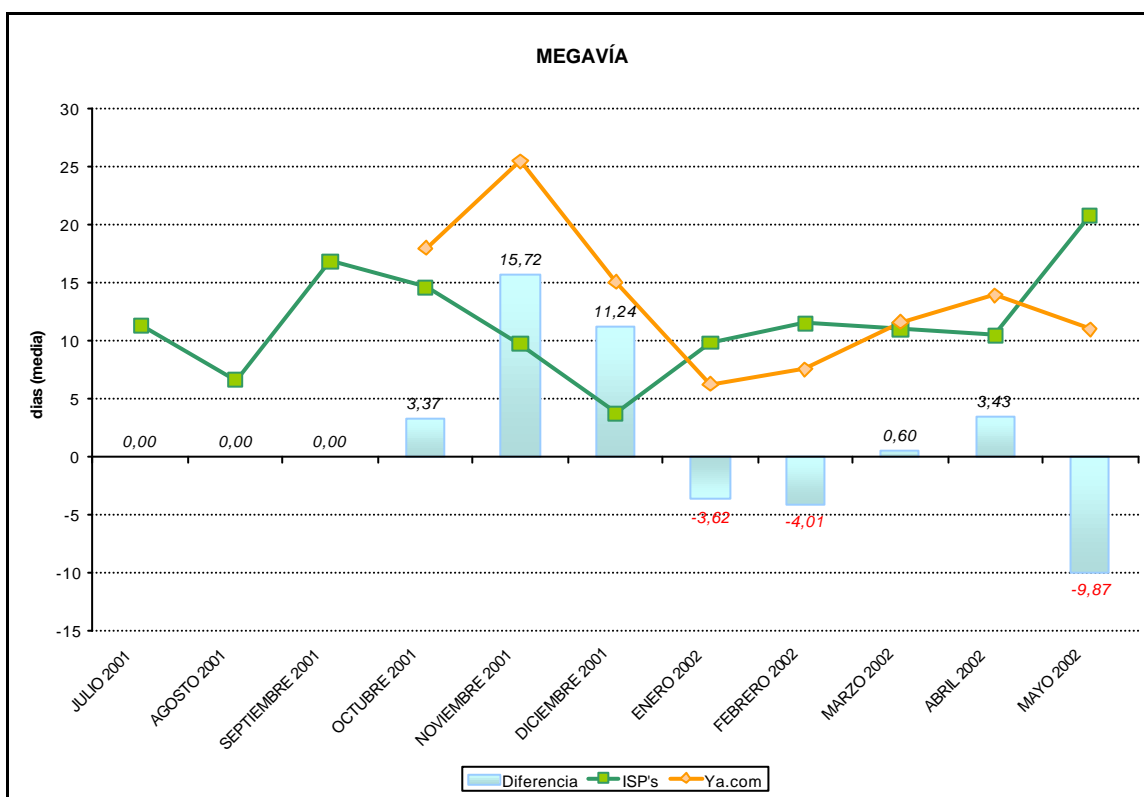


COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B. Resultado de la comparativa de los plazo medios de provisión del servicio “Megavía” por parte de TDATA:

En los dos gráficos siguientes se han representado los datos que muestran los tiempos medios de provisión del servicio “Megavía” que TDATA proporciona a los dos principales competidores de TERRA en el mercado minorista, que son WANADOO y YA.com

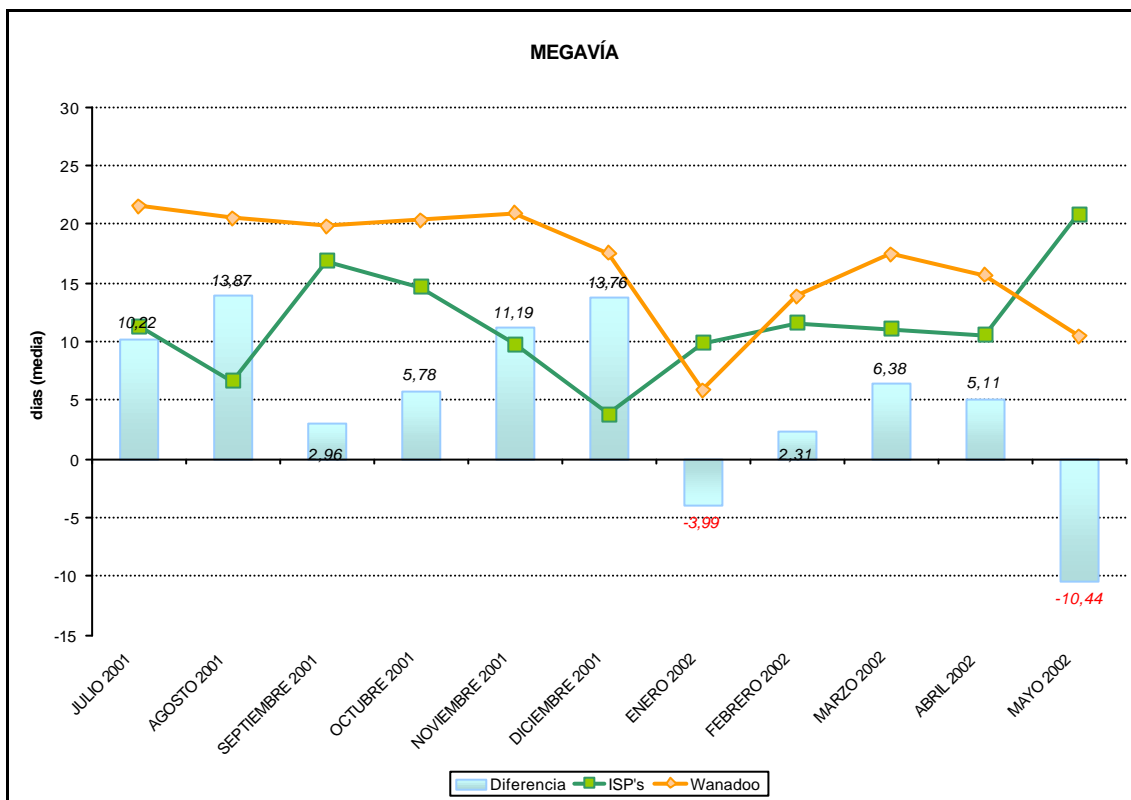
- Gráfico nº 2-





COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

– Gráfico nº 3–



Con el fin de comprobar la eventual existencia de prácticas discriminatorias en la prestación de este tipo de servicios ADSL mayoristas por parte de TDATA — como empresa perteneciente al Grupo Telefónica—, se ha procedido a comparar dichos plazos medios de provisión del servicio prestado a estos dos operadores con el plazo medio de provisión ofrecido por TDATA al resto de PSIs a los que suministra este mismo servicio (T3).

Para ello, al igual que se ha hecho en el análisis contenido en el apartado anterior, se ha calculado la media de las desviaciones mensuales de los plazos medios correspondientes a ambos operadores con respecto a los plazos medios que se ofrecen al resto de PSIs (β). De este modo, por el mismo razonamiento anterior, si este parámetro tuviese un valor cercano a 0, este hecho sería indicativo de que TDATA no estaría discriminando entre sus clientes del servicio “MegaVía”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se puede observar en el gráfico anterior, el tiempo medio de provisión para YA.COM (T3 YA) en el periodo analizado es de **13,64 días**, mientras que para WANADOO (T3 WA) es de **15,30 días**. Por su parte, para el resto de PSI's (T3 R) este plazo medio es de **11,54 días**. Por lo tanto, el valor de β resultantes es:

$$b_1 : (T3\ YA - T3\ R) = 2,11\ \text{días}$$

$$b_2 : (T3\ WA - T3\ R) = 3,76\ \text{días}$$

De los resultados anteriores, **no se puede concluir la existencia de un comportamiento discriminatorio por parte de TDATA** en el suministro del servicio “MegaVía” a WANADOO y a YA.COM —que son los principales competidores de TERRA en el mercado minorista—.

Sin embargo, es cierto que los valores obtenidos indican un mayor plazo medio de provisión del servicio que se ofrece a WANADOO y YA.COM, lo cual podría explicarse perfectamente en razón del elevado número de solicitudes que estos dos operadores cursan a TDATA en comparación con las que realizan otros PSIs de menor tamaño. Efectivamente, un mayor número de solicitudes a tramitar puede conllevar un incremento del plazo medio de provisión del servicio.

C. Resultado de la comparativa de provisión del servicio “GigADSL” por parte de TESAU:

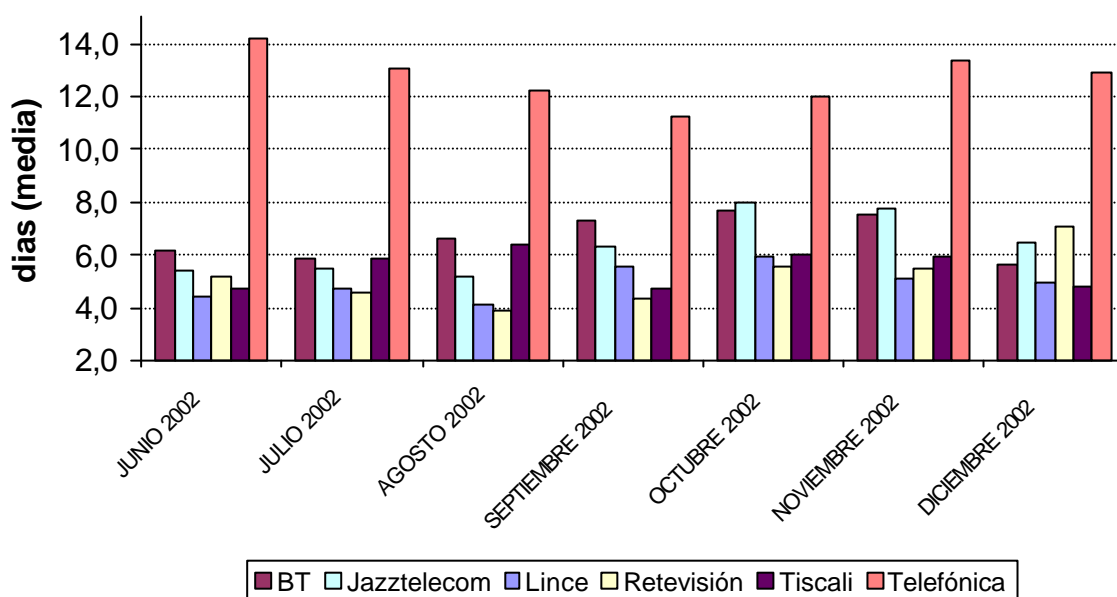
En relación con esta cuestión, el Gráfico siguiente refleja los plazos medios de provisión del servicio GigADSL por parte de TESAU a los diferentes operadores que lo tienen contratado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

– Gráfico nº 5–

GigaADSL



Fuente: Información OBA. Elaboración propia.

Como puede observarse a partir del gráfico anterior, los plazos medios de provisión del servicio GigADSL que TESAU se presta a sí misma son siempre superiores con respecto a los que proporciona a sus competidores. Así, TESAU cuenta con plazos medios que oscilan alrededor de **12 días**, mientras que para el resto de operadores ofrece plazos medios que se sitúan entre los **6 y 8 días**.

Sobre la base de ello, **no cabría hablar de la existencia de prácticas discriminatorias que estuvieran favoreciendo a TESAU** frente al resto de sus competidores.

En concreto, con respecto a la denuncia formulada por RETEVISIÓN acerca de la promoción llevada a cabo por TERRA con el nombre comercial “15 DÍAS”, tanto RETEVISIÓN como AEPSI han puesto de manifiesto que la misma podría ser anticompetitiva, alegando que la oferta publicitada por TERRA no sería emulable por parte del resto de operadores, al disponer estos de plazos medios de provisión de los servicios mayoristas que les impedirían lanzar al mercado minorista una oferta similar.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En tal sentido, debe indicarse que, como ha podido verificar directamente esta Comisión, la oferta de TERRA se corresponde con un plazo total de suministro del servicio al cliente final de 15 días laborables como máximo, o lo que es lo mismo, de 3 semanas naturales.

A la vista de los resultados mostrados en el Gráfico 6, **dicho plazo podría ser perfectamente emulado por otros operadores en ofertas comerciales similares**, en tanto que, como se ha comprobado, los plazos medios de provisión del servicio GigADSL proporcionados por TESAU a terceros operadores —incluido RETEVIÓN— conceden margen temporal suficiente para ello. Adicionalmente, merece la pena señalar que estos plazos se encuentran considerablemente por debajo del plazo medio máximo impuesto a TESAU en las condiciones contenidas en la OBA actualmente vigente.

Con respecto a lo alegado por RETEVIÓN durante el trámite de audiencia, en el sentido de que esta Comisión había concedido mayor fiabilidad a la información aportada por TESAU que a los datos proporcionados por la propia RETEVIÓN, cumple primeramente indicar que esta Comisión otorga el mismo valor a la información aportada por este o cualquier otro operador.

Sin embargo, lo que RETEVIÓN parece obviar es que los datos sobre plazos medios de provisión aportados en su escrito del pasado 19 de junio, adolecían de unos niveles mínimos de precisión. Así, RETEVIÓN no incluía en ellos los plazos medios en días, sino los porcentajes de aprovisionamiento comprendidos en seis horquillas temporales, además de no señalar a qué periodo temporal venían referidos dichos porcentajes, ni tampoco hacía referencia alguna al número de solicitudes contempladas en los mismos.

Todo ello ha hecho inviable la utilización de la información aportada por RETEVIÓN, por lo que no han resultado de utilidad de cara a contrastar la suministrada por la propia TESAU. Con posterioridad, y a petición de los servicios, RETEVIÓN aportó datos sobre plazos, los cuales presentaban sensibles desviaciones con respecto de los manejados.

En tal sentido, cumple señalar que si RETEVIÓN considera que los plazos responden fielmente con los plazos medios de provisión de GigADSL por parte de TESAU, podrá proceder a la interposición del correspondiente conflicto de acceso en virtud de lo contemplado en el art. 25 y concordantes de la vigente Ley 11/1998, de 24 de abril, General Telecomunicaciones y de acuerdo con lo previsto en el art. 6 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.

En virtud de ello, los únicos datos que han podido ser empleados por esta Comisión de cara a realizar el análisis pretendido son los constituidos por los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que TESAU aporta periódicamente en el marco de la obligación que, como operador dominante, tiene impuesta dentro de la vigente OBA.

A la vista de todos los resultados anteriores, **no se puede concluir que el Grupo Telefónica haya llevado a cabo prácticas discriminatorias en la provisión de servicios ADSL mayoristas** con el fin de perjudicar a sus competidores en el mercado minorista, materializadas en una dilatada provisión en los plazos de los servicios contratados.

De la misma manera, **tampoco ha podido constatare que TESAU se suministre a sí misma plazos de provisión inferiores** que le otorguen una ventaja a la hora de competir en el mercado final.

III.2.- Análisis de las cuestiones relativas a la accesibilidad de información acerca del estado de tramitación de las solicitudes de servicio por parte de los clientes que contratan servicios ADSL mayoristas al Grupo Telefónica

De las alegaciones formuladas por los distintos agentes en el marco del presente procedimiento, se desprende la necesidad que tienen los operadores que contratan los servicios ADSL mayoristas prestados por el Grupo Telefónica de contar con **información correcta, actualizada y en tiempo acerca del estado de tramitación de sus solicitudes** de suministro de líneas susceptibles de soportar servicios ADSL. Asimismo, deben poder conocer, previamente a la formalización de una solicitud, si un determinado bucle telefónico cuenta con las características técnicas apropiadas para soportar la prestación del servicio ADSL al usuario final al que corresponde tal bucle, con lo que se evitaría que formularan solicitudes de líneas incompatibles con el servicio ADSL que se traduzcan en rechazos de las mismas y, en definitiva, en demoras de la provisión del servicio al cliente final.

En relación con lo anterior, el Grupo Telefónica pone de manifiesto en sus alegaciones la existencia de toda una serie de instrumentos destinados a proporcionar a los operadores los servicios descritos anteriormente.

De hecho, TESAU sostiene, literalmente, que dichos sistemas son funcionales y están a disposición de todos los operadores. Entre esos instrumentos, TESAU menciona específicamente los siguientes:

- Las bases de datos de centrales y demarcaciones abiertas para ADSL, cuya información es de dominio público y se encuentra disponible tanto en la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

página web corporativa de TESAU como en la del Ministerio de Ciencia y Tecnología.²³

- El acceso al canal electrónico corporativo de productos y servicios comercializados por TESAU, conteniendo la descripción técnica y funcional de GigADSL (servicio mayorista de acceso indirecto regulado e incluido dentro de la OBA) y de los servicios de conectividad IP en banda ancha (ADSL IP). También incluye, según TESAU, los servicios mayoristas de seguimiento y tramitación, como son el Sistema de Gestión de Operadores (SGO), el “VigíaDSL” o sistema de información sobre pares de abonado y unidades básicas de la red de acceso de TESAU.
- TESAU sostiene que, a través de “Canal Online”, es posible directamente conocer la habilitación de cualquier par de la red de TESAU para la prestación de servicios ADSL, pudiendo realizarse consultas gratuitas mediante el número telefónico asociado a dicho par o mediante el domicilio (ciudad, calle y número).
- Según TESAU, dentro de las herramientas puestas a disposición de los operadores por ella, y dentro del marco de la OBA, se encontraría el acceso, vía “web” o ficheros electrónicos intercambiados, a una base de datos actualizada sobre la validez todos los pares de cobre correspondientes a bucles de abonado activos o vacantes susceptibles de acceso por otros operadores.
- TESAU hace asimismo mención al sistema “VigíaDSL”, que consiste en un sitio de Internet cuyo objeto sería aportar a los operadores que lo requieran un sistema de supervisión del servicio GigADSL que le permita conocer el estado en que se encuentran tanto las conexiones de usuario creadas en GigADSL como los puertos del punto de acceso indirecto (pPAI).
- Finalmente, TESAU hace referencia en sus alegaciones al sistema “SG/C”, disponible para todos los clientes de servicios ADSL mayoristas. Este servicio ofrece la posibilidad de informarles automáticamente por correo electrónico o fax de los estados de aceptación/rechazo y de finalización de la provisión de servicio GigADSL, así como de anulación de solicitudes por incidencia irresoluble.

Con respecto a lo alegado por TESAU, los operadores y los PSIs que son clientes de los servicios mayoristas mostraron su profunda preocupación por la escasa funcionalidad y fiabilidad con la que cuentan estas herramientas.

²³ Accesibles en el sitio web www.setsi.mcyt.es.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III.3.- Análisis de las practicas discriminatorias denunciadas basadas en dilaciones indebidas en la contratación de servicios ADSL mayoristas sobre RDSI y microfiltros

Otra de las conductas discriminatorias denunciadas derivaría de las dilaciones mostradas por TESAU y TDATA durante la solicitud de contratación formulada por WANADOO de los servicios ADSL mayoristas sobre RDSI y microfiltros.

Tanto TESAU como TDATA manifiestan en sus escritos haber desplegado una actuación totalmente neutral con respecto de la solicitud de prestación de servicios ADSL mayoristas por parte de WANADOO. En tal sentido, inciden en señalar que, mediante GigADSL, ya fuera directamente o contratando con el operador LINCE, WANADOO podía haberse provisto de los servicios que demandaba y que, por el contrario no lo hizo así, asumiendo de este modo una decisión empresarial libre.

Así, se constata que el servicio demandado por WANADOO puede ser proporcionado por cualquiera de los operadores con cobertura suficiente en términos de población identificados en una parte anterior de esta resolución.

Sobre la base de lo anterior, queda acreditado que WANADOO tiene la posibilidad de contratar la provisión del servicio ADSL mayorista en todo el ámbito nacional con otro operador distinto de los integrados en el Grupo Telefónica. Gracias al paulatino desarrollo de las infraestructuras necesarias y a la aparición de una incipiente competencia en el mercado de provisión de servicios ADSL mayoristas, los PSIs tienen la posibilidad de contratar dichos servicios con otros operadores alternativos.

III.4.- Análisis de las practicas discriminatorias denunciadas derivadas de la oferta contractual formulada por TESAU a WANADOO con respecto al servicio ADSL-IP

En cuanto a la conducta denunciada relativa al ofrecimiento de TESAU del servicio ADSL-IP a WANADOO en condiciones discriminatorias con respecto de las otras compañías que contratan este servicio, cumple señalar lo siguiente:

De la documentación aportada por WANADOO, se deduce expresamente que se solicitó a TESAU la prestación del servicio ADSL-IP, y esta última presentó a WANADOO, con fecha 18 de enero de 2002, una oferta contractual del mismo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El *iter* cronológico de esta relación comercial que ha sido debidamente acreditado, fue el siguiente:

1. El 18.12.01, WANADOO, por conducto notarial, requirió de TESAU información y documentación sobre el servicio mayorista ADSL-IP en el plazo de cinco días hábiles.
2. Ante la ausencia de contestación por parte de TESAU a lo requerido por WANADOO, este operador remitió mediante burofax un nuevo requerimiento, fechado el 24.12.01, que fue recibido por TESAU el 28 del mismo mes.

En este punto, cabe rechazar todas y cada una de las alegaciones formuladas por TESAU en relación con esta cuestión, por cuanto que este operador ha manifestado en ellas que hubo una intención de contestar a WANADOO que se plasmó en una carta *“...con fecha 24.12.01 (es decir, sólo 3 días hábiles después de recibir su solicitud) poniéndose a su disposición para fijar una reunión de trabajo a los efectos de explicar y documentar a Wanadoo las características de los servicios que estaba prestando. Se adjunta como Anexo II copia de la carta remitida”*.

El requerimiento, vía burofax, remitido por WANADOO el 28 de diciembre de 2001 hace referencia expresa a un párrafo de la citada carta, indicando que *“...TESAU ha iniciado recientemente los trabajos para realizar una nueva oferta de servicios mayoristas de acceso a Internet de la que, en breve plazo, dispondrán los PSI.s que lo soliciten...”* por lo que sólo puede ser tenida en cuenta esta consideración formulada por TESAU, en la medida en que su existencia viene refrendada por la otra parte.

3. Según TESAU, el 9.01.02 tuvo lugar una reunión técnica entre este operador y representantes de WANADOO para, entre otros aspectos, conocer los aspectos técnicos de las necesidades del servicio requerido por WANADOO. Una vez más, estas declaraciones formuladas por TESAU no han venido acreditadas ni ratificadas por ningún soporte documental, como hubiera sido, en su caso, una copia firmada por todas las partes del acta levantada con motivo de la presunta reunión.
4. TESAU remitió con fecha 18.01.02 una oferta a WANADOO conteniendo las condiciones técnicas, económicas y jurídicas del contrato relativo a la prestación del servicio ADSL-IP. En concreto, lo que se envió fue un borrador de la oferta del servicio “MegaBase”, que contemplaba



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asimismo el servicio de terminación IP por parte de TDATA, tanto por uso como por capacidad. En cualquier caso, ningún elemento hace indicar que dicha oferta de acceso remitida fuera para *“su estudio y respuesta”* por parte de WANADOO, tal y como sostiene TESAU.

Como puede comprobarse a partir del examen de las cláusulas de los contratos, los términos de la mencionada oferta contractual formulada por TESAU a WANADOO difieren de las condiciones suscritas por TESAU con TERRA y TDATA para la prestación de ese mismo servicio ADSL-IP.

Por lo que se refiere a la cuestión específica de las diferencias contractuales identificadas por esta Comisión en el contenido del contrato propuesto por TESAU a WANADOO con respecto al firmado con las otras empresas del Grupo Telefónica (TERRA y TDATA), merece la pena poner de relieve algunas divergencias, que afectan tanto a las condiciones resolutorias del contrato como a las condiciones de pago del servicio.

Con relación a la primera cuestión, esto es, las condiciones resolutorias, debe señalarse que TESAU no ha impuesto a las otras compañías del Grupo Telefónica la condición resolutoria nº 7.6 que figura en la oferta contractual remitida a WANADOO. La condición en cuestión hace referencia a la resolución del contrato por retraso en el pago.

Asimismo, en lo relativo a las condiciones de pago contempladas en el Anexo II del contrato, debe indicarse que las estipulaciones suscritas por TDATA y TERRA con TESAU son sustancialmente distintas de las ofertadas por esta última a WANADOO. Las diferencias, que son más gravosas en todos los casos para WANADOO, afectan a los siguientes extremos:

- Plazos de pago que suponen la mitad con respecto de los plazos que disfrutaban TERRA y TDATA, con inclusión de intereses moratorios a partir del vencimiento.
- Menos días que los concedidos a las compañías del Grupo Telefónica para realizar el análisis de las facturas emitidas, y en caso de disconformidad, también menor tiempo para manifestar su disconformidad con lo facturado.
- TESAU puede exigir de WANADOO el abono de las cantidades no sujetas a discusión, no contemplándose esta previsión en los contratos suscritos entre las compañías del Grupo.
- En caso de no atender puntualmente a algún pago, automáticamente WANADOO se colocaría en situación de mora, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de TESAU. Si la demora en el pago infringiese un determinado plazo, ello daría derecho a TESAU a resolver el contrato.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, las mencionadas desigualdades han sido reconocidas por TESAU, que ha sostenido que el trato diferenciado dispensado al Grupo France Telecom, a través de WANADOO, en la oferta de contratación del servicio ADSL-IP estaba justificado y fundamentado en razones de índole objetiva.

Así, TESAU sostiene que el nivel de credibilidad financiera y solvencia económica del que disfruta un agente económico en particular constituye un elemento objetivo suficiente como para modular distintas condiciones contractuales de las que tiene suscritas con otras compañías del Grupo Telefónica. De igual forma, TESAU considera que el hecho de que las partes contratantes pertenezcan a una misma unidad económica y estén sometidas a una única disciplina supone que goce de una particular garantía de pago.

De este modo, TESAU pretende justificar que a TERRA y TDATA les ofrezca condiciones de pago del servicio ADSL-IP sustancialmente más beneficiosas que para el resto de operadores que soliciten la prestación del referido servicio mayorista con respecto de las que TESAU exige a las empresas de pertenecientes a su Grupo —que se materializan en unas sensibles reducciones de plazos de pago, de plazos para el análisis de las facturas emitidas o para mostrar una disconformidad con respecto a la facturación realizada—.

Respecto de la imposición de intereses moratorios, TESAU aplica el mismo razonamiento que en los dos supuestos anteriores, puesto que el sentido que encuentra a esta imposición residiría en una penalización que intenta evitar que exista un incumplimiento de la obligación del pago puntual.

Este planteamiento que TESAU pretende justificar en las alegaciones formuladas debe ser rechazado sin necesidad de proceder a un análisis más exhaustivo, ya que estas garantías adicionales de pago sólo tendrían cabida en el supuesto en que WANADOO hubiera generado en el pasado posiciones deudoras con TESAU. Por el contrario, estas prevenciones económicas que pretende imponer TESAU, implican de hecho una carga o gravamen para WANADOO y para cualquier otro PSI u operador que quisiese contratar este servicio, cargas que no estarían soportando contractualmente otras empresas de su Grupo por la prestación de esos mismos servicios.

A la hora de valorar si se está o no ante una discriminación prohibida, por abusiva, al operador considerado dominante, debe tenerse en cuenta que el tratamiento diferenciado no es censurable en sí mismo, pudiendo resultar plenamente legítimo. La línea divisoria que separa la diferenciación de la discriminación está necesariamente vinculada a un determinado elemento: la justificación objetiva de la conducta. Si el trato diferenciado está objetivamente



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

justificado, no podrá hablarse entonces de comportamiento anticompetitivo, sino de diferenciación equitativa y, por consiguiente, legítima. En caso contrario, se incurriría en un comportamiento contrario al Derecho de la competencia.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, y de acuerdo igualmente con la práctica del Ejecutivo comunitario y la jurisprudencia del TJCE, una conducta discriminatoria viene caracterizada por tratar de modo distinto situaciones iguales o equivalentes, teniendo asimismo cabida aquellos supuestos en los que se abordan de forma idéntica situaciones diferentes²⁴.

En consecuencia, la justificación objetiva referida en el párrafo anterior está ligada al concepto de desigualdad o no equivalencia de situaciones: la diferenciación en el trato estará objetivamente justificada cuando las situaciones de que se trate no sean idénticas o equivalentes. En caso contrario se incurrirá en una conducta discriminatoria²⁵.

Por tanto, si se verificase que la actuación de alguna de las compañías del Grupo Telefónica que presta servicios mayoristas no ha sido neutral en el mercado, se acreditaría la comisión de una o en su caso, varias prácticas discriminatorias.

En concreto, son tres los requisitos que deben concurrir para calificar una conducta como discriminatoria:

- La existencia de una desigualdad de trato.
- El otorgamiento de una ventaja competitiva o, en sentido contrario, de una desventaja.
- La inexistencia de una justificación de tal comportamiento.

Por otra parte, tal y como manifiesta TESAU en su escrito de alegaciones, alguna de las condiciones que ofertó a WANADOO suponen una situación más

²⁴ En relación a ello, puede consultarse la sentencia del TJCE de 17 de julio de 1993, asunto 13/36, Italia contra la Comisión, Rec. 335

²⁵ En el mismo sentido, pueden consultarse la Resolución del TDC, de 5 de noviembre de 1993, expediente A 57/93, o la Resolución de la CMT, de fecha 8 de junio de 2000, recaída en el expediente ME 199/1444 sobre la telefonía en Grupo cerrado de usuarios, contraria a la legislación sectorial y al derecho de la competencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ventajosa para este PSI que para TERRA o TDATA. Con ello TESAU se refería a la previsión contenida en la oferta realizada a WANADOO en virtud de la cual propuso que en la facturación se le descontasen automáticamente las penalizaciones aplicables a TESAU a que hubiera lugar en cada período. Esta previsión resulta efectivamente beneficiosa para WANADOO, ya que le evitaría tener que generar una reclamación independiente cada vez que procediese una penalización a su favor. Cabe destacar que esta cláusula no aparece en los contratos del servicio ADSL-IP firmados por TESAU con las otras compañías del Grupo Telefónica.

En cualquier caso, la condición anterior es perfectamente válida, aunque no se contemple en los contratos firmados por TERRA y TDATA. Esto es así por cuanto que las estipulaciones contractuales contenidas en dichos documentos deben ser tomadas como mínimos con respecto de terceros operadores ajenos al Grupo Telefónica que deseen contratar este mismo servicio. En otras palabras, nada impide a TESAU incluir en nuevos contratos condiciones más beneficiosas para terceros operadores, máxime cuando no existe ningún contrato tipo aprobado al respecto, pero en ningún caso, puede incluir estipulaciones más gravosas o lesivas que las que ha suscrito con empresas de su Grupo.

TESAU mantiene en sus alegaciones que el lanzamiento de estos servicios en mercados de marcado corte tecnológico no implica necesariamente beneficios directos en caso de producirse retrasos en el lanzamiento de esos mismos servicios por parte de otros agentes. Ello sería debido a que sus servicios no alcanzan mayor calidad, y el coste de aprendizaje en el lanzamiento de productos es alto.

A ello hay que añadir que, en mercados de rápido crecimiento, como es el caso del mercado de servicios ADSL minoristas, las acciones comerciales puestas en práctica por un operador que las despliega antes que ningún otro de sus competidores le proporcionan una ventaja en la captación de nuevos clientes sobre aquellos otros que actúan con posterioridad sobre ese mismo segmento del mercado, lo que, indudablemente, puede llevar a que el primer operador adquiera los mejores clientes en detrimento de sus competidores.

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

RESUELVE



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Único.- Que no ha podido constatar que TESAU haya incurrido en un comportamiento anticompetitivo en el mercado de referencia de provisión de servicios ADSL mayoristas de tipo acceso indirecto, que se hubiera materializado a través de prácticas discriminatorias con respecto de terceros operadores en la prestación del servicio GigADSL, 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 Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real