



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

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de julio de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE RETEVISIÓN I, S.A.U. SOBRE POSIBLES PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A. RESPECTO AL SERVICIO INFOVÍA PLUS 2000.
(Expediente MTZ 2001/5290)

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Con fecha de 20 de julio de 2001, y con entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con la misma fecha, RETEVISION I, S.A.U. (en adelante, RETEVISIÓN) solicitó la intervención de esta Comisión ante la actuación presuntamente anticompetitiva de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) y de TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, T.DATA) en el servicio InfoVía Plus 2000.

Mediante escritos de fecha 5 de septiembre de 2001, esta Comisión comunicó a RETEVISIÓN, T. DATA y a TELEFÓNICA el acuerdo de inicio del expediente MTZ 2001/5290.

En el mencionado escrito se expone que T.DATA ofrecía en ese momento el servicio InfoVía Plus 2000, que consiste en proporcionar acceso gratuito a Internet a través de su red IP a los Proveedores de Acceso a Internet (en adelante PSI's) y a las empresas, para que éstos puedan ofrecérselo sin costes a los usuarios finales que se conectan a Internet a través de una red de telecomunicaciones conmutada (RTB, RDSI y GSM).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, RETEVISIÓN comunica que T.DATA otorga bonificaciones por minutos de tráfico inducido a los PSIs o a las empresas clientes, en función del volumen de llamadas a Internet realizadas por los usuarios finales.

Debe de igual forma tenerse en cuenta que, RETEVISIÓN, mediante un escueto análisis de costes e ingresos, trata de demostrar que, prestando el servicio gratuitamente a los clientes, T.DATA no puede cubrir los costes en los que incurre para prestar el servicio, y mucho menos repercutir a sus clientes bonificación alguna por tráfico inducido originado en los clientes finales.

RETEVISIÓN expone que se trata de prácticas predatorias, debido al precio de venta nulo que supone el acceso gratuito ofertado por T.DATA, que no permite cubrir los costes del servicio, pero que se compensa con las subvenciones cruzadas procedentes de otro servicio, cual es el telefónico, que generaría ingresos a TELEFÓNICA al cobrar por el tráfico inducido por los usuarios finales que accedan a Internet, haciendo uso de la Red Telefónica Básica.

Considera RETEVISIÓN que estas prácticas resultan constitutivas de abuso de la posición de dominio que ostentan tanto T.DATA como TELEFÓNICA en sus respectivos mercados de operación, reforzando la posición de dominio de cada una de ellas, al igual que la del Grupo Telefónica en su conjunto.

Ante tales hechos, y tras exponer los fundamentos de derecho que amparan su solicitud, RETEVISIÓN solicita, entre otros aspectos, a esta Comisión que intervenga y declare:

1. *“la modificación de la tarifa de interconexión en el caso de tarifa plana, de forma que permita a los operadores entrantes, y en especial a RETEVISIÓN ofrecer un servicio similar a InfoVía Plus 2000. Se considera que una rebaja del 40% en el nivel local y 30% en tránsito simple sería necesaria para poder favorecer una competencia efectiva, garantizándose asimismo el principio de orientación a costes”.*
2. *“la instancia a TELEFÓNICA y a T.DATA a cesar la comercialización del servicio InfoVía Plus 2000, en el caso de las otras modalidades de servicio, en las condiciones actualmente descritas, y adopte cualquier otra medida que considere oportuna para reequilibrar una situación perjudicial para RETEVISIÓN y los demás operadores nuevos entrantes, en particular, en el caso de modalidad de acceso, la reducción de los precios de interconexión en línea con los costes de prestación eficiente, lo que supone una rebaja de los precios actuales en torno al 40%.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Acogiéndose a la habilitación competencial de los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2 c) y f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones modificada por la Ley 52/1999 (en adelante Ley 12/1997), así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante escrito remitido el 15 de octubre de 2001 esta Comisión procedió a solicitar de TELEFÓNICA la remisión de la información siguiente:

1. *Descripción de la participación de TELEFÓNICA en los servicios de InfoVía Plus. Relaciones contractuales entre T.DATA y TELEFÓNICA en los distintos servicios de InfoVía Plus. Adjuntar copia de los correspondientes modelos de contrato.*
2. *Número de minutos mensuales, y consumo medio por mes y por usuario que realice llamadas a números de teléfono de los servicios de InfoVía Plus, diferenciando por cada servicio.*
3. *Ingresos y pagos a T.DATA en los servicios de InfoVía Plus.*
4. *Ingresos de TELEFÓNICA por llamadas desde la red conmutada en los distintos servicios de InfoVía Plus y posibles pagos y bonificaciones por el tráfico inducido en los mismos servicios. Indíquense y descríbanse aquellos mecanismos de compensación de las posibles pérdidas de T.DATA en los servicios de InfoVía Plus (con especial referencia al servicio InfoVía Plus 2000) que se basen en ingresos procedentes de TELEFÓNICA.*

Tercero.- Con fecha 6 de noviembre de 2001 tuvo entrada en esta Comisión escrito mediante el cual TELEFÓNICA exponía ciertas alegaciones y contestaba al requerimiento de información remitido el 15 de octubre de 2001.

Concretamente, TELEFÓNICA manifestaba lo siguiente:

- TELEFÓNICA estima que esta Comisión no es competente para conocer presuntas prácticas anticompetitivas.
- Inexistencia de una posición de dominio conjunta del Grupo Telefónica.
- Existencia de diferentes mercados y modelos de acceso a Internet con distinta posición de los agentes y flujos económicos que se generan entre los mismos. En unos casos, el acceso se producirá a través de la interconexión (mercado de telefonía) y en otros a través



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de diferentes pagos por servicios o tráfico inducido (mercado de transmisión de datos).

En el Anexo II de esta contestación al requerimiento de información, TELEFÓNICA adjunta gráficas explicativas de estos diferentes modelos de acceso a Internet. En concreto desarrolla:

- *El modelo disociado con pago por consumo y servicios de acceso a Internet del PSI. Modelo con interconexión en terminación (Numeración geográfica, 908).*
- *El modelo disociado con pago por consumo y servicios de acceso a Internet del PSI. Modelo con interconexión en acceso (Numeración geográfica, 909).*
- *Modelo previsto de acceso a Internet con tarifa plana de operador origen, TELEFÓNICA, mediante modelo de terminación en interconexión.*
- *Tarifa plana de operador de terminación, mediante modelo con interconexión en acceso (909).*
- *Tarifa plana de PSI, y factura única, mediante modelo con interconexión en acceso y red inteligente.*
- Inexistencia de subvenciones cruzadas de TELEFÓNICA a TDATA.

TELEFÓNICA afirma que retribuye por igual a TDATA y a todos los operadores como consecuencia del disfrute del servicio de interconexión en terminación a los precios aprobados en el OIR. Tanto el precio minorista para los servicios de acceso metropolitano de TELEFÓNICA, como el precio de interconexión están regulados y orientados a costes, su facturación es transparente y responde a una contraprestación por el disfrute de unos servicios debidamente soportados contractualmente.

- Improcedencia de la reducción de tarifas de interconexión para tarifa plana del servicio de acceso a Internet.

TELEFÓNICA considera que las rebajas de tarifas solicitadas por RETEVISIÓN han sido objeto de revisión por esta Comisión a través de la Resolución dictada el 9 de agosto de 2001, por la que se modifica la OIR.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, TELEFÓNICA indica que en el citado expediente de modificación de la OIR de 9 de agosto de 2001, no se ha producido rebaja de las tarifas de interconexión para tarifa plana de acceso a Internet. De hecho, TELEFÓNICA argumenta que *nadie ha defendido la rebaja que ahora RETEVISIÓN pretende*.

Reforzando esta idea, TELEFÓNICA señala que los operadores que se acogen al modelo de acceso en interconexión, entre ellos RETEVISIÓN, *disponen del margen derivado de la diferencia entre el precio que establecen para las llamadas y tarifas planas y el coste que retribuyen a TELEFÓNICA en interconexión en concepto de uso de red de acceso, para ofrecer los servicios que estimen adecuados*.

- El resto de contestaciones a la información requerida fue declarada confidencial.

Básicamente, se comunica una estimación de los minutos y de ingresos mensuales de TELEFÓNICA por llamadas a servicios de acceso a Internet de TDATA, InfoVía Plus, en el primer semestre de 2001.

Cuarto.- Acogiéndose a la habilitación competencial de los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2 c) y f) de la Ley 12/1997, así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante escrito remitido el 15 de octubre de 2001, esta Comisión procedió a solicitar de T.DATA la remisión de la información siguiente:

1. *Características del servicio de acceso a Internet InfoVía Plus, con especial referencia al servicio InfoVía Plus 2000. Oferta comercial y condiciones técnicas.*
2. *Relaciones contractuales entre T.DATA y proveedores de servicio a Internet (en adelante PSI's) y entre TDATA y TESAU en los distintos servicios de InfoVía Plus. Adjuntar copia de los correspondientes modelos de contrato.*
3. *Descripción del modelo de negocio planteado por TDATA para la comercialización de los servicios que nos ocupan (InfoVía Plus 2000, InfoVía Plus Express, InfoVía Plus Directo), con especial referencia a las eventuales pérdidas en las que se incurra (cuantifíquense) y, en su caso, a los mecanismos a través de los cuales la compañía prevé cubrir esas pérdidas y obtener un margen competitivo de beneficio, así como previsiones de calendario al respecto. Indíquense y describanse aquellos mecanismos de compensación que se basen en ingresos*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedentes de cualquiera de las empresas del GRUPO TELEFÓNICA, con especial referencia a TESAU y a TERRA LYCOS, en adelante (TERRA).

4. *Número de minutos mensuales, y consumo medio por mes y por usuario que realice llamadas a números de teléfono de los servicios de InfoVía Plus, diferenciando por cada servicio.*
5. *Cifra de contrataciones de usuarios, presentadas semestralmente respecto al año 2000, y primer semestre del 2001, así como estimaciones de suscripción en lo que resta del ejercicio corriente y en 2002.*
6. *Cómputo de los ingresos de TDATA respecto a los servicios de InfoVía Plus, referente semestralmente al año 2000 y al primer semestre del año 2001, desglosados del siguiente modo: Cuotas de alta inicial y periódicas de los PSI's, tráfico inducido (si existiera), publicidad y otros ingresos.*

De existir ingresos provenientes de empresas que formen parte del GRUPO TELEFONICA, se dejará constancia de ello.

7. *Costes de TDATA respecto a cada uno de los servicios de InfoVía Plus, correspondientes de forma separada a los dos semestres del año 2000 y del primer semestre del 2001, desglosados como se señala seguidamente:*
 - a) *Costes operativos: costes de las comunicaciones (contratación y gastos de números de teléfono, otros) y otros costes operativos.*
 - b) *Costes de marketing.*
 - c) *Costes derivados de servicios prestados por TESAU.*
 - d) *Otros costes.*
8. *Servicios soporte del servicio de acceso a Internet InfoVía Plus, comercializado por TDATA: entidades con las que se subcontrate su prestación y condiciones (especialmente económicas) de contratación.*

Quinto.- Con fecha 6 de noviembre de 2001, y tras haber ampliado el plazo de contestación, tuvo entrada en esta Comisión escrito mediante el cual TDATA exponía ciertas alegaciones y contestaba al requerimiento de información remitido el 15 de octubre de 2001.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concretamente, T.DATA manifestaba, junto con las alegaciones primera, segunda y cuarta que ya realizó TELEFÓNICA y que quedan recogidas en el Antecedente Tercero, los siguientes puntos:

- Sobre la inexistencia de precios predatorios en la actuación de TDATA.

-El recurrido define el mercado como el de servicios de transmisión de datos para acceso conmutado a Internet incluyendo cualquiera de las modalidades de InfoVía Plus.

Dentro de este mercado, TDATA considera que no puede actuar con independencia del comportamiento del resto de sus competidores, por lo que no ha de considerarse como dominante.

- Junto con ésto, el operador considera que no existen barreras de entrada a los operadores entrantes en este mercado. Para ello, TDATA señala la facilidad de creación de una red IP mínimamente dimensionada para responder a las necesidades de los PSIs y corporaciones. Por tanto, considera que no existen costes relevantes que limiten la entrada y salida de agentes a este mercado.

Por otro lado, el operador requerido considera que, incluso en el supuesto de que TDATA estuviera realizando una estrategia de precios predatorios, en el momento en que subiera los precios para recuperar las pérdidas incurridas, sus potenciales competidores estarían en disposición de ofrecer los mismos servicios pero a precios más atractivos.

Esta situación vendría reforzada por la práctica inexistencia de costes de cambio para los PSI's o empresas que, disfrutando del servicio InfoVía Plus 2000, decidieran cambiar de operador de datos. El servicio gratuito y la actuación de PSI de forma virtual provoca que pase a ser cliente de otro operador de datos de forma sencilla.

De igual forma, TDATA acredita jurisprudencialmente la necesidad de identificar la intención de eliminar a los competidores en la conducta de todo predador. En este sentido, asegura que en el servicio InfoVía Plus no existe finalidad alguna de eliminar a sus competidores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se adjunta una descripción de las características del servicio de acceso a Internet InfoVía Plus. Los aspectos básicos de la misma son la configuración de los servicios de conectividad y en el plenario de estos servicios.
- El resto de contestaciones a la información requerida fue declarada confidencial, y en ellas se describen, básicamente los siguientes aspectos:
 - El modelo de negocio planteado por TDATA en el servicio InfoVía Plus.
 - Los minutos mensuales de tráfico del servicio InfoVía Plus del año 2000 y del primer semestre del 2001. Esta información no se ha presentado de forma desagregada para cada servicio de los que lo componen.
 - Estimación de los ingresos del servicio InfoVía Plus del año 2000, separados semestralmente, y del primer semestre del 2001. Esta información no se ha presentado de forma desagregada para cada servicio que compone InfoVía Plus. No obstante, los ingresos han quedado desagregados en ingresos por cuotas e ingresos por interconexión.
 - Estimación de costes del servicio InfoVía Plus desagregada por modalidad, InfoVía Plus 2000, Directo y Express, y por semestres del ejercicio 2000 y primero del 2001. Los costes se presentan desagregados en costes operativos, costes de marketing y otros costes.
 - Principales servicios soporte contratados por TDATA en sus diferentes actividades.
 - Presentación de diversos contratos tipo de los servicios de InfoVía Plus.

Sexto.- Acogiéndose a la habilitación competencial de los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2 c) y f) de la Ley 12/1997, así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante escrito remitido el 7 de diciembre de 2001, esta Comisión procedió a solicitar de RETEVISIÓN, la remisión de la siguiente información:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. *Análisis más detallado de los supuestos de costes e ingresos aportados por RETEVISION en la solicitud por la que se procede a la apertura del procedimiento.*
2. *Aclaración de las estimaciones sobre el porcentaje de usuarios que optarán por el sistema de interconexión (ingresos por terminación), y los que por el contrario seguirían el sistema de acceso indirecto (pago de interconexión por acceso). Razón sobre el porcentaje de acceso indirecto.*
3. *Aportar cualquier otra alegación, comentario o documento que considere útil a los efectos de aclarar la posible actuación anticompetitiva de TDATA y TESAU respecto al servicio de InfoVía Plus (concretamente InfoVía Plus 2000).*

Séptimo.- Con fecha 21 de diciembre de 2001, tuvo entrada en esta Comisión escrito mediante el cual RETEVISIÓN exponía ciertas alegaciones y contestaba al requerimiento de información remitido el 7 de diciembre de 2001.

En concreto, RETEVISIÓN manifiesta lo siguiente:

- Sobre la definición de mercado afectado.-

RETEVISIÓN expone que el servicio InfoVía Plus 2000 e InfoVía Plus Express van dirigidos a una nueva categoría de PSI's, los **PSI's virtuales**.

Estos PSI's se distinguen de los PSI's tradicionales en dos aspectos.
"Por una parte, lo que ofrecen a sus clientes son ante todo unos servicios "on line" vinculados a su negocio tradicional y, como instrumento para conseguirlo, el acceso a Internet, por lo que generalmente no demandan una calidad de conectividad particularmente elevada. Por ello, el servicio InfoVía Plus 2000, que ofrece, de forma totalmente gratuita, una conectividad de entre 4 a 6 kbps, es particularmente atractivo.(...)"

El segundo aspecto diferencial de los PSI virtuales es que tienen unas necesidades distintas y muy superiores a las de un PSI tradicional, en lo que a servicios de red se refiere, (...). Al no disponer de infraestructura ni equipos propios, un PSI virtual necesita que el operador de telecomunicaciones le proporcione, además de la conectividad, unos servicios adicionales tales como: autenticación en red, suministro de cuentas de correo para sus clientes, atención al cliente en casos de problemas de conexión, personalización del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dialer, personalización del web mail y edición de un master CD, con eventuales copias para los usuarios finales.”

De igual forma, RETEVISIÓN señala que, a diferencia de lo alegado por TDATA *“rara vez el PSI virtual contrata la autenticación delegada, que conllevaría un pago aparte, toda vez que los PSI virtuales no suelen disponer de los equipos necesarios ni demuestran mayor interés en adquirirlos.”*

Para corroborar esta tendencia de los PSI’s virtuales a contratar el servicio InfoVía Plus 2000 —por ser gratuito— RETEVISIÓN señala que en ese momento 479 PSI’s virtuales han contratado InfoVía Plus 2000, mientras que RETEVISIÓN ha sido contratada sólo por 5 PSI’s virtuales.

Sin embargo, *“En el mercado de los PSI’s virtuales la cuota de RETEVISIÓN es insignificante. Este hecho, unido a la barrera de entrada que representan los costes al cambio o “switching costs”, (...) refuerzan la posición de TDATA en ese mercado.”*

RETEVISIÓN alega que, de estos aspectos, se deduce claramente la posición de dominio de TDATA en los mercados de ámbito nacional de transmisión de datos, de servicios de acceso a la información y de conexión de PSI’s, así como en el mercado de PSI’s virtuales donde se enmarca la solicitud de intervención planteada.

Incluso si esta afirmación fuera negada, RETEVISIÓN argumenta la existencia de una posición de dominio del Grupo Telefónica.”

- Sobre otras barreras de entrada.-

“La práctica restrictiva [de TDATA] encuentra un claro refuerzo en los importantes costes al cambio o “switching costs” de las empresas que disfrutan de los servicios de InfoVía Plus 2000 si decidieran cambiar de operador.”

RETEVISIÓN argumenta tres costes de cambio con gran complejidad técnica, como los más importantes: la modificación del software de marcación para introducir la numeración del nuevo operador, la migración a los usuarios y claves empleadas para la conexión a Internet, y por último, la migración de las direcciones de correo electrónico y de las “password” de las cuentas de correo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Octavo.- Acogiéndose a la habilitación competencial de los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2 c) y f) de la Ley 12/1997, así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante escrito remitido el 7 de diciembre de 2001, esta Comisión procedió a solicitar de T.DATA la remisión de la siguiente información:

1. *Aclaración de la titularidad de la numeración utilizada por TDATA para cada servicio de InfoVía Plus 2000, InfoVía Plus Express e InfoVía Plus Directo. Relación de números en cada servicio.*
2. *Explicación detallada de la forma de producirse la interconexión entre las redes de TESAU y TDATA para la prestación del servicio de InfoVía Plus. Comunicación de los puntos de interconexión con los que cuentan.*
3. *Aportación de los posibles contratos con los que se relacionan TESAU y TDATA respecto a sus redes IP en el caso de producirse de esta forma el servicio de InfoVía Plus.*
4. *Desagregación de ingresos para los tres servicios de InfoVía Plus.*
5. *Pago de los últimos tres semestres por tráfico inducido abonado a cada uno de los PSI's, diferenciando los distintos servicios de InfoVía Plus.*
6. *Costes derivados de los servicios prestados por TESAU, no aportados tras el requerimiento de información pasado.*
7. *PSI's y entidades adscritas a cada servicio de InfoVía Plus.*
8. *Tráfico mensual de cada PSI's desagregado en cada servicio de InfoVía Plus.*
9. *Aclaración de la inexistencia de ingresos por interconexión y de la duplicidad de costes en el periodo de la migración del sistema de InfoVía al sistema de InfoVía Plus.*
10. *Posicionamiento de TDATA respecto a sus competidores en el mercado de transmisión de datos para el acceso a Internet, y posicionamiento en este servicio con acceso gratuito.*
11. *Descripción de las relaciones contractuales en el marco de la conectividad, especialmente en los distintos alquileres de frame relay. Posibilidad de que los circuitos de acceso a los PSI's sean contratados con un operador distinto a TDATA.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

12. Aclaración de si los costes e ingresos del segundo semestre del 2000 son acumulados de todo el ejercicio o exclusivamente del semestre en cuestión.

Noveno.- Con fecha 3 de enero de 2002 tuvo entrada en esta Comisión escrito mediante el cual TDATA contestaba al requerimiento de información recibido el 11 de diciembre de 2001.

En concreto, en su escrito de respuesta, TDATA manifiesta, como aspectos más importantes, los siguientes:

1. La titularidad de la **numeración** utilizada por TDATA para el servicio InfoVía Plus en todas sus modalidades es de TDATA.

“La numeración se encontraba inicialmente asignada a la red de TELEFÓNICA, habiéndose procedido a su portabilidad hacia la red de TDATA y cursándose en la actualidad a través de circuitos E1s de interconexión.”

Asimismo, TDATA señala que *“(…) las distintas modalidades de InfoVía Plus utilizan numeración compartida por todas ellas (excepto en el caso de InfoVía Plus Tarifa Plana).”*

Junto con esta alegación, TDATA incluye el listado de los números cabecera de decena comunicados a los usuarios de los servicios InfoVía Plus, excepto InfoVía Plus Tarifa Plana, siendo la decena completa de uso reservado para los mismos.

2. Las condiciones de **interconexión** entre las redes conmutadas de TELEFÓNICA y TDATA son las recogidas en el Acuerdo General de Interconexión firmado entre ambas empresas.
3. Respecto a la desagregación de **ingresos** para los tres servicios de InfoVía Plus, TDATA señala que los precios de estas tres modalidades se establecen **en función de la calidad del servicio**, y aporta datos de los distintos tipos de ingresos no desagregados por modalidades. El operador requerido señala que la falta de desagregación de los datos es debida a que utilizan numeración compartida, y que mismos clientes tienen contratadas varias modalidades de InfoVía Plus.
4. En cuanto al pago por **tráfico inducido** abonado a los PSI's, TDATA indica bajo confidencialidad cuál es *“...el importe devengado durante los tres últimos semestres por aquellos PSI's que hayan solicitado retribución en concepto de tráfico inducido.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De forma similar a los argumentos esgrimidos respecto de los ingresos, el operador considera que no dispone de la información necesaria para segregar los costes de retribución por tráfico inducido por cada modalidad.

5. Estimación de **costes** por modalidad y semestre (año 2000 y primer semestre del 2001). Los costes aportados son los costes de circuitos, mantenimiento, espacios y energía y otros.
6. TDATA detalla, con carácter confidencial, la relación de los **PSI's y las entidades adscritas** a los servicios de InfoVía Plus.
7. TDATA aporta el **tráfico mensual** de los primeros once meses del año 2001 asociado a cada PSI y por nemónico.

De igual forma, asegura que *“no dispone de la información necesaria para diferenciar el tráfico generado por cada una de las modalidades del servicio InfoVía Plus.”*

8. Por otro lado, TDATA trata de aclarar el término “periodo de migración” utilizado en documentos previos del expediente.

Este operador se refiere a “aquel periodo de tiempo en el que TDATA ha procedido a la modificación de las infraestructuras de terminación del tráfico de acceso conmutado asociado al servicio InfoVía Plus, desde primarios de titularidad de TDATA hacia un modelo basado en la interconexión entre las redes de telefonía de TELEFÓNICA y TDATA (soportado en E1s de interconexión).”

“En el modelo inicial, basado en primarios, no existe retribución por interconexión...”

“En cuanto a la duplicidad de costes, referida a la contratación simultánea de primarios y E1s de interconexión, se origina como respuesta a la necesidad de asegurar y mantener la calidad del servicio prestado durante el periodo de migración, en un entorno caracterizado por un tráfico en continuo crecimiento.”

9. Como contestación al requerimiento de información sobre las relaciones contractuales en el marco de la **conectividad**, TDATA alega los siguientes aspectos:

-La conectividad entre el PSI y la red IP de TDATA se proporciona a través del servicio UNO-IP Básico. Este servicio deberá ser contratado por el PSI



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el caso de que eligiera el servicio InfoVía Plus Direct, así como la modalidad autenticación delegada por el cliente de los servicios InfoVía Plus 2000 y Express, debiendo abonar a TDATA la cantidad estipulada.

-La conexión a Internet tanto por el PSI como por sus usuarios es, siempre que esta facilidad no se incluya en la especificación del servicio, de libre contratación por parte del PSI, como apoyo al servicio InfoVía Plus del que disponga, bien a TDATA o a un tercer operador.

Estos servicios de conectividad se proporcionan a través de circuitos virtuales semipermanentes con tecnología Frame Relay o ATM.

Décimo.- Mediante escrito de 19 de febrero de 2002, TDATA solicitó el archivo del expediente basándose en las siguientes alegaciones:

1. Disconformidad con la caracterización que RETEVISIÓN hace del mercado de referencia en el escrito remitido a esta Comisión el 21 de diciembre de 2001. En éste, define el mercado no por las características del servicio, “(...)sino por la caracterización del cliente objetivo del servicio, vinculando la oferta de TDATA de forma exclusiva a lo que la denunciante denomina “PSI’s virtuales”.”

TDATA reitera que “el único mercado relevante a los efectos de valorar la conducta que se le imputa (...) no es otro que el **mercado de transmisión de datos para acceso a Internet**

2. Como segunda alegación TDATA alega, con argumentos muy similares a los ya expuestos en contestaciones a requerimientos de información anteriores, la inexistencia de conducta predatoria, al no existir barreras de entrada significativas en el mercado de transmisión de datos para acceso a Internet que limiten la entrada de nuevos competidores.
3. En esta tercera alegación, TDATA defiende la viabilidad del modelo de negocio que soporta el servicio InfoVía Plus.
 - El modelo de negocio aplicado a este servicio es el “**modelo de terminación**”, a través del cual TELEFÓNICA retribuye a TDATA por interconexión por terminación, permitiendo una retribución en cadena de los distintos agentes que intervienen en el negocio.

Los pagos que realiza TDATA a los PSI’s son el pago habitual por el tráfico que éste haya inducido. Por tanto, TDATA niega la consideración que realiza RETEVISIÓN de que esos pagos han de tomarse como bonificaciones destinadas a fidelizar clientes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, TDATA cuestiona el análisis de costes e ingresos realizado por RETEVISIÓN; y es que este operador *“intenta replicar el servicio InfoVía Plus 2000 bajo el modelo de acceso(...)”* y no de terminación, que es el elegido por TDATA para prestar sus servicios.

- TDATA aporta información acerca de la distribución del tráfico de las modalidades del servicio InfoVía Plus, en función de distintas medidas puntuales de uso de la red tomadas durante el mes de diciembre de 2001.

Según TDATA, de estos datos se puede apreciar cómo la demanda *“se concentra en el servicio InfoVía Plus Direct, con mayor calidad y que supone el pago de una cuota mensual. A estos pagos periódicos(...)habría que sumarles la obtención lícita de unos ingresos por interconexión vinculados al tráfico InfoVía Plus en cualquiera de sus modalidades.”*

TDATA termina alegando que su servicio es perfectamente replicable por cualquier operador eficiente. Para ello, a través de datos confidenciales, trata de constatar *“que el ingreso por minuto de interconexión, de acuerdo con la distribución horaria de dicho periodo, es suficiente para cubrir la totalidad de costes (variables y fijos) por minuto cursado.”*

Por tanto, *“no puede desprenderse que de un planteamiento de negocio que responde a las condiciones permitidas por el mercado exista finalidad alguna de eliminar a sus competidores.”*

Undécimo.- Con fecha 22 de marzo de 2002, RETEVISIÓN presentó a esta Comisión ciertas alegaciones. De su contenido, cabe destacar, entre otras, las siguientes afirmaciones:

- Cambios del modelo de negocio del servicio InfoVía Plus.-

RETEVISIÓN aduce que anteriormente, el flujo económico entre TDATA y TESAU difería del flujo económico entre TESAU y otro operador al producirse en este caso la interconexión.

- RETEVISIÓN no encuentra justificada la alegación de TDATA relativa a la falta de disponibilidad de la información necesaria para diferenciar el tráfico correspondiente a cada uno de los servicios que incorpora InfoVía Plus.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Considera incuestionable la posición de dominio de TDATA y del Grupo Telefónica en el mercado de PSI virtuales así como en el mercado más general de acceso conmutado a Internet a través de la red telefónica básica.

Duodécimo.- Acogiéndose a la habilitación competencial de los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2 c) y f) de la Ley 12/1997, al artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPRJPAC), así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante escrito remitido el 9 de julio de 2002, esta Comisión procedió a solicitar de INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A., en su calidad de Entidad de Gestión Técnica, la remisión de la siguiente información:

*Portabilidad de los números de teléfono señalados en el Anexo adjunto.
En su caso, operador al que han sido portados y fecha en la que se produce la portabilidad de estos números de teléfono.*

En el Anexo al que se hace referencia se detalla la numeración de acceso a InfoVía Plus 2000, Express y Direct.

Décimo tercero.- Con fecha 16 de julio de 2002, esta Comisión recibió la contestación al requerimiento de información remitido el 9 de julio del mismo año a la Entidad de Gestión Técnica INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A.

En la contestación, INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. adjunta una tabla que detalla por cada numeración el operador donante, operador receptor y la fecha en que se realizó la operación de portabilidad. En todos ellos, el operador donante se corresponde con TELEFÓNICA, mientras que el operador receptor es TDATA en todos los casos.

Décimo cuarto.- Acogiéndose a la habilitación competencial de los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2 c) y f) de la Ley 12/1997, así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante escrito remitido el 11 de julio de 2002, esta Comisión procedió a solicitar de RETEVISIÓN, UNI2 TELECOMUNICACIONES, SAU (en adelante UNI2), BT IGNITE ESPAÑA, SAU (en adelante BT) y COLT TELECOM ESPAÑA, SAU (en adelante COLT), la remisión de cierta información. El plazo de diez días para contestar este requerimiento de información fue ampliado por esta Comisión con fecha de 23 de julio de 2002. La información requerida, toda ella relativa al ejercicio anual 2001, era la siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Oferta comercial de los distintos servicios por los que el operador proporciona acceso a Internet a través de su red a los Proveedores de Servicio a Internet y a otras empresas para que éstos puedan ofrecérselo a los clientes finales que se conecten a la red de forma conmutada. Esta oferta ha de desagregarse en los siguientes puntos:

- Denominación del servicio.
- Descripción.
- Cuotas no recurrentes. Determinación de una posible gratuidad.
- Cuotas recurrentes. Determinación de una posible gratuidad.
- Numero de minutos cursados por cada PSI.
- Numero de minutos cursados por otras empresas.
- Determinación de paquetes de ofertas en sus servicios.

2. Ingresos totales del operador en su actividad de acceso a Internet. Ingresos obtenidos en cada uno de los servicios referidos en el punto primero. Desagregación de estos ingresos totales por servicios en los siguientes apartados:

- Cuotas no recurrentes.
- Cuotas recurrentes.
- Interconexión.
- Otros ingresos obtenidos.

Costes totales del operador en su actividad de acceso a Internet. Costes obtenidos en cada uno de los servicios referidos en el punto primero. Desagregación de estos costes totales y por servicios en los siguientes apartados:

- Costes de red.
- Alquiler de circuitos.
- Pago de tráfico inducido a los PSI's u otras empresas.
- Marketing.
- Costes variables (salarios, electricidad, gas, etc).
- Otros costes obtenidos.

3. En caso de prestar servicios de acceso gratuito a Internet a PSI's u otras empresas de forma conmutada, comunicar la tasa de migración de los PSI's desde estos servicios gratuitos de menor calidad a los de pago.

Décimo quinto.- Con fecha 26 de julio de 2002, esta Comisión recibió la contestación al requerimiento de información solicitado a RETEVISIÓN el 11 de julio de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En esta contestación, RETEVISIÓN aporta información sobre los *“dos servicios básicos que presenta a los proveedores de acceso a Internet y a empresas para el acceso a Internet a través de su red, IPe Comunidades e ISP virtual.”*

Junto con esto, aduce que ninguno de sus servicios de acceso a Internet a PSI's y empresas son gratuitos.

De forma confidencial, RETEVISIÓN aporta datos relativos a la agregación de las cuotas recurrentes y no recurrentes del servicio IPe Comunidades, Internet Corporativo e PSI Virtual, los minutos desagregados por los PSI's adscritos a cada servicio y, por último, y de forma escueta y no desagregada por productos, datos sobre los ingresos y los costes correspondientes a tales servicios.

Décimo sexto.- Con fecha 8 de agosto de 2002, se recibió en esta Comisión la contestación a la información requerida a UNI2.

En su escrito, UNI2 define los servicios con los que cuenta para proveer el acceso a Internet a PSI's o empresas. Estos servicios son Línea de Servicio Marca Blanca PSI y Línea de Servicio Negocio PSI.”

Por otro lado, se adjunta de forma confidencial las cuotas aplicables a los servicios de PSIs, los minutos mensuales de interconexión de las empresas y los ingresos de los servicios todo ello en los seis primeros meses del año.

Décimo séptimo.- Con fecha 14 de agosto de 2002 se recibió en esta Comisión la contestación a la información requerida a BT IGNITE ESPAÑA, SAU.

En su contenido, BT define los productos que ofrece a los PSI's y otras empresas para acceder a Internet. Los servicios son el Servicio Internet Directo, el Servicio Interpista y el Servicio Marca Blanca.

Junto con esto, BT IGNITE presenta con carácter confidencial las cuotas recurrentes y no recurrentes de cada servicio y los minutos totales cursados, ingresos y costes del ejercicio fiscal, sin que en este caso se plasmen de forma desagregada por servicios sino de forma global.

Décimo octavo.- Con fecha 26 de septiembre de 2002, se recibió en esta Comisión contestación de COLT TELECOM a este requerimiento de información. En él se define brevemente el servicio COLT Line Incoming. Igualmente se señalan las cuotas del servicio, los minutos entregados a COLT de marzo a agosto, y por último los ingresos y los costes mensuales por cada acceso primario contratado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Décimo noveno.- Acogiéndose a la habilitación competencial de los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2 c) y f) de la Ley 12/1997, así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante escrito remitido el 11 de julio de 2002 y reiterado el 30 del mismo mes, esta Comisión procedió a solicitar de T.DATA, la remisión de la misma información referida en el Antecedente Décimo Cuarto, además de la siguiente información relativa al ejercicio anual 2001:

1. *Titularidad actual de su red (red P y red telefónica), incluyendo todos los elementos implicados en las llamadas de acceso a Internet del servicio InfoVía Plus.*
2. *Facturas por la relación de interconexión por terminación con TESAU.*

Vigésimo.- Con fecha 9 de agosto de 2002 esta Comisión recibe dos escritos de TDATA interponiendo sendos recursos de reposición. En el primero se recurre el requerimiento reiterado de información de 30 de julio de 2002 al que se hace referencia en el punto anterior, mientras que en el segundo el recurso se plantea contra escrito de la Comisión notificado el 30 de julio de 2002 en el que se contestaba a ciertas alegaciones de TDATA presentadas el 23 de julio de este año.

Estos recursos fueron desestimados el 11 de octubre de 2002 a través del expediente de esta Comisión (AJ 2002/7528), al que cabe remitirse de cara a conocer las argumentaciones expuesta por parte de TDATA, al igual que los fundamentos en los que se basa esta Comisión para desestimar dichos recursos.

Vigésimo primero.- Con fecha 22 de octubre de 2002, se recibió en esta Comisión la contestación a la información requerida a TDATA el 11 de julio de 2002 y que fue reiterada el 30 de julio del mismo año.

En concreto, TDATA manifiesta lo siguiente:

- Descripción del Servicio de Conectividad Internet InfoVía Plus, las cuotas recurrentes asociadas a cada modalidad determinando la gratuidad del servicio InfoVía Plus 2000 en el caso de ser autenticado en red.
- Con carácter confidencial, aporta el número de minutos cursado por cada PSI y por cada empresa adscrita al servicio InfoVía Plus.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Cifras de ingresos totales del año 2001 por el servicio InfoVía Plus, diferenciando los ingresos por cuotas y por interconexión. Los ingresos aportados son de la totalidad del servicio, no desagregando las distintas modalidades del mismo. Todo ello con carácter confidencial.
- Confidencialmente, datos de los costes totales del servicio InfoVía Plus en el año 2001, diferenciando los costes en alquiler de circuitos, tráfico inducido, coste de red, marketing, otros variables y otros costes. Los datos de los costes aportados corresponden a la totalidad del servicio, no siendo desagregados según las distintas modalidades del mismo.
- De igual forma, con carácter confidencial, TDATA aporta la tasa de migración de los PSI's desde los servicios gratuitos a los de pago, tomando como referencia el 31 de enero de 2001. Constata TDATA que habitualmente existe una convivencia entre servicios contratados por los PSI's que son tanto gratuitos como de pago.
- *"La titularidad de la red IP y de la red telefónica sobre la que se proporciona el servicio InfoVía Pus es de titularidad exclusiva de TDATA, contando con los activos característicos (Pdl, centrales frontera, terminadores RAS, servidores Radius y nodos de red IP)."*
- Factura aperiódica del año 2001 por la relación de interconexión con TELEFÓNICA.

Vigésimo segundo.- TRÁMITE DE AUDIENCIA. Mediante escrito comunicado el 5 de febrero de 2003 se comunicó a las partes, conforme al artículo 84 de la LRJPAC, el inicio del trámite de audiencia en el presente procedimiento. Junto a dicha comunicación se incluyó un Informe de los Servicios de esta Comisión con el objeto de facilitar a las partes la identificación de las principales cuestiones debatidas, así como de los hechos y fundamentos de derecho que, a la vista de lo instruido, se deducen del expediente, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

Vigésimo tercero.- Como contestación al trámite de audiencia, AUNA TELECOMUNICACIONES, SAU (en adelante AUNA) presentó escrito de alegaciones con entrada en el Registro de esta Comisión el día 28 de febrero de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito, AUNA pone de manifiesto, *“la existencia de un claro abuso de la posición de dominio que ostenta el Grupo Telefónica como consecuencia de la comercialización de servicios mayoristas de acceso conmutado a Internet en condiciones de gratuidad, entre las que se incluye el servicio InfoVía Plus 2000, persistiendo así la denuncia presentada y extendiéndose a otras filiales del grupo, en concreto TESAU, y otros servicios como Infonegocio.com con idénticas características.”*

En cuanto a la definición del mercado relevante, el alegante *“(...) comparte con esa Comisión la conveniencia de definir el mercado relevante en los términos expuestos en el Informe. (...) No obstante lo anterior, esta parte quiere insistir en la necesidad de definir el mercado de producto de PSIs virtuales en condiciones de gratuidad.”*

De igual forma, AUNA *“insiste en la existencia de barreras de salida (...) y de entrada por cuanto que se concibe un mercado netamente separado de otros mercados de transmisión de datos y vinculado de manera especialmente más importante al mercado ascendente de telefonía debido a la relevancia de los ingresos telefónicos(...).”*

Mantiene la consideración de predatorios de los precios del servicio InfoVía Plus 2000.

Vigésimo cuarto.- Ampliado el plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, TDATA presentó escrito de alegaciones con entrada en el Registro de esta Comisión el día 27 de febrero de 2003, que son contestadas en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

La Ley 12/1997, en su artículo 1.Dos.1, establece que esta Comisión tiene por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, Reglamento de la Comisión).

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (i) letra c) del artículo 1.dos.2 la Ley 12/1997: velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias.
- (ii) letra f) del artículo 1.dos.2 la Ley 12/1997: adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y el suministro de red en condiciones de red abierta, así como la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios.

Asimismo, esta Comisión 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 y en el artículo 2 del citado Reglamento de la Comisión, el ejercicio de las funciones públicas que esta Comisión tiene encomendadas.

Respecto de la supuesta incompetencia de la CMT para aplicar el Derecho de la Competencia:

TELEFÓNICA y TDATA alegan que la CMT no es competente para resolver un procedimiento al amparo de la Ley de Defensa de la Competencia a la que se refiere como “único cuerpo normativo aplicable en España en materia de Defensa de la Competencia”.

Con respecto a esta alegación, cabría preguntarse con qué fin otorgó el legislador las funciones del artículo 1.Dos. 2 c) y f) a la CMT.

De igual forma, resulta necesario puntualizar que la Ley de Defensa de la Competencia no es el único cuerpo normativo aplicable en España en materia de defensa de la competencia. Concretamente, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, tanto el artículo 81.1 (antiguo artículo 85) como el 82 (antiguo artículo 86) del Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante, “TCE”) producen efectos directos en las relaciones entre particulares que han de ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales. En este sentido, tanto la prohibición de determinados acuerdos colusorios como la proscripción de explotaciones abusivas de una posición de dominio en el mercado son incondicionales y surten efectos sin que sea necesaria una decisión previa, por lo que pueden ser aplicadas directamente por los jueces nacionales, quienes pueden verificar si se reúnen sus condiciones de aplicación y deducir de ello, llegado el caso, las consecuencias que se derivan en Derecho interno¹.

¹ Sentencias *BRT-SABAM I* de 30 de enero de 1974, *BRT-SABAM II* de 21 de marzo de 1974, y *Ahmed Saeed* de 11 de abril de 1989.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto de esta alegación, no cabe sino incidir nuevamente en la argumentación esgrimida por la CMT en anteriores ocasiones: antes de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 52/1999), el caso más conspicuo en el que esta Comisión analizó esta cuestión fue en la resolución de 2 de diciembre de 1999 relativa a determinadas prácticas de TELEFÓNICA respecto de los servicios de Infovía e Infovía Plus.

TELEFÓNICA estimaba entonces, igual que ahora, que ninguna de las letras contenidas en el artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997 permitía a la CMT dictar resoluciones a la luz del Derecho de la Competencia, dado que la competencia en materia de defensa de la competencia recae en exclusiva en el Servicio de Defensa de la Competencia y en el Tribunal de Defensa de la competencia, por lo que el papel de la CMT se limita a remitir los asuntos de que conozca en los que se identifiquen prácticas de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al Servicio de Defensa de la Competencia.

Pues bien, ha de recordarse que la CMT se creó con un único objeto, según el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones que la constituye, cual es la salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos. Este Real Decreto-Ley constituyó una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno dentro de un paquete de iniciativas destinadas a liberalizar ciertos mercados. En este sentido, se dotó a la CMT de las funciones necesarias para alcanzar el fin y objeto de su existencia: la salvaguardia de la competencia. Por ello, las funciones de la CMT no son compartimentos estancos, sino que todas ellas se encaminan a propiciar la salvaguardia de la libre competencia en el mercado, otorgando asimismo los correspondientes resortes a este órgano regulador.

La decisión del legislador no es caprichosa: se trata de una consecuencia del principio de liberalización de los mercados que exige la adopción de medidas rápidas e urgentes de intervención, para evitar que se frustre la apertura de los mercados de telecomunicaciones, como consecuencia de que el órgano generalista se vea imposibilitado para intervenir con prontitud y eficacia. Sin embargo, ello no supone que al Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia se les prive o menoscabe de funciones. Al contrario, las funciones de estos órganos se mantienen, lo que sucede es que a las que estos órganos desempeñan se añaden ahora otras, de distinto alcance y ejercicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 la interpretación que ahora se desarrollará pueden coexistir ambos organismos, desarrollando sus funciones, sin riesgo de conflicto dado que la naturaleza de la intervención de ambos organismos es diferente.

En este sentido, 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.

Cabe añadir que 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, normalmente mediante 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 adecuado es acudir al Servicio de Defensa de la Competencia.

Por esta razón, por la naturaleza del procedimiento que regula la Ley de Defensa de la Competencia, típicamente sancionador, están nítidamente separadas las funciones de instrucción y resolución del procedimiento, que recaen en órganos diferenciados. Sin embargo, en el caso de la CMT, es este órgano, el único que tramita y resuelve el expediente, sin necesidad de la designación de un instructor, con la única excepción del procedimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sancionador propiamente dicho, cual es el que se incoa por incumplimientos de resoluciones, actos o circulares de la CMT.

Es más, si por cualquier circunstancia un operador acudiera a la CMT, ante una práctica anticompetitiva, ya materializada e irreversible, este organismo se vería imposibilitado para actuar, por cuanto no podría imponer obligaciones de hacer o no hacer y, por tal razón, se vería obligado a remitir las actuaciones a los órganos generales de defensa de la competencia.

Antes de razonar sobre las modificaciones introducidas en la Ley de Defensa de la Competencia y que constituyen la principal apoyatura de TELEFÓNICA, conviene detenerse un instante en el precedente que sobre las mismas supuso la disposición adicional séptima de la LGTel.

En su día, esta disposición fue interpretada por TELEFÓNICA como principal argumento esgrimible para cuestionar la competencia de la CMT. La redacción de esa disposición adicional es la siguiente —bajo el título de “Coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal de Defensa de la Competencia”—:

“El ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye a los órganos de defensa de la competencia.

Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Elo se entiende sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2 f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones”.

En opinión de esta Comisión, la redacción del precepto, que no ha sido objeto de derogación, explicita los distintos campos de actuación de uno y otro órganos.

En este sentido, la CMT, que ve ratificada su competencia sin ninguna limitación, tal como dispone la propia disposición adicional séptima, *in fine*, debe poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia hechos que pudieran constituir indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, al objeto,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obviamente de una posible sanción de este organismo, sin que ello le impida imponer obligaciones de hacer o no hacer.

Por otra parte, el precepto sanciona, en nuestra opinión, la primacía en la intervención de la CMT. De ahí el sentido de la expresión “...cuando la CMT detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia ...”. Así, la CMT, que cuenta con información de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores, se encuentra en la situación más idónea para detectar las posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de las telecomunicaciones. Una vez detectadas, y según la naturaleza de la práctica anticompetitiva, la CMT debe decidir si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia o bien procede a la apertura de un expediente propio de adopción de medidas.

Este es el único esquema congruente y razonable de coordinación. Lo que plantea TELEFÓNICA es una interpretación irrazonable, por cuanto no responde a una filosofía de coordinación de ambos organismos, con mantenimiento de las funciones de uno y otro, sino a la supresión de la competencia que tiene reconocida explícitamente uno de ellos. De ahí que tenga sentido la previsión que contiene *in fine* la disposición adicional séptima, a cuyo tenor la comunicación que la CMT realice al Servicio de Defensa de la Competencia se produce “sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2. f) de la Ley 12/1997”. Si el deseo del legislador hubiera sido el de suprimir la función de la CMT, no tendría sentido aprobar una redacción como la que se está comentando.

Queda por clarificar la modificación introducida por la disposición adicional primera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC que da una nueva redacción a la letra f) del artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997. Dicho precepto queda redactado de la forma siguiente:

“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el 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”.

A estos efectos, la Comisión ejercerá las siguientes funciones²:

² La redacción anterior del apartado f) era la siguiente: “Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.º Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el "Boletín Oficial del Estado".

2.º Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

3.º Ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.

Las modificaciones que se introducen sobre la redacción anterior de la mencionada letra f) son las siguientes:

- Dentro de la descripción general de la función de adoptar medidas, que se mantiene, se suprime la indicación de que dichas medidas son "para salvaguardar la libre competencia". Se conserva el detalle particular de las medidas que la Comisión podría adoptar.
- Se mantiene la indicación de que la Comisión podrá dictar sobre las materias indicadas instrucciones dirigidas a las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.
- Se introduce una función consistente en poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

instrucciones para las entidades que operen en el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado».

Igualmente, la Comisión ejercerá la competencia de la Administración General del Estado para interpreta las cláusulas de los contratos concesionales que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se mantiene la función de interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia.

Como se desprende de estas modificaciones, los únicos cambios producidos se refieren a la supresión de la mención genérica de la razón por la que se pueden adoptar medidas, así como la introducción de una función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia.

Ahora bien, estas modificaciones no suponen una alteración de la función reconocida hasta la fecha en la letra f), dado que:

- la supresión de la mención genérica de la razón por la que la CMT puede adoptar medidas es lógica, dado que esta mención genérica está reconocida explícitamente en el Preámbulo y en el artículo 1.Dos 1. de la Ley 12/1997. En este sentido, es superfluo decir en la letra f) que las medidas que adopta la Comisión son para la salvaguarda de la libre competencia por cuanto obviamente para esta finalidad se adoptan, no para otra, dado que todas las funciones de la CMT, incluida la de la letra f), se otorgan a este organismo para el cumplimiento de su único objeto, cual es, se reitera, la salvaguarda de la libre competencia.
- 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, antes comentada. Prácticamente, el contenido del texto que ahora se introduce en la letra f), es idéntico al de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por ello, no puede hablarse en rigor de una modificación de la función reconocida en la letra f) del artículo 1.Dos. 2, sino de un retoque de la misma, cohonestando su redacción con la modificación producida de hecho, aunque no formalmente, con ocasión de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones. De este modo, queda ratificada la función de colaboración entre la CMT y los órganos de defensa de la Competencia, en el sentido que más arriba ha sido expuesto.

Lo que debe descartarse con rotundidad es una interpretación según la cual se retomaría la solución excluyente consistente en que los órganos horizontales de defensa de la Competencia serían los únicos competentes para adoptar medidas de salvaguarda de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo demás, no habría de considerarse el artículo 51.bis de la LDC como un límite a la posibilidad de actuación de esta Comisión en materia de defensa de la competencia. De conformidad con este artículo, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos regulados en la LDC en materia de defensa de la competencia, por la razón ya expuesta: la CMT ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en esa Ley, por cuanto su función es otra, tal y como se ha expuesto.

El análisis de un asunto a la luz de derecho de la competencia, constituiría por lo tanto 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 CMT de competencias concurrentes con los otros órganos de defensa de la competencia, no infringe ningún principio de legalidad ni de seguridad jurídica y está justificada tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que la Comisión ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones.³

Por otra parte, la misma Audiencia Nacional, mediante sentencia de 17 de octubre de 2000, tuvo la ocasión de pronunciarse ante la idéntica alegación de TELEFÓNICA de incompetencia de la Comisión en el caso *Cabitel* y lo hizo en los siguientes términos:

³ En su Fundamento de Derecho Cuarto afirma que el hecho de que pudiera existir una doble barrera o control administrativo por parte de órganos con competencias concurrentes, aunque debidamente coordinados, sobre todo en el ámbito sancionador, como prevé el art. 28.1 del RD 1994/1996 de 6 de septiembre no perjudica ni el interés ni el gasto público (art.31.2 y 103.1 de la CE), ni justificaría el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por infringir el principio de seguridad jurídica. Este principio constitucional no queda vulnerado en la medida que los justiciables tienen perfecto conocimiento de la normativa que han de respetar, y que viene marcada tanto por la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones como por la normativa general de defensa de la competencia.

En este sentido, dice el Tribunal que un precepto que otorga una potestad administrativa a un órgano administrativo en el marco de una Ley, respetando en consecuencia el principio de legalidad de su actuación marcado por el art. 9.3 de la CE nunca puede afectar el derecho de los usuarios y operadores del sector de ajustar sus comportamientos a la normativa de aplicación al caso, hallándose justificada su existencia tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones, y ello en la medida en que no existe dato en autos que permita deducir que por el hecho de existir dos órganos que desarrollan sus funciones de control de la libre competencia en la materia pueda existir una diferencia de trato o dar origen a situaciones jurídicas diferenciadas para los usuarios u operadores del sector cuando el propio Reglamento de la CMT trata de evitar en los preceptos indicados cualquier disfunción que pueda llegar a existir.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"Por su parte el artículo 69 de la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones determina que las funciones de la Comisión se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1997 de 24 de abril, antes transcrita en los aspectos ahora objeto de análisis, y que resulta obvio señalar se cohonestan con el objeto de la creación de la Comisión por el Real Decreto Ley 6/1996 de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones: la salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

En consecuencia, forzoso es deducir que la Comisión ha actuado en el ejercicio de las funciones que legalmente le son atribuidas, en concreto la adopción de una medida tendente a asegurar la competencia en el mercado, saliendo al paso de una práctica que pudiera integrar un obstáculo a la libre competencia, coherente con la normativa comunitaria tendente a velar por ella en los procesos de liberalización de las comunicaciones, en los que la existencia de operadores dominantes con vocación oligopólica respalda la existencia de organismos de control o vigilancia, y una política encaminada a la preservación del interés general ("ad exemplum, Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio y Comunicación de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, 98, C 265/02, de 22 de agosto)"

Abundando en la plena competencia para dictar resoluciones en salvaguarda de la libre competencia atribuida a la CMT en el apartado c) del artículo 1.Dos.2 (el cual no ha sido objeto de ninguna modificación legislativa), la Sentencia de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de febrero de 2001 ha confirmado la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus más amplios términos y así dice expresamente:

"Lo cierto, es que la literalidad del art. 1 del apartado Dos.2 c. no ofrece ninguna duda cuando contempla como función de la Comisión "Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas", y ello es consecuencia necesaria de los reflejado en la Exposición de motivos cuando afirma que la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de tales principios y de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido podemos afirmar la existencia de una voluntad clara y manifiesta del legislador de crear un órgano específico encargado de velar por el desarrollo de la libre competencia en un sector que se liberaliza."

Como consecuencia de todo lo anterior, debe concluirse que la CMT es plenamente competente, en virtud de las competencias a ella atribuidas por el artículo 1.Dos, apartados 1 y 2, de la Ley 12/1997, para analizar una conducta y resolver un procedimiento de conformidad con el Derecho de la Competencia.

SEGUNDO.- DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO INFOVÍA PLUS Y SITUACIÓN ACTUAL DEL MISMO.-

1.- DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO INFOVÍA PLUS.

El servicio sobre el cual se presenta la solicitud de intervención de RETEVISIÓN es el servicio InfoVía Plus, prestado por TDATA. Concretamente, la solicitud formulada requiere la intervención de esta Comisión con respecto a la modalidad gratuita que esta empresa ofrece a una calidad promocional, cual es el denominado InfoVía Plus 2000.

A continuación, se pasa a describir brevemente el servicio InfoVía Plus, en sus modelos Express, 2000 y Direct, sus definiciones, características, aplicaciones, al igual que sus ventajas para el PSI y empresas contratantes y para el cliente o usuario final de estos proveedores.

En concreto, el servicio InfoVía Plus (2000 y Express) consiste en un servicio mayorista prestado por TDATA que proporciona acceso conmutado a Internet a través de su Red IP a los PSIs y a las Empresas que lo contratan, para que éstos a su vez puedan ofrecérselo a sus clientes y usuarios finales que se conectan a Internet mediante redes de telecomunicación conmutadas: RTB, RDSI y GSM. Todo ello, sin necesidad de que el cliente del servicio InfoVía Plus (PSI o empresa) sea titular de infraestructura de telecomunicaciones alguna.

Este servicio se presta mediante dos modalidades comerciales diferenciadas: InfoVía Plus 2000 e InfoVía Plus Express.

- **InfoVía Plus 2000:** En esta modalidad, la prestación del servicio se realiza sin contraprestación económica entre las partes, y con una calidad definida como "promocional".
- **InfoVía Plus Express:** En este supuesto, se factura de acuerdo con una cuota fija mensual, que vendrá dada por el número máximo de conexiones simultáneas de usuario final que haya contratado el cliente, además de por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la mayor calidad de servicio elegida para cada una de las conexiones. Estas últimas, pueden corresponder a las categorías Estándar o Profesional.

Junto con estas diferentes condiciones económicas y técnicas que corresponde a las distintas modalidades del servicio InfoVía Plus, existe otra diferencia fundamental entre ellos, que consiste en la validación del usuario final que se conecta a Internet. En InfoVía Plus 2000 e InfoVía Plus Express, el cliente del servicio (PSI o empresa) tiene dos posibilidades de autenticación: En red, en la que es la propia red del operador de datos (Red IP) quien autentica al usuario final y el cliente quien —mediante la Aplicación de Gestión de Cliente— controla los usuarios finales que pueden conectarse. En este tipo de validación no se producirán pagos por el PSI cliente al operador de datos, al igual que no es necesario que el PSI cuente con ningún tipo de infraestructura específica para prestar el servicio. Y delegada, en la que es el propio PSI cliente quien autentica al usuario que se conecta; en este último caso, es imprescindible que el PSI tenga un host con el "software" de Radius para la autenticación, el cual se debe conectar a la Red IP mediante un Servicio Uno IP Básico, esto es, una conexión permanente a la red IP, que habrá de ser abonado adicionalmente. Por tanto, el PSI cliente en este caso debe realizar los pagos procedentes y contar con los equipos necesarios para ello (host con Radius).

Por otro lado, además del servicio de acceso a Internet propiamente dicho, debe tenerse en cuenta el coste constituido por el tráfico telefónico generado por el usuario final que se conecta. En éste, la tarificación de la llamada telefónica es metropolitana, independientemente del lugar de origen de la llamada, consecuencia clara de la alta capilaridad de la red telefónica básica empleada para ello. Para disfrutar de esta tarifa, es necesario que el PSI cliente se encuentre dentro del distrito de tarificación correspondiente a alguno de los 160 nodos de acceso a la Red IP de TDATA. En aquellos lugares donde no existe nodo, se accederá a InfoVía Plus a través de un número 901.

Junto con estas dos modalidades de InfoVía Plus, TDATA ofrece el servicio **InfoVía Plus Direct**. Este servicio permite a las empresas ofrecer a sus empleados acceso de forma segura a toda la información y los servicios de su Intranet o Red de Area Local (LAN). Este servicio, de acuerdo con los datos que aporta TDATA en este expediente, supone un porcentaje elevado de la totalidad del servicio InfoVía Plus tanto en tráfico como en ingresos⁴. Por tanto, si bien el servicio tiene una finalidad inicial de permitir acceso a Intranet de la corporación o empresa a la que pertenezca el usuario final, a partir de ahí se produce con carácter generalizado el acceso a Internet, siendo, en cierta forma, sustituto de las otras modalidades de InfoVía Plus. De esta forma, las

⁴ Aproximadamente, el 70% de los ingresos por cuotas recurrentes del servicio InfoVía provinieron de la modalidad InfoVía Plus Direct.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

características de este servicio se adecuan en cierto modo con el concepto básico de InfoVía Plus 2000 y Express, que se refiere al acceso conmutado a Internet.

Respecto a los datos más significativos de estos servicios, cabe destacar:

A. Tráfico cursado a través de los servicios Infovía Plus

Según TDATA, en el año 2001 se cursaron un total de 6.690 millones de minutos, lo que supuso una disminución con respecto a 2000 del 41,7%. A causa de esta disminución, la importancia de este producto para la conectividad a Internet se ha rebajado sensiblemente. Según el Informe Anual 2001, el volumen de tráfico total cursado por proveedores de Internet ascendió a 38.558 millones de minutos. Por tanto, el 17,35% del tráfico de acceso a Internet se cursó a través de PSI's que tenían contratada su conectividad a través del servicio analizado.

Estos datos contrastan con los del año 2000. Entonces, el tráfico cursado por TDATA gracias al servicio Infovía Plus ascendió a 11.475 millones de minutos. Dado que el tráfico total cursado para el acceso a Internet ascendió a 27.940 millones de minutos, este servicio suponía el 41% del tráfico total.

Los datos desagregados por semestres del 2001 muestran que la disminución en el tráfico fue más acusada durante el segundo semestre. Los minutos cursados disminuyeron desde 4.158 millones (primer semestre) a 2.532 millones en el segundo (-39,1%).

B. Ingresos de TDATA por el servicio Infovía Plus

Los ingresos reportados por el servicio Infovía Plus son los que se pueden apreciar en la tabla:

CONFIDENCIAL [

]

Como se observa, los ingresos obtenidos por cuotas del servicio⁵ se han reducido de forma sensible (más del 35%), mientras que se han incrementado de forma sustancial los ingresos por interconexión.

⁵ Las cuotas de los servicios Infovía Plus 2000 y Express y Directo no se han podido desagregar dado que en su último requerimiento, correspondiente al 2º semestre de 2001, la operadora no los ha aportado desagregados. En el ejercicio 2000, Infovía Plus Direct era el servicio que más aportaba a este capítulo, con más del 66% de los ingresos por cuotas recurrentes. Por su parte, el agregado de los servicios Infovía Plus 2000 y Express aportaban el 33% del total de las cuotas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.- SITUACIÓN ACTUAL DEL SERVICIO.

En la actualidad, el mercado que está siendo analizado cuenta con una importancia relativa, debido al volumen poco importante tanto de tráfico como de ingresos que supone.

De acuerdo a los datos aportados por TDATA el 22 de octubre de 2002, los clientes que habían contratado el servicio InfoVía Plus, en el año 2001, tanto PSI's como empresas, era de **CONFIDENCIAL** [].

En enero de 2003 el número de clientes de TDATA de este servicio era de **CONFIDENCIAL** [], de los cuales **CONFIDENCIAL** [] cursaban tráfico sobre la modalidad InfoVía Plus 2000.

En la misma fecha, TDATA estima en **CONFIDENCIAL** [] el número de PSI's virtuales que han utilizado el servicio InfoVía Plus 2000 bajo la modalidad gratuita (autenticación en la red de TDATA). En base a medidas puntuales de red, el tráfico cursado representa aproximadamente el **CONFIDENCIAL** [] sobre el total de InfoVía Plus.

De igual forma, el número de PSI's virtuales que han seguido la modalidad no gratuita (autenticación delegada en el domicilio del cliente) del servicio InfoVía Plus 2000, ha sido estimada en **CONFIDENCIAL** [], cursando aproximadamente el **CONFIDENCIAL** [] del tráfico total de InfoVía Plus. Por tanto, **CONFIDENCIAL** [] PSIs hacían uso de ambas modalidades del servicio InfoVía Plus 2000.

No obstante, debe tenerse en cuenta que recientemente, las distintas modalidades de InfoVía Plus ya no se comercializan por TDATA, manteniéndose exclusivamente para aquellos clientes que ya tenían contratado el servicio y deseen mantenerlo.

Efectivamente, el 19 de febrero de 2003, TDATA lanzó el Nuevo Servicio de Conectividad Internet InfoVía Plus. El servicio se configura mediante la combinación de la Modalidad de Acceso (que permiten la introducción de bonos, tarifas planas, etc), la Clase de Acceso y el Tipo de Configuración.

Como aspectos a resaltar, el cliente contrata Puertas de Acceso (infraestructura) a través de la cual establece la concentración de usuarios. Todas las modalidades del actual InfoVía Plus tienen un coste para el cliente (PSI) al menos proporcional al número de Puertas de Acceso contratadas, no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existiendo, en consecuencia, ninguna modalidad gratuita. El servicio unifica la estructura de precios, conceptos y modalidades de facturación.

El solicitante, AUNA, aporta unos escasos datos sobre el tráfico de su servicio para PSI's virtuales en el año 2002, considerando que se ha producido un crecimiento del mismo respecto del año 2001 del 200%, al considerar que **CONFIDENCIAL** [], uno de sus clientes más importantes, ha sido absorbido por Eresmas. El tráfico del año 2002 asciende a cerca de 67 millones de minutos.

TERCERO.- DELIMITACIÓN DEL MERCADO DE REFERENCIA

Como elemento previo, resulta fundamental la identificación del mercado de referencia con objeto de llevar a cabo el pertinente análisis sobre la eventual posición de dominio de TDATA, así como, en su caso, de la existencia de prácticas anticompetitivas en el mismo.

Este mercado de referencia se definirá desde la doble óptica del **mercado relevante del producto y geográfico**.

Tal y como recoge el documento de la Comisión Europea aprobado el 8 de julio de 2002 de "Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03)" (en adelante, "Directrices"), según *"jurisprudencia consolidada, el **mercado de productos** o servicios de referencia 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, sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la demanda en el mercado de que se trate"*.

Por tanto, la determinación del mercado relevante del producto se hará en función de la sustituibilidad de la demanda y de la oferta en el mismo.

De acuerdo con la descripción del servicio Infovía Plus, el producto del que se parte para realizar este análisis es el acceso a Internet desde la red telefónica pública conmutada, en el que el cliente que lo contrata es un PSI que carece de infraestructura propia para prestar ese servicio. Así, el mercado de referencia debería incluir inicialmente todos los productos que los operadores de datos ofertan a estos "PSIs virtuales" para que, a través de la propia infraestructura del operador, realicen las actividades necesarias para el transporte de los datos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este análisis es el siguiente:

1. Desde la perspectiva de la **intercambiabilidad de la demanda**⁶, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 102/77 (*Hoffmann-La Roche vs. Comisión*), ya señaló que *"El concepto de mercado relevante implica de hecho que puede haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo y ello presupone que hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos"*.

Como señalan las Directrices en su apartado 49, mediante la intercambiabilidad de la demanda se pretende *determinar los productos o las gamas de productos intercambiables que los consumidores podrían pasar fácilmente a adquirir en el caso de un incremento relativo de precios del producto en cuestión*.

En primer lugar, se va a analizar la posible sustituibilidad de los productos ofrecidos en este mercado de referencia y los ofertados por el operador de datos a la generalidad de los PSI's que, a diferencia de los "PSI virtuales", cuentan con infraestructura propia para prestar el servicio de acceso a Internet. Posteriormente, se procederá a dilucidar la existencia, o no, dentro de los productos que componen el mercado de referencia, de posibles mercados diferenciados en función de las distintas calidades y tarifas de los servicios.

En lo referente al primero de los aspectos presentados, hay que tener en cuenta que la primera fuente de competencia a la que se enfrenta un producto como Infovía Plus son los productos dirigidos a PSI's que cuentan con infraestructura propia. Estos distintos tipos de productos van encaminados básicamente a dos tipos de proveedores de acceso a Internet, con infraestructuras, finalidades y planes de negocio claramente diferenciados. Por tanto, para determinar en qué medida estos productos son sustitutos entre sí, es necesario tener en cuenta los diferentes tipos de clientes que pueden contratarlos.

Así, frente a los PSI's que cuentan con infraestructura propia, existe un número muy elevado de empresas que prestan servicios de acceso a Internet a sus clientes, pero que no disponen de apenas infraestructura propia para ello. Esto es posible gracias a productos como Infovía Plus, en virtud de los cuales, los operadores con infraestructura de red son los que soportan la prestación del servicio de acceso a Internet que estas empresas

⁶ Consumidores dispuestos a sustituir el producto en cuestión por otros productos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

proporcionan a su vez a los clientes finales, que son los usuarios que acceden a Internet.

En muchas ocasiones, la actividad principal de negocio de estas empresas y PSI's no es en sí la provisión de este servicio a sus clientes. Así, es muy frecuente que se dediquen a actividades que no guardan ninguna relación con la provisión de estos servicios (banca, colegios profesionales o asociaciones entre otros). Por ello, el operador de datos que presta este tipo de servicios, se dirige a cualquier tipo de empresa o institución que esté interesada en ofrecer acceso a Internet como complemento a su oferta de servicios. De hecho, este tipo de empresas añaden poco valor al mercado minorista de acceso a Internet. Por tanto, en caso de que estos PSI's virtuales se quisieran dedicar sólo a esta actividad, el propio mercado les ofrecería pocas garantías para su supervivencia a medio plazo.

Teniendo en cuenta estos aspectos, se puede comprobar la diferencia existente en los planes de negocio de los dos tipos de PSI's, al igual que su distinto posicionamiento estratégico en el mercado. El PSI virtual, al cual va dirigido el producto de referencia—Infovía Plus— pretende proveer el acceso a Internet subcontratando la prestación del servicio con otros operadores de transmisión de datos y acceso a Internet. Sin embargo, los PSI's que han invertido en infraestructura, centrados completamente en el negocio de acceso a Internet y ocasionalmente integrados con un operador de datos, normalmente pretenden migrar hacia servicios cada vez más sofisticados, que les permitan la captación de usuarios finales mediante una estrategia de diferenciación.

En conclusión, los consumidores de los productos mayoristas empaquetados para la conectividad a Internet no perciben como sustitutos el mero alquiler de partes de su red, ya que, en ese caso, deberían realizar inversiones en infraestructuras específicas para ello. Dado que se trata de entidades que tienen como objeto social actividades totalmente independientes a la prestación de servicios de Internet, es muy poco probable que estén dispuestas a abordar dichas inversiones en elementos de red y equipos específicos para prestar tales servicios.

Por tanto, ante las características diferenciales de los productos analizados, no puede hablarse de productos sustituibles en razón de la satisfacción de la misma necesidad del cliente.

Una vez delimitada la falta de sustituibilidad en la demanda de los distintos tipos de productos para proporcionar el acceso a Internet a los usuarios finales, debe también considerarse los distintos productos ofrecidos a estos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“PSI’s virtuales” y la posibilidad de que constituyan mercados independientes.

La existencia de diferentes relaciones entre calidad de servicio y precios dentro de los productos ofertados es lo que podría inducir a un PSI a contratar un producto u otro en función de sus necesidades concretas.

En efecto, si se distinguiesen dentro de ellos distintas gamas en razón de prestaciones distintas que no fuesen sustituibles desde el punto de vista del cliente que los contrata (PSI virtual), no podría hablarse de un solo mercado de referencia que los abarcase a todos.

Abundando en este punto, las Directrices, en su apartado 46, señalan que *“(...) desde el punto de vista de la demanda, no es necesario que [los productos] se ofrezcan al mismo precio. Un producto o servicio de baja calidad vendidos a un precio bajo podrían ser sustitutos eficaces de un producto de calidad superior vendido a un precio superior.”* En la nota a este apartado (nota 34), se señala como ejemplo que *“en el caso de un incremento relativo del precio, los consumidores de un servicio de bajo precio y baja calidad podrían pasarse a un servicio de calidad y precio superiores si el coste que ello supone (el sobreprecio) queda compensado por el incremento del precio. A la inversa, los consumidores de un producto de calidad superior podrían dejar de aceptar el sobreprecio y pasarse a un servicio de calidad inferior. En tales casos, los productos de alta y baja calidad podrían ser efectivamente intercambiables.”* Por tanto, lo relevante en la demanda no es el precio del producto, sino la relación calidad/precio.

En los distintos productos que se están analizando en este expediente, estas consideraciones legales se cumplen en su totalidad. TDATA es el único operador de datos que ofrece un servicio mayorista de acceso a Internet con carácter gratuito. El resto de operadores prestan servicios con unas determinadas tarifas en función de las calidades ofertadas. Por tanto, cuanto menor calidad tenga el producto, el precio a pagar por él será menor (incluso gratuito en el caso de InfoVía Plus 2000), ya que lo relevante para el cliente que contrata es la relación entre calidad y precio del servicio.

De hecho, TDATA, pese a que en la información aportada a este expediente —al igual que hace en su página web— no delimita con claridad la calidad de estos productos, reconoce el carácter promocional de su producto gratuito (InfoVía Plus 2000), buscando así incentivar la prueba del servicio con el fin de obtener después la migración de los clientes a productos con una mayor calidad y por tanto con un mejor precio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De igual manera, en el momento que los precios de uno de estos productos suban, el cliente podrá migrar a otro producto que, normalmente, tendrá una calidad superior. Los precios y las calidades de todos estos productos, por otro lado, no presentan diferencias muy elevadas entre sí, ya que todos van encaminados a unos PSI's que buscan precios reducidos y para los que la calidad no es la finalidad primordial.

Así, cabe concluir que la gratuidad o el pago en productos con diferentes calidades no son motivos que determinen la existencia de distintos mercados. Esto es, todos los PSI's que carecen de infraestructura contratan el servicio de acceso a Internet externalizando la provisión del mismo en el operador de datos con el que contratan. Dentro de este servicio, se pueden presentar distintas calidades y por tanto, distintos precios, incluso productos que con calidades bajas se ofrezcan, con carácter promocional, de forma gratuita. Si los PSI's contratantes de ese producto deciden mejorar la calidad de su servicio, podrán contratar productos con mayor calidad y por tanto, con precios más elevados.

En definitiva, la finalidad del servicio no se ve alterada por esos distintos precios y calidades por los que se puede mover el cliente. La sustituibilidad de todos estos productos aparece clara, dado que todos están encaminados a cubrir la misma necesidad específica del cliente, esto es, el arrendamiento de la totalidad o la mayoría de los elementos técnicos y de red necesarios para proporcionar acceso a Internet a usuarios finales.

De esta forma, y de acuerdo con el apartado 44 de las Directrices, esta relación entre el operador de datos y los "PSI's virtuales" constituye un único mercado al "agrupar productos o servicios utilizados por los consumidores para los mismos fines (uso final)."

2. En cuanto a la **intercambiabilidad de la oferta**, las Directrices indican que consiste en evaluar si *"(...) unos proveedores distintos de los que ofrecen los productos o servicios en cuestión, cambiarían ante un incremento relativo de los precios inmediatamente o a corto plazo su línea de producción para ofrecer esos productos o servicios sin costes adicionales significativos"*.

Los oferentes del producto están claramente delimitados, esto es, los operadores de datos que cuentan con la infraestructura suficiente para permitir que el PSI pueda, a través de la misma, proveer su servicio de acceso a Internet a usuarios finales. No obstante, en las Directrices se considera que *"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 un plazo razonable (...)"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con estas consideraciones, se plantea la cuestión de si los PSIs que cuentan con infraestructura son incluibles en este mercado. Es decir, si ante un incremento del precio de estos servicios de acceso mayorista a Internet, los PSI's con infraestructuras ofertarán un producto similar al de Infovía para cubrir esas mismas necesidades de los clientes. Si este fuera el caso y tuvieran la capacidad de hacerlo en un plazo corto de tiempo y sin importantes costes hundidos, se deberían incluir en el mercado relevante.

Sin embargo, en lo referente a estos PSI's, sus ofertas no han de tomarse como sustituibles a las de un operador de datos. Su posicionamiento en la cadena de valor hace que, además de poder ofrecer estos productos en el mercado mayorista, sean a su vez oferentes en el mercado minorista de provisión de acceso a Internet a usuarios finales. La oferta de estos productos en el mercado mayorista aumentaría la competencia en el mercado minorista de acceso a Internet donde ellos también compiten. De ahí que, probablemente, estos proveedores de acceso a Internet no se encuentren incentivados económicamente a ofrecer productos con las mismas características a los ofertados por el operador de datos en el mercado de referencia. Por tanto, cabe estimar que la probabilidad de entrada en este mercado de los PSI's con infraestructuras es reducida y no constituyen un sustituto de la oferta existente.

De todo lo expuesto, cabe concluir que el **mercado de referencia afectado es el mercado mayorista de acceso conmutado a Internet en el que los proveedores de acceso a Internet o las empresas que carecen de infraestructura suficiente para prestar ese servicio a sus usuarios finales externalizan en los operadores de datos todas o gran parte de las tareas necesarias para dicha provisión a dichos usuarios finales.**

Una vez delimitado el producto del mercado de referencia, resulta necesario definir la **dimensión geográfica** del mismo. A este respecto, tanto las Directrices como la Comunicación de Acceso de la Comisión Europea señalan que el ámbito geográfico de un cierto mercado de referencia comprende el área territorial en la cual las empresas afectadas participan en la oferta y la demanda de los productos o servicios pertinentes, siendo en ella las condiciones de competencia similares o suficientemente homogéneas y que puede asimismo distinguirse de las zonas vecinas en cuanto a que las condiciones de la competencia son apreciablemente distintas.

En el presente caso, el ámbito geográfico del mercado de referencia es el nacional, puesto que no cabe determinar un ámbito inferior a éste en que *las condiciones de la competencia aplicables a los servicios sean distintas para*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*todos los operadores presentes en el mercado y delimiten un área inferior suficientemente homogénea.*⁷

Dos son los aspectos básicos a tener en cuenta: la cobertura de la red explotada por el operador de datos y la uniformidad de la regulación aplicable a estos servicios.

Los operadores de datos disponen de una red conectada a Internet que utiliza el protocolo TCP/IP, y en función de la capilaridad de la misma, dispone de un mayor o menor número de nodos de acceso por toda la geografía nacional a través de los cuales los usuarios pueden acceder a sus servicios mediante diversos tipos de líneas de comunicación de forma conmutada. Independientemente de la mayor o menor capilaridad de la red, ésta cuenta con nodos a lo largo de todo el territorio nacional buscando la cobertura en todo aquel sitio en el que sus infraestructuras se lo permitan.

De igual forma, la regulación de los distintos elementos que constituyen este mercado es única en todo el territorio nacional. Transmisión de datos, acceso a Internet o interconexión serían varios de estos aspectos relevantes.

Todo lo anterior sustenta la afirmación de que el **ámbito geográfico del mercado de referencia corresponde con la totalidad del territorio nacional.**

CUARTO.- ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE TDATA EN EL MERCADO DE REFERENCIA

La Comisión Europea define posición de dominio como *“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”*⁸. En el mismo documento se enumeran toda una serie de criterios encaminados a evaluar la independencia económica de la empresa en cuestión en el mercado de referencia.

A.- Competidores en el mercado

Delimitado el mercado de referencia tanto desde el punto de vista del producto como de su ámbito geográfico, se han de tener en cuenta los operadores más representativos que ofrecen servicios similares.

⁷ Asunto 27/76 United Brands Co. (1978)

⁸ Ver Directrices, apartado 70.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y es que además de TDATA mediante su servicio InfoVía Plus, otros operadores de datos ofrecen servicios similares a estos “PSI’s virtuales”, ofreciendo servicios de acceso a Internet a clientes o asociaciones que no disponen, en absoluto o prácticamente, de infraestructura para la provisión de dicho servicio a usuarios finales. Entre estos operadores, cabe destacar algunos como RETEVISIÓN (en la actualidad AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A.), UNI2 y BT Ignite.

RETEVISIÓN presta el servicio “PSI virtual” a empresas que deseen ofrecer acceso a Internet a su cartera de clientes sin que para ello se requiera que tengan ningún tipo de infraestructura. RETEVISIÓN posibilita que la empresa delegue todas las tareas en ella, desde la propia elaboración de los CD-ROMs de conexión y su empaquetamiento hasta la provisión de cuentas de correo o foros de discusión.

De igual forma, UNI2 proporciona a través del “Servicio Marca Blanca PSI” una solución completa de conectividad a Internet y servicios asociados a todas aquellas empresas que no desean disponer de ningún tipo de infraestructura para proveer estos servicios poniendo a su disposición su centro de proceso de datos, sus servidores y su red de acceso.

En cuanto a BT, presta un servicio con características similares al anterior, denominado “Servicio Marca Blanca”.

Todos ellos ofrecen estos servicios con distintas calidades que podrán ser contratadas por PSI’s o empresas en función de las necesidades que presenten los usuarios finales que acceden a Internet.

Por tanto, los servicios “Marca Blanca PSI” de UNI2, “PSI Virtual” de RETEVISIÓN y “Marca Blanca” de BT son servicios equiparables a InfoVía Plus. Todos estos servicios están a su vez compuestos de un conjunto de prestaciones similares en todos los casos con respecto a su funcionalidad:

- Validación de los usuarios.
- Variedad de calidades de acceso a Internet.
- Suministro de cuentas de correo.
- Configuración y soporte a usuarios del servicio de acceso a Internet y de servicios complementarios.
- Suministro del software necesario para la provisión de los servicios.
- Provisión de Informes de Gestión del servicio.

B.- Posición de TDATA en el mercado:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El primer indicador a analizar es la cuota de mercado, teniendo no obstante en cuenta que una cuota elevada no implicaría per se una posición de dominio en el mercado de referencia considerado.

El primer elemento para confeccionar la cuota de mercado es el método relevante para medir las dimensiones del mercado de referencia. En el supuesto que está siendo analizado, la facturación bruta del servicio no se ha considerado adecuada, dado que parte del servicio InfoVía es gratuito. Por tanto, el poder de mercado de TDATA quedaría minusvalorado por esta medida, ya que no tomaría en consideración la importancia de la totalidad del servicio InfoVía.

Otro parámetro utilizado generalmente es el número de clientes. En este caso, tampoco parece apropiado emplearlo, dado que no es una medida homogénea (los clientes son los PSI, cada uno de ellos con diferente número de usuarios finales adscritos).

Así, el criterio que parece más adecuado para medir las dimensiones del mercado es el tráfico cursado por cada uno de los operadores de transmisión de datos por los servicios mayoristas de acceso a Internet que se incluyen dentro del mercado de referencia.

Con este criterio, de acuerdo con los datos aportados por los operadores en este expediente, las cuotas de mercado de los operadores son las siguientes:

- | | |
|--------------------|--------------------|
| – TDATA | más del 90% |
| – RETEVISIÓN | más del 2% |
| – BT Ignite y UNI2 | poco significativa |

Por otra parte, y tal como señala el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) en la Sentencia *United Brands*⁹, la cuota de mercado, aún siendo un indicador de la posición de dominio del operador, no debe ser el único parámetro a considerar.

No obstante, en este supuesto, la gran diferencia entre las cuotas de mercado de TDATA y la del segundo competidor, RETEVISIÓN, pareciera un elemento definitivo para la determinación de la dominancia de TDATA.

Además de este criterio, conviene analizar otros factores adicionales de cara a determinar la posición de dominio de TDATA en este mercado¹⁰:

⁹ Resolución de 14 de febrero de 1978.

¹⁰ Ver Directrices, apartado 78.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Envergadura total de la empresa: TDATA facturó en el año 2001 un total de 920,18 millones de euros, esto es, la quinta empresa por facturación de las presentes en el conjunto del Sector de las Telecomunicaciones¹¹.
- Recursos de producción: La capilaridad de la red de datos de TDATA le otorga ventajas competitivas con respecto a sus competidores. Esta Comisión consideró en su Resolución de 17 de octubre de 2002 *“este operador dispone de una capilaridad de la red única en el mercado, lo que implica una menor distancia media de los nodos a los clientes finales que le permite aplicar precios inferiores a sus clientes”*.
- Integración vertical: TDATA está participada en un 100% por el Grupo Telefónica, grupo que integra verticalmente todas las actividades necesarias para la provisión de los servicios analizados en el contexto de este expediente, esto es, servicio telefónico fijo, transmisión de datos y circuitos alquilados.
- Economías de escala y de alcance. El hecho de que TDATA pertenezca a un grupo que integra gran cantidad de actividades de telecomunicaciones, ofrece ventajas a esta operadora a la hora de presentar soluciones integradas, con su consecuente reducción de costes unitarios. Por otra parte, el hecho de ser la operadora principal tanto en el mercado de transmisión de datos global como en el mercado de referencia le dan ventajas en costes derivadas de las economías de escala en que incurre.

A las anteriores consideraciones, se debe añadir que el mercado de referencia presenta barreras a la entrada. Así, el apartado 80 de las Directrices señala que *“[l]a afirmación de la existencia de una posición dominante también depende de la evaluación de la facilidad para acceder al mercado. De hecho, la ausencia de barreras de acceso actúa, en principio, como elemento disuasorio de un comportamiento anticompetitivo independiente por parte de una empresa con una cuota de mercado significativa.”* Concretamente, en este mismo apartado, la Comisión considera que existen barreras a la entrada *“cuando el acceso al mercado pertinente requiere de amplias inversiones”*.

Este parece ser el caso del mercado de referencia afectado, ya que la eficiencia en la prestación de los servicios mayoristas de acceso a Internet requieren del despliegue, por parte de los operadores de datos, de una red IP con una cierta capilaridad. Este grado de capilaridad con el que ya cuenta esta Red IP de TDATA posibilita que se abaraten las llamadas que los clientes que acceden vía la red telefónica conmutada realizan a los puntos de acceso de esta red.

¹¹ Fuente: Informe Anual 2001 de la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los operadores entrantes han tenido progresivamente que ir haciendo este despliegue para poder ofrecer unos servicios similares lo que, pese a las argumentaciones de TDATA, provoca altas inversiones que no todos los operadores de transmisión de datos pueden afrontar. Todos estos costes fijos provocan que el operador líder goce de importantes economías de escala en el mercado (la red del operador líder en el mercado global de transmisión de datos enfrenta unos costes unitarios menores que los de un entrante).

En este punto merece la pena resaltar que las barreras a la entrada en este sector son sensiblemente diferentes para los operadores que prestan, junto con el servicio que está siendo analizado, otros servicios de transmisión de datos de los que no. Se producen sinergias importantes entre la prestación de los servicios generales de transmisión de datos y la conectividad mayorista a Internet. Por tanto, las barreras antes señaladas como la creación de una red IP con la suficiente capilaridad es una barrera para los operadores que no prestan ningún servicio de transmisión de datos pero sí pertenecen al mercado de conectividad mayorista a Internet.

Por tanto, debería considerarse como competencia potencial a todos los operadores que están presentes en el mercado de transmisión de datos. Ahora bien, para requerir información y así determinar la cuota de mercado de los operadores en el mercado de conectividad mayorista de acceso a Internet, esta Comisión se basó en los operadores incluidos en el Informe Anual 2001 dentro del mercado de transmisión de datos. Todos ellos aportaron información sobre el servicio de conectividad a Internet. Por tanto, no hay operadores adicionales, en competencia potencial que no enfrenten barreras a la entrada.

A estas barreras derivadas de la producción del servicio se deben añadir los costes de cambio de proveedor que enfrenta la demanda derivados del cambio de configuración de los equipos informáticos. Esta Comisión estima, según la Resolución de 10 de octubre de 2002¹², que *“los costes del cambio de numeración (...), afectarían de forma especialmente negativa a los pequeños PSI, pudiendo expulsar del mercado a muchos de ellos”*.

Por consiguiente, un operador entrante en el mercado de referencia deberá mejorar su oferta con el fin de compensar a los PSIs por estos costes de cambio, hecho que supone, sin duda, una barrera a la entrada.

Los factores anteriores reducen la posibilidad de entrada y la competencia potencial, hecho que incrementa el peso en el mercado de una empresa¹³.

¹² Resolución que pone fin al trámite de información previa relativo al análisis de la situación actual del proceso migratorio a la numeración específica de acceso a Internet.

¹³ Asunto Decca Navigator System de 21 de diciembre de 1988.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por las anteriores consideraciones, esta Comisión estima que TDATA ostenta una posición de dominio en el mercado de referencia.

QUINTO.- ANÁLISIS DE LAS POSIBLES CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE TDATA EN EL MERCADO DE REFERENCIA.-

En opinión del solicitante, TDATA podría haber incurrido en conductas de abuso de posición de dominio al prestar el servicio InfoVía Plus 2000 con carácter gratuito, lo que considera que supondría unos costes superiores a los ingresos obtenidos por el servicio, dando lugar a posibles prácticas de subvenciones cruzadas y precios predatorios por parte del operador dominante.

Esto es, según RETEVISIÓN, TDATA estaría subvencionando a través de TELEFÓNICA un servicio en el que se puede permitir unos precios inferiores a los costes, es decir, unos precios predatorios con los que expulsar a los posibles competidores o impedir la entrada de nuevos operadores en el mercado.

La Comisión Europea, en sus Directrices, cataloga como conductas que pueden ser abusivas y, en consecuencia, prohibidas por el artículo 82 del TCE, las subvenciones cruzadas entre productos o mercados geográficos distintos.

Más concretamente, en los apartados 102 y 103 de las “Directrices de la Comisión para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones” del 6 de septiembre de 1991, el Ejecutivo Comunitario entiende que, bajo determinadas circunstancias, las subvenciones cruzadas pueden conducir a la fijación de precios predatorios y restricciones de la libre competencia. En ese caso, un operador podría presentar ofertas más ventajosas que las de sus competidores por medios artificiales y no gracias a una mayor eficiencia y rentabilidad de sus operaciones.

En la cadena de valor que constituye la prestación del servicio mayorista de acceso a Internet a PSI's virtuales y empresas carentes de la infraestructura necesaria, la relación entre el operador telefónico de acceso y el operador de datos supone el primer punto de referencia. Para el supuesto que nos ocupa, el tráfico de acceso a Internet, tal y como informa TDATA, se inicia en la red telefónica básica de TELEFÓNICA, interconectándose con la red telefónica del operador de datos (TDATA en este caso). Una vez dentro de esta red, a través de un Servidor de Acceso Remoto (RAS) que la conecta con la red IP de este operador, la señal deberá pasar al siguiente estadio, que es la conexión entre este operador de datos y el proveedor de acceso a Internet con mayor o menor infraestructura.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta interconexión de terminación entre la red telefónica de acceso y la del operador de datos se produce a través de distintos Pdl's localizados a lo largo de la geografía española y que se rigen por el Acuerdo General de Interconexión firmado entre los dos operadores.

Si bien esta situación conforme a Derecho es la que se ha venido produciendo en la prestación del servicio InfoVía Plus, no se ha podido comprobar, a partir de la información obtenida, que se produjera en el momento de la apertura del expediente. La causa fundamental es que la numeración asociada a este servicio estaba asignada a TELEFÓNICA y no a TDATA. Por tanto, parece en principio, que no se desarrollaba la figura de la interconexión entre redes al producirse tanto la llamada como la terminación de la misma en la red del mismo operador.

De conformidad con la solicitud de información presentada por RETEVISIÓN, se ha de analizar la posible existencia de **precios predatorios** por parte de TDATA en el mercado relevante definido.

En general, se considera que un precio es predatorio si está por debajo de los costes medios variables de la empresa dominante o si está entre los costes medios variables y los costes medios totales y es parte de un plan deliberado para expulsar a competidores del mercado¹⁴. Con la aplicación de precios predatorios el operador incurre en pérdidas en el corto plazo con el fin de impedir la entrada de competidores o eliminar competidores del mercado y con el objeto último de aumentar su poder de mercado e incrementar los beneficios futuros cuando la competencia esté debilitada.

Centrándonos en el servicio InfoVía Plus de TDATA, cabe reiterar que su modalidad InfoVía Plus 2000 ofrece el acceso mayorista a Internet con carácter gratuito para los PSI's y las empresas que lo contraten, lo que podría inducir a pensar en la existencia de precios predatorios.

Sin embargo, han de tenerse en cuenta dos consideraciones básicas: En primer lugar, y como ya se ha señalado, los ingresos de los operadores de datos no se obtienen exclusivamente del pago realizado por el PSI a consecuencia del alquiler de las líneas de datos, sino también de la interconexión entre las dos líneas telefónicas.

Junto con esto, no se puede olvidar que el mercado de referencia de este expediente es el de la totalidad de los servicios mayoristas de acceso a Internet para los PSI's que no cuenten con infraestructura necesaria para ofrecer el servicio a los usuarios finales. Por tanto, los ingresos y costes que han de ser

¹⁴ Sentencia de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86 Akzo vs. Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tenidos en cuenta son los del conjunto de servicios de TDATA en este mercado (InfoVía Plus 2000, InfoVía Plus Express e InfoVía Plus Direct), y no solamente el del servicio gratuito.

Por consiguiente, que una de las modalidades del servicio InfoVía Plus se preste con carácter gratuito en uno de los conceptos de sus ingresos (el precio que hayan que pagar los PSI's y empresas que lo contraten) no trae, como consecuencia necesaria la existencia de precios predatorios para la totalidad del servicio.

Teniendo en cuenta todos estos aspectos, y a modo de contestación a las distintas alegaciones realizadas por los interesados en el trámite de audiencia, se ofrece el **análisis de los datos aportados por TDATA** en la tramitación del expediente. Cómo ya se ha considerado anteriormente, los datos del expediente son, básicamente:

C. Tráfico cursado a través de los servicios InfoVía Plus

Según TDATA, en el año 2001 se cursaron un total de 6.690 millones de minutos, lo que supuso una disminución con respecto a 2000 del 41,7%. A causa de esta disminución, la importancia de este producto para la conectividad a Internet se ha rebajado sensiblemente. Según el Informe Anual 2001, el volumen de tráfico total cursado por proveedores de Internet ascendió a 38.558 millones de minutos. Por tanto, el 17,35% del tráfico de acceso a Internet se cursó a través de PSI que tenían contratada su conectividad a través del servicio analizado.

Estos datos contrastan con los del año 2000. Entonces, el tráfico cursado por TDATA gracias al servicio InfoVía Plus ascendió a 11.475 millones de minutos. Dado que el tráfico total cursado para el acceso a Internet ascendió a 27.940 millones de minutos, este servicio suponía el 41% del tráfico total.

Los datos desagregados por semestres del 2001 muestran que la disminución en el tráfico fue más acusada durante el segundo semestre. Los minutos cursados disminuyeron desde 4.158 millones (primer semestre) a 2.532 millones en el segundo (-39,1%).

D. Ingresos de TDATA por el servicio InfoVía Plus

A través de los diferentes requerimientos remitidos a TDATA, esta Comisión ha recopilado los siguientes datos sobre los ingresos reportados por el servicio InfoVía Plus (ver tabla): **CONFIDENCIAL** [



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

]

Como se observa, los ingresos obtenidos por cuotas del servicio¹⁵ se han reducido de forma sensible (más del 35%), mientras que se han incrementado de forma sustancial los ingresos por interconexión.

De esta afirmación, se puede deducir que la disminución del tráfico cursado a través de Infovía Plus ha debido ser causada por la disminución del número de PSIs adscritos, consecuencia de la pérdida relativa de la importancia de los ingresos por cuotas sobre los ingresos totales. Las cuotas han pasado de suponer el 58% de los ingresos totales a únicamente el 31%.

De ahí cabe concluir, que el modelo de negocio de Infovía Plus no se basa en la migración de PSIs desde la modalidad gratuita (calidad promocional) a otras no gratuitas. Por tanto, a la luz de los datos disponibles, se concluye que el análisis de la viabilidad del servicio InfoVía Plus se ha de realizar de acuerdo a las condiciones actuales, dado que no se comprueba que los clientes adscritos a la modalidad promocional tengan incentivos a migrar a modalidades de mayor calidad pero con precios positivos.

Por otra parte, cabe destacar el crecimiento de los ingresos por interconexión, que se han incrementado en más de un 95% y pasan a representar un 69% del total. Es importante destacar esta evolución dado que contrasta con la evolución del tráfico, que como se ha comentado anteriormente, ha caído en un 41%. Este hecho ha motivado que el ingreso medio del minuto por interconexión se haya incrementado en más de un 235%.

TDATA ha clarificado en las alegaciones al trámite de audiencia los datos sobre los ingresos por interconexión, justificando su incremento *“al cambio del modelo de negocio inicial en que el tráfico originado en la red de Telefónica de España se cursó a través de primarios, (y que por tanto no daba derecho a percibir ingresos en concepto de interconexión), al modelo de interconexión por terminación, no se completó **CONFIDENCIAL** []”*. Así, la progresiva migración provoca que TDATA perciba ingresos por terminación de una proporción cada vez mayor del tráfico cursado por el servicio Infovía. Esta dinámica justifica el incremento tan importante que se ha producido en los ingresos de interconexión durante el año 2001.

¹⁵ Las cuotas de los servicios Infovía Plus 2000 y Express y Directo no se han podido desagregar dado que en su último requerimiento, correspondiente al 2º semestre de 2001, la operadora no los ha aportado desagregados. En el ejercicio 2000, Infovía Plus Direct era el servicio que más aportaba a este capítulo, con más del 66% de los ingresos por cuotas recurrentes. Por su parte, el agregado de los servicios Infovía Plus 2000 y Express aportaban el 33% del total de las cuotas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

E. Costes de TDATA por el servicio Infovía Plus

En la siguiente tabla, teniendo en cuenta la información aportada por TDATA tanto en la tramitación del expediente como en las alegaciones del trámite de audiencia, esta Comisión ha analizado la estructura de costes del servicio Infovía Plus para los ejercicios 2000 y 2001. En primer lugar cabe poner de manifiesto que la desagregación de los datos referentes a tráfico inducido para el ejercicio 2001 no es homogénea con la del resto de semestres. Por este motivo, esta Comisión se ha visto obligada a realizar los siguientes supuestos con el fin de hacer comparable la información:

- Costes operativos. Dentro de este capítulo se engloban los siguientes costes: alquiler de circuitos y costes de red¹⁶.
- Marketing. Este concepto se ha mantenido invariable en ambos requerimientos.
- Otros. Se han agregado otros costes variables y otros costes.

La tabla siguiente muestra la evolución de los mismos durante dichos ejercicios: **CONFIDENCIAL**

]

Se observa una importante reducción de los costes salvo para el caso de los costes de marketing. Esta reducción de los costes es en muchos casos superior a la reducción que se ha producido en el tráfico. Este hecho es sorprendente para el caso de los costes operativos, que como se ha comprobado son en algunas partidas independientes del tráfico. Por otra parte, a la luz de los datos es relevante poner de manifiesto la reducción de los pagos medios por tráfico inducido. La reducción de los costes por tráfico inducido ha sido superior a la reducción del tráfico, lo que ha provocado una disminución de la remuneración media por tráfico inducido. Estas disminuciones ascienden al 31% entre el año 2000 y 2001. Junto con ello, se vuelve a presentar la incongruente reducción en los pagos por tráfico inducido de TDATA a diferencia del aumento de sus ingresos por interconexión.

En cualquier caso, TDATA no aporta ninguna justificación, en términos cuantitativos ni cualitativos, que expliquen por qué el tráfico cursado ha disminuido en menor proporción que la retribución del tráfico inducido.

¹⁶ Estos conceptos corresponden en el requerimiento anterior a los “Costes Operativos”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

F. Resultados del servicio

Teniendo en cuenta las aportaciones realizadas por TDATA en el curso de este expediente, los resultados del servicio Infovía Plus durante los ejercicios analizados son los siguientes: **CONFIDENCIAL** [

]

Por tanto, según la información aportada por TDATA, el servicio Infovía Plus ha pasado de ser deficitario a ser rentable.

Dado que el servicio Infovía ofrece resultados positivos para el ejercicio 2001, no cabría el análisis de precios predatorios, porque es evidente que no se está ofertando por debajo de los costes.

Ahora bien, esta Comisión debe tener en cuenta que se ha constatado que los números correspondientes al servicio no se han portado hasta octubre de 2001 y que el modelo de negocio de TDATA, basado en circuitos primarios, que como reconoce la operadora, “no daba derecho a percibir ingresos en concepto de interconexión”, no ha migrado **CONFIDENCIAL** []. Por tanto, en el momento de la solicitud de intervención por parte de RETEVISIÓN, los ingresos por interconexión son difícilmente justificables.

Así, es factible que TDATA esté vendiendo su servicio Infovía a precios inferiores a los costes de provisión del servicio. Pero para concluir que esta práctica es predatoria, tal y como denuncia RETEVISIÓN, son necesarios análisis adicionales. El Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) define predación en los siguientes términos ¹⁷;

“En general, la conducta de una empresa se puede calificar de predatoria cuando está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo.”

A este respecto, cabe citar la Sentencia relativa al Caso Tetra Pack II¹⁸, en la que se explica en el párrafo 41 que:

¹⁷ Resolución Eléctrica Curós, de 5 de mayo de 1999.

¹⁸ Asunto C-333/94 P Tetra Pack International SA contra Comisión. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de noviembre de 1996.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“El Tribunal de Justicia consagró la existencia de dos métodos de análisis diferentes para verificar si una empresa ha practicado precios predatorios. En primer lugar, los precios inferiores a la media de los costes variables deben considerarse siempre abusivos. En tal caso es inconcebible que exista algún objetivo económico que no sea la eliminación de un competidor, pues cada unidad producida y vendida supone una pérdida para la empresa. En segundo lugar, los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables, sólo pueden considerarse abusivos cuando pueda demostrarse que existe un plan de eliminación de un competidor.”

Dados los datos de que se dispone sobre el servicio Infovía, esta Comisión estima que no es posible concluir si el margen del servicio es positivo o negativo. Por tanto, es necesario considerar otros aspectos para determinar la posible existencia de **precios predatorios**.

Es básico tener en cuenta la intencionalidad en la actividad de TDATA respecto a la expulsión de competidores en el mercado de referencia, y la existencia de posibles barreras a la entrada posterior en el mercado. En este sentido se ha manifestado el TDC:

“Uno de los elementos clave de los que depende el éxito de una estrategia predatoria es el de la existencia de barreras de entrada al mercado, ya que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar por mucho tiempo de rentas monopolísticas, puesto que éstas atraerán rápidamente a nuevos operadores resultando imposible explotar una posición de dominio.”

En cuanto a la intencionalidad de TDATA en la expulsión de competidores del mercado de referencia es, cuando menos, cuestionable, dadas las características técnicas de estos mercados. El mercado de referencia tiene algunas particularidades que merecen ser consideradas. La provisión de los servicios analizados comparte activos con otros servicios del mercado de transmisión de datos. Esto hace que los elementos de red necesarios para prestar los servicios estudiados en este expediente, sean complementarios a los necesarios para proveer otros servicios de transmisión de datos. Por tanto, si TDATA expulsara a alguno de los competidores presentes actualmente en el mercado, las barreras a la entrada serían menores si estuvieran presentes en el citado mercado de transmisión de datos.

A mayor abundamiento, el mercado de referencia es un mercado relativamente pequeño con respecto a la totalidad del mercado de transmisión de datos¹⁹. Esto haría más difícil eliminar a los competidores, dado que obtienen la mayor

¹⁹ Según el Informe Anual 2001, la facturación total del mercado de transmisión de datos ascendió a 795 millones de euros en dicho ejercicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parte de sus ingresos de otros mercados, lo que les puede permitir hacer frente a una situación económica comprometida en el mercado aquí analizado.

Esta dificultad de hacerse con el mercado debe considerarse a la hora de concluir la difícil recuperación de los costes del periodo de predación por parte de TDATA.

En consecuencia, **no se puede mantener que TDATA llegue a eliminar a sus competidores mediante una política de precios predatorios, dado que no tiene incentivos para ello**. Concretamente, de acuerdo a las afirmaciones que han sido realizadas, las probabilidades de que este operador pueda recuperar las pérdidas del periodo de predación son mínimas, además de que la expulsión definitiva del resto de los operadores del mercado se presenta complicada y carente de incentivos para el operador dominante.

Por tanto, **se puede concluir que:**

- TDATA es operador dominante en el mercado de referencia, esto es, el mercado mayorista de acceso conmutado a Internet en el que los proveedores de acceso a Internet o las empresas que carecen de infraestructura suficiente para prestar ese servicio a sus usuarios finales externalizan en los operadores de datos todas o gran parte de las tareas necesarias para dicha provisión.
- Los datos aportados por TDATA no son concluyentes para determinar si el servicio Infovía Plus es deficitario o rentable para la operadora. En caso de no ser un servicio rentable, se encuentra inmerso en una evolución favorable en su relación de ingresos y costes.
- El análisis de la situación del mercado y de la operadora, así como la carencia de incentivos para eliminar a los actuales competidores o impedir la entrada de nuevos operadores en el mercado, hace que no se pueda demostrar la existencia de prácticas predatorias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

Único. Desestimar la solicitud de intervención formulada por AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A., contra TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, SA Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, dado que la documentación que obra en el expediente de referencia no permite concluir que el servicio InfoVía Plus prestado por TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, SA suponga prácticas anticompetitivas de este operador.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque