



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ 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 nº 45/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de diciembre de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LA PROMOCIÓN DE VERANO DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. CONSISTENTE EN LA OFERTA GRATUITA DE DOS CUOTAS MENSUALES DEL SERVICIO KIT ADSL-USB

(Exp. AEM 2003/1095)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 4 de julio de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TISCALI España S.L.U. (TISCALI, en adelante), por el que se solicita la intervención de dicha Comisión en relación con la siguiente promoción de Internet de Telefónica de España S.A.U. (TESAU en adelante): Oferta Kit ADSL USB, con cuota mensual gratuita desde el momento de la contratación hasta 31 de agosto de 2003, y módem USB gratuito a instalar por el cliente.

En su escrito, TISCALI requiere (i) la adopción de diversas medidas dirigidas a impedir a TESAU la realización de dicha promoción y la campaña publicitaria asociada y a invalidar cualesquiera contratos suscritos en relación con esta oferta, así como (ii) la imposición a TESAU de la correspondiente sanción por incumplimiento de la normativa vigente en materia de regulación de precios y de determinadas Resoluciones de esta Comisión en la misma materia, sobre la base de los perjuicios causados a la libre competencia.

SEGUNDO.- En fecha 10 de julio de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito procedente de WANADOO ESPAÑA S.L. (en adelante, WANADOO) en el que, en relación con la oferta de ADSL de TESAU



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mencionada, se solicita que se declare su ilegalidad, por constituir un incumplimiento de la regulación de precios vigente y se adopten determinadas medidas al respecto. En atención a dicho escrito, con fecha 16 de julio de 2003, se le notifica a WANADOO la apertura del procedimiento de referencia y acumulación con base al artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), así como su condición de interesado.

Con fecha 17 de julio de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL, en adelante) en el que, en relación con la oferta de ADSL de TESAU mencionada en el párrafo anterior, se solicita que se inste a TESAU el cumplimiento del marco regulador de los precios de ADSL minorista y exija la aplicación de las tarifas vigentes en cada momento. En atención a dicho escrito, con fecha 31 de julio de 2003, se le notifica a ASTEL la apertura del procedimiento de referencia y acumulación con base al artículo 73 de la LRJPAC, así como su condición de interesado.

Con fecha 25 de julio de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la Asociación Española de Proveedores de Servicios de Internet (AEPSI, en adelante), solicitando que se le tenga por interesada en el procedimiento OM 2003/1095, por entender que dicho procedimiento afecta directamente a los intereses empresariales y comerciales de sus representados. Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 31 de julio de 2003, se declara interesado a AEPSI en el procedimiento de referencia.

TERCERO. Con fecha 11 de julio de 2003, esta Comisión, requirió a TESAU para que, para que aportara la siguiente información: (i) copia de las Bases de la promoción anteriormente descrita; (ii) finalidad de la promoción de referencia y de la campaña publicitaria asociada; (iii) estimación del número de altas que espera conseguir con la promoción de referencia; (iv) cronología de las prácticas publicitarias de la campaña asociada a la promoción de referencia; (v) costes estimados de dicha campaña publicitaria; (vi) costes publicitarios acumulados del ejercicio 2003 y presupuestados para todo el ejercicio; (vii) medios de comunicación o informativos a través de los cuales se canalizará la campaña publicitaria. Número, frecuencia, duración y franja horaria de las emisiones publicitarias en cada uno de los medios. Dicho requerimiento fue contestado por TESAU mediante dos escritos con fecha de entrada, respectivamente, 28 de julio y 1 de agosto de 2003.

CUARTO. Conforme al artículo 84 de la LRJPAC, en el marco de la instrucción del procedimiento y con anterioridad a la redacción de la propuesta de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resolución correspondiente, el procedimiento instruido fue puesto de manifiesto a los interesados mediante escrito de 13 de octubre de 2003 a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

QUINTO. Mediante escrito que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el 24 de octubre de 2003, subsanado por ulterior escrito de igual fecha, ASTEL presentó las correspondientes alegaciones en el trámite de audiencia, a las cuales se hará referencia en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

SEXTO. Mediante escrito con fecha de registro 27 de octubre de 2003, WANADOO presenta alegaciones en el trámite de audiencia del presente procedimiento y a las cuales se hará referencia en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

SÉPTIMO. Tras solicitar ampliación del plazo concedido mediante escrito con fecha de Registro 24 de octubre de 2003, TISCALI presenta alegaciones en el Registro de esta Comisión el 3 de noviembre de 2003, a las cuales se hará referencia en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

OCTAVO. El 31 de octubre de 2003 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AEPSI por el que presentaba las correspondientes alegaciones al Informe de Audiencia, a las cuales se hará referencia en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

NOVENO. Transcurrido el trámite de presentación de alegaciones, y con fecha 18 de noviembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del operador WANADOO, por el cual presentaba denuncia relativa a una determinada promoción que TESAU está llevando a cabo en relación con el servicio Kit ADSL-USB para las altas que se produzcan entre el 15 de noviembre de 2003 y el 7 de enero de 2004, y solicitaba su incorporación al presente expediente.

No obstante, y por encontrarse el presente expediente en fase de Resolución, dicha denuncia será analizada en el marco del expediente AEM 2003/1632 iniciado a consecuencia de otras denuncias presentadas por el mismo operador en relación con la realización por parte del Grupo Telefónica de determinadas promociones de ADSL, por lo que la presente Resolución debe entenderse referida únicamente a la promoción Kit ADSL realizada por TESAU en verano 2003, ya referenciada.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

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

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

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

SEGUNDO. DESCRIPCIÓN DE LA PROMOCION KIT ADSL USB DE VERANO DE TESAU: “NAVEGA TODO LO QUE QUIERAS SIN PAGAR LAS CUOTAS DE JULIO Y AGOSTO”

La promoción objeto del presente expediente, publicitada como *“Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto”*, contiene los siguientes elementos:

- Se aplica a las nuevas contrataciones del KIT ADSL USB (256 Kbits-128 Kbits) con direccionamiento dinámico ofertado por TESAU que se produzcan, y tengan el Kit instalado, entre el 23 de junio y el 31 de agosto del año 2003 (periodo de validez de la promoción);
- Cuota mensual de abono: gratis desde el momento del alta hasta el 31 de agosto de 2003;
- Módem USB: gratis, a instalar por el cliente (promoción válida hasta 31 de julio de 2003);
- Cuota de alta: 38,1 euros;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Los clientes que realicen el alta a través del canal on-line (telefonicaonline.com) podrán acceder además a otro regalo consistente en un reproductor portátil de CD Audio MP3, oferta válida únicamente para las 1000 primeras unidades;
- El periodo de permanencia en el servicio: 1 año.

TERCERO. REGULACIÓN DE PRECIOS APLICABLE Y SU CUMPLIMIENTO POR TESAU

3.1. Regulación de precios aplicable

Con respecto al régimen de precios aplicable a los servicios minoristas de ADSL prestados por TESAU en el momento de producirse la conducta denunciada por TISCALI, cabe mencionar que éste se encuentra contenido en la Orden de 3 de agosto de 2001, por la que se dispone la publicación de los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 2 de agosto de 2001, sobre tarifas y servicios prestados por TESAU (en adelante Orden de 3 de agosto de 2001) por la cual se aprueban, entre otras, las tarifas para los nuevos servicios ADSL minoristas prestados por TESAU. Posteriormente, dicha Orden fue complementada por la Orden de 17 de julio de 2002, que establece las tarifas para los nuevos servicios ADSL minorista con filtrado distribuido, e introduce modificaciones en las tarifas de las modalidades de este servicio previamente aprobadas.

Aunque dichas Ordenes deben entenderse derogadas en la actualidad por la ORDEN PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por TESAU, ambas forman parte de la normativa de regulación de precios de servicios minoristas de ADSL que estaba vigente en el momento en el que la promoción de TESAU denunciada tuvo lugar, por lo que resultan de aplicación en el presente análisis. Esta Orden dispone que los precios de los servicios ADSL minoristas prestados por TESAU quedan liberalizados, por lo que dejarán de estar sujetos al régimen de precios autorizados administrativamente y pasarán a quedar sometidos al régimen de comunicación. Así, de acuerdo con el régimen de comunicación, las modificaciones de los precios minoristas para estos servicios deberán ser comunicados por TESAU, a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al Consejo de Consumidores y Usuarios y a los usuarios afectados por las modificaciones de los precios de los servicios con, al menos, 10 días de antelación a su aplicación efectiva



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.2. Respecto al posible incumplimiento de la regulación de precios por parte de TESAU en su promoción “Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto”

Una vez precisada la regulación aplicable, procede determinar si ha existido un incumplimiento de la misma por parte de TESAU. En este sentido, de conformidad con la citada Orden de 3 de agosto de 2001, así como el procedimiento de aprobación de nuevas tarifas previsto en el punto 3 de la Orden de 10 de mayo de 2001¹, TESAU debía haber seguido el procedimiento de aprobación previsto en el citado punto 3 en relación con las promociones que se referían a las cuotas recurrentes de servicios regulados como el servicio ADSL minoristas en la medida que suponían una modificación, siquiera temporal, de las tarifas reguladas como fijas, a fin de que hubiera podido verificarse por la CDGAE, previo informe de esta Comisión, el impacto de las mismas para la competencia en el mercado de referencia, y si procedía o no, en consecuencia, autorizar su lanzamiento comercial al público. Así, dicho Apartado 3 dispone:

“Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» deberá presentar a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología sus propuestas para los precios de las llamadas de acceso a Internet, de los paquetes de servicios, de los bonos, de los planes, y los programas de descuentos, para su aprobación conforme al procedimiento establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 11/1 998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones”.

En el presente expediente, se ha constatado que TESAU, tal y como ésta alega, notificó a esta Comisión la promoción Kit ADSL objeto de análisis con base en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, que desarrolla, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, el Título VI del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Título III de la LGT. Dicha Orden establece en el su Apartado Decimoctavo, punto 1:

“Decimoctavo. Publicidad de las condiciones de prestación del servicio.

1. Los operadores de redes públicas de telefonía y de servicios telefónicos disponibles al público publicarán, cuando proceda, la siguiente información.

(.....)

¹ Por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se modifica el Acuerdo, de 27 de julio de 2000, que establece un nuevo marco jurídico de precios para los servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» (al que se remite la Orden de 3 de agosto de 2001 para las nuevas propuestas para los precios de los servicios ADSL Minoristas).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Precios de los servicios. La información que se proporcione comprenderá debidamente diferenciados todos y cada uno de los conceptos que repercutan en el precio que paga el abonado por la prestación del servicio, incluidos todos los impuestos aplicables y, en su caso, el coste de establecimiento de llamada. Se hará especialmente referencia a los precios de acceso y todo tipo de cuota periódica de utilización y mantenimiento, con inclusión de información detallada sobre programas de descuento, planes, bonos y tarifas especiales.

Sin embargo, debe señalarse que TESAU no puede ampararse en la realización de la notificación a la que se refiere el artículo arriba reproducido como justificación del cumplimiento de su obligación de notificar las promociones de servicios ADSL que se proponga realizar, ya que se considera excluido del ámbito de aplicación de dicho precepto los citados servicios ADSL, estando previsto expresamente en el momento de realizarse la promoción objeto del presente Expediente, un régimen particular de notificación para este tipo de servicios, tal y como ya se ha mencionado,

De esta forma, mediante la notificación efectuada por TESAU no puede entenderse que ésta haya cumplimentado el trámite que recogía la legislación vigente en materia regulación de precios minoristas del servicio ADSL, ya que TESAU debió someter previamente la promoción analizada a la autorización de la CDGAE, quien hubiera resuelto al respecto previo informe de esta Comisión.

CUARTO. RESPECTO DE LAS POSIBLES CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS POR PARTE DE TESAU EN LA PROMOCIÓN OBJETO DEL PRESENTE EXPEDIENTE.

4.1. Determinación del mercado de referencia afectado

De acuerdo con el Derecho de la Competencia, el mercado de referencia debe comprender la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideran sustituibles en razón de su precio, características o uso. Por tanto, el mercado de referencia a considerar en el presente procedimiento vendrá determinado por las posibilidades reales de sustitución, teniendo en cuenta las prestaciones obtenidas y el precio, todo ello referido a un ámbito geográfico determinado.

4.1.1. Mercado de producto

El mercado de producto afectado en el marco del presente es el servicio de acceso a Internet de banda ancha al por menor, que se define como aquél que permite a un usuario final, utilizando un terminal específico situado en una ubicación fija, disponer de una conexión, generalmente permanente, de capacidad de transmisión elevada para acceder a los servicios de Internet.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este mercado fue definido por esta Comisión en su Resolución de 19 de septiembre de 2002², en la que se ponían de relieve las características diferenciales de este tipo de servicios en relación con el acceso a Internet basado en la red telefónica convencional (acceso a Internet conmutado). Los argumentos que justificaban la separación de ambos servicios en dos mercados de referencia diferentes eran los siguientes:

- Diferencias considerables en precios de los dos tipos de acceso;
- Conexión permanente con una velocidad elevada (superior a 256 Kbps);
- Uso simultáneo del servicio telefónico fijo y de la transmisión de datos;
- Acceso a contenidos que por su extensión no pueden recibirse de forma práctica mediante el acceso conmutado (contenidos audiovisuales principalmente).

En este contexto, el mercado de producto afectado debería comprender, en principio, multiplicidad de alternativas tecnológicas que se ofrecen en la actualidad al público, entre las cuales se encontrarían las tecnologías xDSL, cuyo exponente más actual y paradigmático es el ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), el cablemódem y el bucle de abonado inalámbrico (WLL), cuyos exponentes principales son las tecnologías LMDS y MMDS.

Según los datos de que dispone esta Comisión, el grado de implantación de estas distintas tecnologías de banda ancha en el mercado final de servicios de acceso de banda ancha no es uniforme, como se pone de manifiesto en siguiente tabla:

Evolución de la distribución de accesos de banda ancha en servicio por tipo de tecnología

	Año 2002	% / total	Enero - junio 2003	% / total
ADSL	957.204	73,4%	1.293.567	71,9%
Cable modem	342.623	26,3%	499.401	27,8%
LMDS	818	0,1%	1.136	0,1%
Otros	3.156	0,2%	4.383	0,2%
Total	1.303.801	100,0%	1.798.487	100,0%

De los datos anteriores, cabe concluir, por tanto, que la solución ADSL es la tecnología que predomina en la prestación al público de servicios de acceso de banda ancha, representando dicha tecnología un 71,9% del total de esos accesos actualmente en servicio en España.

² Resolución de 19 de septiembre de 2002 sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL minoristas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La práctica del Derecho de la Competencia exige que la definición del mercado de referencia y el análisis de la posición que ocupa una determinada empresa en el mismo se realice en el marco de cada caso concreto³. En este sentido, cabe decir que las condiciones del mercado, por lo que se refiere a la sustituibilidad de la demanda se mantienen desde aquel expediente. Así, los servicios de banda ancha vienen a satisfacer las necesidades de una tipología de usuario caracterizada por: **(i)** un uso intensivo de transmisión de datos y de prestaciones con determinados dimensionamientos de capacidad, y **(ii)** una necesidad de conexión permanente de datos y prestaciones con capacidades de transmisión elevadas. Desde este punto de vista, no se han producido mejoras adicionales en los servicios de acceso conmutado a la red que cumplan con las necesidades anteriores.

Por los motivos expuestos cabe afirmar la existencia de un mercado de servicios de acceso de banda ancha diferenciado del mercado de servicios de acceso de banda estrecha. Y esto es así porque el producto que se ofrece en el seno del primero satisface una necesidad específica del consumidor, que consiste en disponer de una elevada capacidad de transmisión de datos con conectividad permanente —si bien a un precio sensiblemente superior que obedece a tales prestaciones incrementadas.

Respecto a la definición del mercado de referencia, la AEPSI considera que el mercado de productos y servicios minoristas a través de tecnología ADSL constituye un mercado de referencia diferenciado dentro del mercado de banda ancha. En concreto, AEPSI alega que, desde el punto de vista de la demanda, la tecnología ADSL no es sustituible por otras tecnologías de banda ancha ya que, por un lado, los operadores de cable ofrecen conjuntamente una gama de servicios (telefonía, televisión e Internet) que no es equiparable a la oferta del servicio ADSL. Respecto de estas alegaciones, debe señalarse que AEPSI no tiene en cuenta el hecho de que los operadores de cable también comercializan por separado los servicios de acceso de banda ancha, individualmente y sin paquetización por tanto, constándose en dichos casos la comercialización, por parte de los cableoperadores, de velocidad de servicio similares a cada una de las modalidades disponibles a través de ADSL.

Por otro lado, AEPSI sostiene que las tecnologías de acceso inalámbricas, en concreto a través de LMDS, ofrecen anchos de banda mucho mayores que las hacen ideales para determinados tipos de usuarios como empresas, pero excesivas para el usuario residencial, sin incluir mayor análisis al respecto. En relación con esta alegación, el hecho de los operadores de dicha tecnología estén incluidos o no en el mercado de producto a considerar en el presente expediente no alteraría sustancialmente el resultado del análisis de mercado

³ Ver Caso T-125/97, Coca-Cola v Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habida cuenta de la cuota que dichos operadores ostentan en relación con el total de mercado (0,1% según se indica en la Tabla sobre evolución de accesos por tipo de tecnología incluida en el apartado 3.3.1), por lo que no se estima relevante a los efectos del presente expediente un análisis detallado al respecto.

De acuerdo con todo lo anterior, cabe afirmar que el mercado de referencia a considerar en el presente expediente es el mercado minorista de acceso a redes de comunicaciones electrónicas mediante soluciones de banda ancha, entendiéndose por tales aquellos servicios que permiten a los usuarios finales la transferencia de datos a alta velocidad, con independencia de la solución tecnológica empleada para proporcionar tal acceso (en adelante, mercado de servicios de acceso de banda ancha).

Esta definición del mercado de referencia no se extendería a aquellos servicios intermedios o mayoristas, presentes en la misma cadena de valor, en los cuales lo que se ofrece a los agentes que los contratan es el suministro de los elementos técnicos y servicios necesarios para la provisión a los usuarios finales de tales servicios de acceso de banda ancha.

4.1.2. Mercado geográfico

Conforme con la Comunicación de la Comisión Europea, de 9 de diciembre de 1997, el principio básico que debe tenerse en cuenta para la determinación del mercado de referencia reside en la identificación de presiones desde el punto de vista de la competencia en el mercado. En este sentido, una vez se ha delimitado el mercado de producto de referencia como el de los servicios de acceso prestados a los usuarios finales mediante soluciones de banda ancha, se ha procedido a evaluar la dimensión geográfica del mercado, teniendo en cuenta que el mismo abarca el área en el que las partes afectadas desarrollan actividades de suministro y prestación de sus servicios/productos.

Así, cumple destacar que tanto la campaña “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” como la comercialización del servicio Kit ADSL-USB de TESAU se han llevado a cabo homogéneamente en la totalidad del territorio nacional, si bien las distintas modalidades de acceso de banda ancha no siempre coinciden tecnológicamente en una misma demarcación. De hecho, la campaña comercial objeto de análisis tiene alcance nacional, por lo que es éste el mercado geográfico que conviene contemplar. Por consiguiente, esta Comisión concluye que el ámbito geográfico del mercado de referencia definido en el presente procedimiento es el de la totalidad del territorio español.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.2. Posición de TESAU en el mercado de referencia definido

4.2.1. Caracterización del Grupo Telefónica como unidad económica.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y nacional en materia de competencia, resulta adecuado aceptar que, cuando se trata de un grupo de sociedades, puede considerarse que el grupo en cuestión constituye una "unidad económica" cuando sus integrantes carecen de una autonomía real de comportamiento, estando sujetas a un control único, por lo que a los efectos de mercado, se está en presencia de una única empresa.

En este sentido, el funcionamiento real de los mercados evidencia que la independencia de comportamientos y la personalidad jurídica no son nociones necesariamente coincidentes; de ahí que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) haya considerado que, si una filial, aun teniendo personalidad jurídica propia, carece de independencia de actuación en el mercado, constituye una unidad económica junto con la sociedad matriz⁴. En ese sentido, cuando la participación es del 100% o de la casi totalidad del capital, puede presumirse el ejercicio efectivo del control.

En esta misma línea argumental, se ha pronunciado reiteradamente esta Comisión, señalándose, entre otras, las Resoluciones de 8 de noviembre de 2000, sobre el Asunto Terra/Lince, así como la de 19 de septiembre de 2002, sobre presuntas prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL.

Por tanto, y sobre la base de que las empresas del Grupo Telefónica se comportan como una unidad económica en este mercado, en el marco del presente expediente resulta pertinente considerarlas como una sola empresa a los efectos del análisis de competencia, lo que implica que, de cara a evaluar la posición de dominio del Grupo, se deban agrupar las cuotas de todas las empresas pertenecientes al mismo.

4.2.2. Posición del Grupo Telefónica en el mercado de referencia definido.

Para determinar la posición del Grupo Telefónica en el mercado de servicios de acceso de banda ancha deben analizarse, en primer lugar, las cuotas ostentadas por el Grupo en dicho mercado.

⁴ En su Sentencia de 14 de julio de 1972, ICI, As. 48/69, Rep. Pág. 619), el Tribunal de Justicia declaró que "la circunstancia de que una filial tenga personalidad jurídica propia no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la sociedad matriz".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según los datos de que dispone esta Comisión, las respectivas cuotas de los operadores en el mercado de servicios de acceso de banda ancha en el primer semestre de 2003, son las siguientes **[CONFIDENCIAL]**:

A partir de los datos anteriores, puede observarse que el **Grupo Telefónica** — en el que se integran las empresas TESAU y TERRA—, goza de un alto nivel de presencia en el mercado de referencia con una **cuota** que alcanza, en el primer semestre de 2003, un **[CONFIDENCIAL]** en términos de clientes, y de un **[CONFIDENCIAL]** en términos de ingresos.

Con el fin de ilustrar cuál es la evolución dinámica del servicio de acceso a Internet ADSL, en el siguiente gráfico se muestra la evolución del crecimiento de la modalidad afectada por la promoción de TESAU **[CONFIDENCIAL]**:

En efecto, el ritmo de crecimiento del servicio KitADSL 256Kbps de TELEFÓNICA se sitúa en la actualidad en torno al **[CONFIDENCIAL]** mensual, mientras que el resto de operadores han logrado incrementar la tasa de crecimiento del servicio ADSL 256Kbps hasta un 10%.

Los datos anteriores muestran una de las características propias del mercado minorista de servicios de acceso de banda ancha, como es su rápido crecimiento y la inestabilidad en las cuotas de mercado. En consecuencia, resulta conveniente acudir a otros elementos de juicio para valorar si procede establecer, finalmente, la posición de dominio de un operador con cuotas de mercado como las del Grupo Telefónica.

Dado lo anterior, la calificación de la posición de dominio del Grupo Telefónica en el mercado de servicios de acceso de banda ancha resulta de la aplicación de la doctrina de los mercados conexos, tal y como ya fue analizado en la Resolución de esta Comisión, de 19 de septiembre de 2002, sobre presuntas prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL (exp. OM 2001/5678)⁵.

A este respecto, debe recordarse que, de acuerdo con la teoría de los mercados conexos, la posición de dominio ostentada por un determinado agente en un mercado concreto resulta trasladable a un mercado descendente que sea conexo del anterior y que se encuentre estrechamente vinculado con él⁶. Paradigma de un escenario de mercados conexos verticales es el existente entre el mercado de provisión de infraestructuras de telecomunicaciones susceptibles de prestar servicios de banda ancha mediante ADSL y el mercado

⁵ Resolución que deviene firme mediante auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2003.

⁶ Comunicación sobre la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, de 22 de agosto de 1998 (98/C 265/02), párrafos 65 y siguientes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de prestación de esos servicios de banda ancha a los usuarios finales, por cuanto la disponibilidad de tales infraestructuras constituye un elemento indispensable para competir en el mercado descendente (minorista), habida cuenta del peso preponderante que los accesos mediante tecnología ADSL tienen actualmente en el total del mercado de servicios de acceso de banda ancha.

A la luz de las consideraciones anteriores, y dado que las condiciones estructurales del mercado de servicios de acceso de banda ancha en la actualidad no difieren de los presupuestos indicados en el párrafo anterior, en el presente expediente cabe concluir que la posición hegemónica ostentada por el Grupo Telefónica —actuando como unidad económica en la que se encuentra integrada TESAU, propietaria de la práctica totalidad de la infraestructura de líneas de cobre instaladas en el territorio nacional— en el mercado de provisión de líneas susceptibles de soportar la prestación de servicios de acceso de banda ancha, se traslada a un mercado conexo descendente del anterior, que es el de la provisión a los usuarios finales de tales servicios de acceso banda ancha, teniendo esto como resultado la ostentación de una posición de dominio también en este último mercado por parte de dicho Grupo.

4.3. Efectos de la promoción Kit ADSL de TESAU para la competencia en el mercado de referencia.

Antes de entrar en el análisis concreto de la promoción denunciada y de sus efectos en el mercado, es preciso responder a las alegaciones que realizan los interesados, relativas a la improcedencia de este examen una vez que la CDGAE ha aprobado unos precios concretos.

Sus argumentos en este punto no pueden ser acogidos pues ello equivaldría a considerar que el análisis de competencia que la decisión de la CDGAE incorpora en la aprobación de tarifas, agota e impide todo análisis posterior del efecto que sobre el mercado produzcan promociones concretas no sometidas a autorización o vulneraciones de las tarifas previamente aprobadas.

Pues bien, el control de la aplicación del régimen de precios, que corresponde a esta Comisión, exige el análisis del efecto que sobre el mercado produce una presunta o constatada vulneración de ese régimen en la medida en que ello conduce a dos consecuencias que pueden producirse simultáneamente pero que son de naturaleza distinta: por una parte, la imposición de obligaciones de hacer o no que eviten o eliminen la distorsión competitiva, por otra, el desencadenamiento de un procedimiento sancionador por la mera vulneración producida cuya incoación puede o no resultar de la competencia de la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En orden a evaluar lo anterior, hay que tener en cuenta que los potenciales efectos de esta promoción sobre el mercado vendrán determinados por la dimensión económica de la misma así como por sus características. Asimismo, se ha realizado un análisis del margen que a los competidores de TESAU les restaría en relación con dicha promoción.

a) Análisis de los efectos de la promoción sobre la competencia

La promoción Kit ADSL USB de verano de TESAU tiene una duración delimitada y concreta: de 23 de junio a 31 de agosto. Asimismo, los descuentos (cuota mensual de abono gratis) de los que puede disfrutar el cliente se aplican de forma limitada: cuota mensual gratis desde el momento del alta hasta el 31 de agosto de 2003.

Debe señalarse, por otra parte, que la promoción objeto de análisis se lleva a cabo en un periodo en el que la tendencia de mercado se caracteriza por una reducción del número de altas de nuevos clientes, es decir, durante los meses de julio y agosto.

En este contexto, por tanto, la promoción de TESAU objeto de análisis se explica por la finalidad de recuperación del número de altas en un periodo en el que es habitual la contracción de la demanda. Además, pretende estimular la demanda de un producto concreto, como es el Kit ADSL-USB (256 Kbits) con direccionamiento dinámico. Este dato matiza asimismo los efectos de esta promoción al no ser de aplicación a totalidad de las altas de servicios ADSL que cabría esperar en los meses estivales.

Además, la promoción objeto de análisis se lleva a cabo durante un periodo de tiempo determinado y delimitado, lo que, junto a los anteriores elementos de juicio, lleva a que dicha promoción no pueda considerarse, desde esta perspectiva y en el marco del presente expediente, como una oferta o promoción desproporcionada.

Al análisis anterior, habría que añadir que el estudio de la estructura del mercado de referencia revela que el acceso a Internet por ADSL es un **producto indiferenciado, en el que se compite por precio principalmente, lo que obliga a los operadores a adoptar estrategias de penetración diversas con el fin de ganar cuota de mercado**. Una de esas estrategias viene dada por la gratuidad de algún concepto determinado a modo de promoción, tales como la cuota de alta, el equipamiento o la instalación.

Así, se ha constatado el hecho de que **operadores alternativos al Grupo Telefónica han desarrollado promociones similares**, e incluso mejoradas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por el hecho de regalar asimismo la cuota de alta. En concreto, YA.COM lanzó, con anterioridad a TESAU, una promoción para su servicio ADSL (256 Kbits), válida desde 22 de mayo hasta 22 de agosto de 2003, por la que regalaba la cuota de alta así como las dos primeras cuotas mensuales

b) El posible beneficio para el consumidor y su efecto sobre la competencia

Atendiendo al periodo mínimo de permanencia en el servicio (un año), así como al importe de las cuotas en promoción, puede estimarse que el **descuento o ahorro que el consumidor espera obtener con la promoción** es de un **15,41%**.

Beneficio para el consumidor	
Tiempo de alta en el servicio min. 1 año	
Precio Alta	38,10
Cuota Mensual	39,07
Coste sin promoción	506,94
Coste con promoción	428,8
Descuento (Euros)	78,14
Descuento (%)	15,41%

Debe tenerse presente, además, que las bonificaciones son proporcionales al tiempo que ha estado en servicio durante el periodo de la promoción, por lo que sólo disfrutarán del máximo de descuentos posible (15,41%) aquellos clientes que se den de alta a finales de junio y/o julio, no así los que se den de alta en agosto, para los que el beneficio o descuento esperado será, en consecuencia, menor (sólo la cuota de agosto).

Según esto, y dado el periodo de tiempo en el que se comercializará la promoción y las cuotas a las que aplica (hasta julio y agosto), cabe inferir que éste **no es lo suficiente prologado como para suponer efectos fidelizadores de los clientes que representen una restricción de la competencia**.

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta los costes de cambio que enfrenta un cliente a la hora de optar por un nuevo operador o proveedor de éstos servicios. En el presente expediente, la magnitud y duración de la promoción, pueden no ser suficientes para que un usuario tuviera incentivos a dejar de utilizar los servicios de otros operadores para darse de alta en TESAU por el solo hecho de acogerse a esta promoción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se concluye que la promoción de verano de TESAU no tiene como objetivo capturar clientes de otros operadores sino más bien, incentivar las nuevas altas a los servicios ADSL en un periodo de bajo crecimiento de la demanda. En este sentido, no se aprecian efectos contrarios a la libre competencia.

c) Sobre el posible estrechamiento de márgenes por parte de TESAU

En las alegaciones del trámite de audiencia, WANADOO sostiene que la reducción del margen disponible para los proveedores de servicios de Internet alternativos, que se produce con la promoción de referencia, da lugar a un pinzamiento de precios por no haberse acompañado dicha reducción en los precios mayoristas.

Asimismo, por otra parte, AEPSI alega que basta con comprobar la concurrencia de un elemento objetivo (el que la media de los costes variables superen al precio aplicado), para que la oferta deba ser considerada como un abuso de posición de dominio consistente en la existencia de precios predatorios. Por ello, solicita a esta Comisión el oportuno análisis de costes con el fin de determinar, en su caso, si el precio aplicado en la promoción de verano de TESAU resulta inferior a los costes medios variable y, en caso afirmativo, declare un abuso de posición de dominio por predación de precios.

En relación con tales alegaciones cabe hacer algunas precisiones. En primer lugar, con respecto a la evolución de los precios minoristas de los servicios de banda ancha, se pueden distinguir claramente los productos basados en la red de TESAU de los productos basados en las redes propias de los operadores alternativos. Así, los operadores de cable han basado sus productos en intentar diferenciarse de las ofertas ADSL, mediante paquetes compuestos de telefonía, acceso de banda ancha y televisión.

Ahora bien, los operadores de ADSL no gozan de estas posibilidades, dado que la regulación mayorista permite únicamente replicar las modalidades del operador dominante. Este hecho provoca que los servicios ADSL de los diferentes operadores sean percibidos como un producto homogéneo por los consumidores y que la competencia se haya basado en precios. Dada esta dinámica del mercado, y tal como se ha descrito anteriormente, el primer operador que realizó promociones como la de TESAU fue YA.COM.

En este contexto es en el que se debe situar la promoción de TESAU. En efecto, la jurisprudencia europea⁷ considera legítimos los descuentos y reducciones de precios dado que son una herramienta competitiva esencial en los mercados. En particular, el Tribunal Europeo consideró que todas las

⁷ Ver Caso T-228/97, Irish Sugar v Comisión; Caso C-396/95 Compagnie Maritime Belge v Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

empresas estaban legitimadas a competir en precios, incluidas las dominantes⁸.

Así, el límite a este tipo de conductas se situaría, tal y como estimó esta Comisión en la Resolución Terra/Lince⁹, “*en las denominadas conductas eliminatorias*”. En relación con la promoción de verano de TESAU este límite se situaría cuando la reducción del precio minorista de los servicios ADSL supusiera un estrechamiento de márgenes en relación con los precios mayoristas que convertirían en no rentable la prestación de estos servicios, produciéndose la expulsión del mercado de los operadores alternativos.

A fin de valorar si se ha producido dicho estrechamiento de márgenes deben tomarse en consideración los ingresos producidos por los clientes captados en el marco de promoción de verano (estos clientes deben permanecer suscritos al servicio al menos un año). A estos efectos, considerando los costes mayoristas que para un periodo igual de amortización (un año) debería soportar el operador alternativo, se ha realizado la siguiente estimación

Margen de un operador alternativo

Ingresos (suponiendo que el cliente tiene que permanecer 1 año)	428,8
Costes (según precio OBA)	310,02
Margen sobre ingresos	27,70%
Margen sobre ingresos sin promoción	38,84%

Del anterior cálculo, se deduce que el margen sobre ingresos pasa de 38,84% a un **27,70%**, con lo que el operador perdería, en relación con los clientes de la promoción, un 11,14 puntos porcentuales de margen de beneficios, en el periodo de amortización contemplado (un año).

A la vista del análisis anterior, no puede sostenerse que la promoción de TESAU consistente en la gratuidad de dos cuotas mensuales de KIT ADSL produzca una expulsión del mercado de los operadores alternativos, ya que sigue existiendo margen positivo para dichos operadores.

En este sentido, se pronuncia la Comisión Europea en la Comunicación de Acceso mencionada cuando, en relación con el estrechamiento de márgenes, establece que:

⁸ Ver caso C-62/86, AKZO v Comisión.

⁹ Resolución de 8 de noviembre de 2000 sobre la solicitud de intervención de Lince Telecomunicaciones, S.A. respecto de la “Tarifa Plana Personal” que comercializa Terra Networks, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedicada a las actividades ascendentes impone a los competidores” (punto 117).

“En circunstancias adecuadas, puede demostrarse que se ha producido una reducción de los precios mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado descendente, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, en caso de que existan, y el precio que el operador de la red aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente.” (punto 118)

Establecida la existencia de un margen positivo para los competidores de TESAU, esta Comisión considera que carece de relevancia la realización de un análisis de costes, tal y como AEPSI reivindicaba a fin de determinar la existencia o no de precios predatorios por parte de TESAU. Así, en tanto y cuanto existan márgenes positivos con respecto a los precios mayoristas, el análisis de los costes es irrelevante.

Adicionalmente cabe poner de manifiesto que la existencia de márgenes positivos y suficientes entre los precios mayoristas y minoristas correspondientes a los servicios ADSL justifican la decisión de esta Comisión de desestimar la pretensión, puesta de manifiesto por algunos de los interesados en el procedimiento, de que la reducción de cuotas de la promoción de TESAU analizada se extendiera a los precios del servicio GigADSL aplicando el mecanismo de “retail minus”, de modo que el precio de la cuotas mensuales de las altas producidas en julio y agosto sea el resultado de multiplicar por cero los coeficientes establecidos en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de TESAU..

QUINTO. RESPECTO AL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE TESAU EN SU PROMOCIÓN “NAVEGA TODO LO QUE QUIERAS SIN PAGAR LAS CUOTAS DE JULIO Y AGOSTO” DE LA CIRCULAR 1/1998.

Además de las anteriores consideraciones, debe analizarse la campaña publicitaria asociada a la promoción objeto del presente Expediente desde el punto de vista de la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de posición de dominio (en adelante, Circular 1/1998). Dicha Circular considera que *“la publicidad efectuada por los operadores dominantes es susceptible de constituir un abuso contrario a la libre competencia cuando presenta una particular relevancia, provocando un impacto sensible sobre los mercados*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afectados. La apreciación de dicho efecto está ligada a la valoración de la posible existencia de barreras de entrada, erigidas éstas por los operadores dominantes a través de la realización de gastos publicitarios excesivos.”

Por tanto, debe analizarse a continuación si la campaña publicitaria asociada a la promoción propuesta por TESAU resulta o no acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados y si puede o no, en consecuencia, erigirse como una barrera de entrada en el mercado. Según la Circular 1/1998 de esta Comisión, se consideran conformes a la libre competencia aquellas campañas que no supongan un “gasto excesivo”, entendiéndose por tales aquellos que:

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

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

En la actualidad, existen distintos operadores que ofrecen servicios de acceso de banda ancha mediante diferentes tecnologías, como se ha puesto de manifiesto en el apartado de definición del mercado de producto. Dado que la promoción aquí analizada va dirigida al segmento residencial, cabe esperar que los eventuales efectos fidelizadores de la citada campaña tengan su efecto principalmente en dos tipos de operadores:

- **Proveedores de servicios de acceso a Internet mediante ADSL.** Como se ha señalado anteriormente, a pesar de los potenciales efectos que una promoción de este tipo podría tener sobre la competencia en el mercado de referencia, las condiciones particulares de la misma hacen que tales efectos no sean significativos. La magnitud y la duración de la promoción “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” no hacen previsible un cambio sustancial en la conducta de los consumidores, y, en consecuencia, no debilitaría la posición del resto de operadores que compiten en este mercado.
- **Proveedores de servicios de acceso a Internet mediante cablemodem.** Por lo que se refiere a este tipo de operadores, resultaría excesivo considerar que la promoción de ADSL “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” de TESAU fuera inhibidora de la posibilidad de contratación de sus servicios por parte de los clientes. Y ello



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

es así porque las ofertas comerciales de estos operadores están dirigidas a consumidores con una demanda relativamente sofisticada de servicios de telecomunicaciones, que implican elevados requisitos de ancho de banda (como es la difusión de televisión).

A la luz de lo anterior, cabe concluir que la campaña publicitaria asociada a la promoción Kit ADSL-USB objeto de análisis no ha supuesto una barrera a la entrada para nuevos operadores, instrumentada mediante la fidelización de sus clientes actuales o potenciales.

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

Tal y como estableció esta Comisión en la Resolución de 18 de julio de 2002 en relación con los posibles descuentos encubiertos por parte de TESAU en la campaña “Factura Cero” (Exp.2002/6641) y en la Resolución de 30 de enero de 2003 en relación con el análisis del impacto en el mercado de la campaña promocional de TESAU para servicios de ADSL (Exp 2002/7859), en este punto, la Circular pretende evaluar la proporcionalidad del gasto publicitario. En materia de Competencia, es generalmente aceptado que la existencia de una posición dominante no puede en principio privar a la empresa que la ostenta de velar por sus intereses comerciales. Por tanto, para analizar la campaña publicitaria asociada a la oferta Kit ADSL-USB objeto de análisis se debe poner en relación el coste de la misma con los gastos publicitarios de sus competidores más directos presentes en el mercado de referencia, siempre teniendo en cuenta las diferencias de potencia financiera existentes entre ellos. La siguiente tabla muestra datos de los gastos totales en publicidad de los principales proveedores, por volumen de ingresos, de acceso a Internet ADSL el año 2002¹⁰. **[CONFIDENCIAL]**

Es en el contexto de los anteriores datos donde se debe ubicar el coste de la campaña publicitaria “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” y determinar su proporcionalidad.

En relación con ello, se observa que el coste de esta promoción para TESAU fue equivalente al **[CONFIDENCIAL]** anuales en el ejercicio 2002.

Por tanto, no se puede considerar que esta campaña comercial haya sido desproporcionada para la magnitud global del gasto publicitario del operador dominante. Tampoco así para el resto de operadores, en contra de lo alegado

¹⁰ Datos aportados por los operadores para la realización del Informe Anual 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por TISCALI, ya que éstos han contado (en 2002) con presupuestos publicitarios muy superiores al coste de la campaña analizada.

En conclusión, la campaña “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” llevada a cabo por TESAU se enmarca en las prácticas comerciales generales que practica la propia operadora y sus competidores más directos en el mercado de servicios de acceso de banda ancha, a la vista de los gastos publicitarios realizados por todos ellos durante el año 2002.

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

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

En la siguiente tabla, se detallan los ingresos por operaciones de los operadores anteriormente citados, así como la proporción del gasto de la campaña publicitaria objeto de análisis sobre el total de ingresos por operaciones correspondientes a cada uno de ellos. **[CONFIDENCIAL]**

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

En conclusión, cabe entender que la campaña publicitaria “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” de TESAU no es contraria a la competencia, dado que no supone un gasto excesivo y es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados.

Otro parámetro a analizar, tal como se realizó en la Resolución de esta Comisión de 30 de abril de 1998, es el respaldo financiero con que cuentan las operadoras en el mercado. Este proviene, en general, de la composición accionarial con que cuentan. En general, los operadores citados con anterioridad tienen accionistas de referencia con la suficiente solvencia como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para hacer frente al gasto publicitario que se analiza en el marco del presente procedimiento.

A la luz de los datos, no se puede considerar que la campaña publicitaria “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” de TESAU haya supuesto un *gasto excesivo* que por su magnitud haya privado a los operadores de su legítimo margen de respuesta.

Como consideración final, el gasto incurrido por TESAU en esta promoción es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados. Los beneficios de esta campaña tienen dos componentes claramente diferenciadas. Por una parte, la que reporta ingresos reales por la provisión del servicio y, por otra, la imagen de marca que comporta, difícilmente cuantificable. En la siguiente tabla se puede apreciar la proporcionalidad del coste de la campaña de la promoción con el beneficio obtenido. **[CONFIDENCIAL]**

A la vista de los resultados anteriores, se puede apreciar que el coste de la campaña publicitaria supone menos del **[CONFIDENCIAL]** de los ingresos obtenidos tras su realización. Si a este dato se le agregan los beneficios intangibles ya mencionados, en términos de imagen de marca, el resultado no puede ser otro que considerar que TESAU no ha obrado de forma desproporcionada al promocionar sus servicios Kit ADSL-USB.

En conclusión, se estima que la campaña publicitaria “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” de TESAU no es contraria a la competencia, dado que no supone un gasto excesivo y es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados.

SEXTO.- SOBRE LA POSIBLE CONDUCTA SANCIONABLE DE TESAU.

Como ha quedado señalado en el Apartado III de la presente resolución TESAU debió someter a aprobación previa los precios que constituyen la promoción examinada y por tanto no realizó la debida aplicación del régimen que le afecta y cuyo control corresponde a esta Comisión.

Sentado lo anterior, ha de determinarse si la conducta de TESAU objeto del presente expediente constituye **además** o no un incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión de 19 de septiembre de 2002, y 16 de enero de 2003, tal y como han solicitado diversos operadores, y por tanto, si habría de dar lugar o no a la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por parte de esta Comisión, análisis que se realiza a continuación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con las citadas Resoluciones de esta Comisión invocadas por las partes, debe señalarse, en primer lugar, que las mismas establecen que TESAU únicamente tiene a su alcance la opción de configurar ofertas comerciales que contemplen regalos de equipamientos o de otros productos similares, pero que en ningún caso puede ofrecer gratuitamente las cuotas correspondientes al servicio sean éstas recurrentes o no recurrentes. Asimismo, se mantiene en dichas Resoluciones que los precios de alta y las cuotas mensuales recurrentes del servicio ADSL no pueden ser objeto de modificación unilateral por parte de TESAU.

Ahora bien, dichas afirmaciones **no se contienen como obligaciones explícitamente impuestas en la parte resolutoria de los acuerdos invocados.**

Por lo tanto, como ya se ha mencionado anteriormente, lo que cabe afirmar es que TESAU, de acuerdo con la legislación entonces vigente, debía haber seguido el procedimiento de aprobación previsto en el punto 3 de la Orden de 10 de mayo de 2002 en relación con las promociones que se referían a las cuotas recurrentes de servicios regulados como el servicio ADSL minoristas, procedimiento que, como también se ha mencionado, no puede entenderse que haya sido cumplimentado por TESAU.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

ACUERDA

Primero.- TESAU no puede modificar o configurar ofertas que afecten a precios establecidos como fijos sin el respeto del procedimiento habilitado para su autorización o comunicación.

Segundo.- Respecto de la promoción de Kit ADSL.USB "*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*" llevada a cabo por TESAU, concluir que no se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

Tercero.- No se considera que la promoción de Kit ADSL.USB "*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*" haya constituido un gasto excesivo, según se define en la Circular 1/1998 ni, por tanto, que haya constituido un abuso o reforzamiento de la posición de TESAU y/o el Grupo Telefónica en el mercado de referencia considerado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Esta Comisión considera que no procede, en consecuencia, una modificación de los precios GigASDL establecidos por OBA derivada de la promoción *“Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto”* de TESAU.

Quinto.- De acuerdo con lo señalado en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución, no procede la apertura del procedimiento sancionador solicitado por los denunciantes por incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión de 19 de septiembre de 2002 y 16 de enero de 2003.

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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque