



COMISIÓN 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 Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 28/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de julio de 2004 se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual en relación con el expediente MTZ 2004/609 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DESESTIMA LA CONSIDERACIÓN DE LAS PROMOCIONES DEL GRUPO TELEFÓNICA EN EL CÁLCULO DE LOS PRECIOS DE LA OBA FIJADOS MEDIANTE RETAIL MINUS

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 31 de marzo de 2004 la CMT adoptó Resolución por la que se modificaba la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU).

En dicha Resolución se establecía que los primeros precios absolutos aplicables a la cuota mensual de GigADSL, calculados en base al mecanismo *retail minus*, serían los que se venían aplicando desde el lanzamiento de los servicios ADSL por TESAU en 2001.

Asimismo, se señalaba que en las eventuales revisiones de los mecanismos de establecimiento de estos precios absolutos, esta Comisión analizaría, en su caso, el conjunto de ofertas minoristas del Grupo Telefónica y las diferentes promociones presentes en el mercado.

SEGUNDO. Con fecha 1 de abril de 2004, la CMT decidió iniciar de oficio expediente sobre el establecimiento de un mecanismo para considerar las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *retail minus*.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC), mediante escrito de 1 de abril de 2004 se informó a los interesados sobre el plazo máximo para la resolución y notificación de este procedimiento.

TERCERO. Con fecha 1 de abril de 2004, y de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la LRJPAC, se puso en conocimiento de los interesados el oportuno informe de los Servicios de la CMT, al objeto de que pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

Los interesados remitieron a la CMT sus alegaciones, que tuvieron entrada en el registro de esta Comisión en las fechas que se señalan:

- Con fecha 22 de abril de 2004 escrito de alegaciones de Tiscali España, S.L.U. (en adelante TISCALI).
- Con fecha 23 de abril de 2004 escrito de alegaciones de la Asociación Española de Proveedores de Servicios de Internet (en adelante AEPSI).
- Con fecha 26 de abril de 2004 escrito de alegaciones de TESAU.
- Con fecha 26 de abril de 2004 escrito de alegaciones de Tele2 Telecommunication Services, S.L., (en adelante TELE2).
- Con fecha 30 de abril de 2004 escrito de alegaciones de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante ASTEL).
- Con fecha 28 de abril de 2004 escrito de alegaciones complementarias de AEPSI.
- Con fecha 29 de abril de 2004 escrito de alegaciones de MCI WorldCom Spain, S.A. (en adelante MCI).
- Con fecha 27 de abril de 2004 escrito de alegaciones de Auna Telecomunicaciones, S.A. (en adelante AUNA).
- Con fecha 30 de abril de 2004 escrito de alegaciones de Wanadoo España, S.L. (en adelante WANADOO).
- Con fecha 3 de mayo de 2004 escrito de alegaciones de Terra Networks España, S.A.U. (en adelante TERRA).

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El artículo 4.2 a) del Reglamento (CE) nº 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, establece que, dentro de las funciones de supervisión encomendadas a las autoridades nacionales de regulación, corresponde a éstas la posibilidad de *“imponer modificaciones de la oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle local y a los recursos asociados, incluidas las tarifas, cuando dichas modificaciones estén justificadas”*.

En tal sentido, el artículo 11.2 in fine del Reglamento de acceso al bucle de abonado, aprobado por el Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, dispone la habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones para dictar, de oficio o a instancia de la parte interesada, resolución motivada instando a la modificación de la OBA, fijando la fecha a partir de la cual dicha modificación surtirá efectos.

En consecuencia, esta Comisión resulta competente para instar la modificación de la OBA y fijar la fecha a partir de la cual dicha modificación surtirá efectos, mediante resolución motivada.

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 normativa 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...”*.

Por último, en materia procedimental, de conformidad con el artículo 48.1 de la Ley 32/2003, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en los artículos 68 y siguientes de la LRJPAC.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

III.1 MECANISMO PARA REVISAR PRECIOS MAYORISTAS FRENTE A MECANISMO PARA DETECTAR ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES

III.1.1 Propuesta en informe a audiencia

En la Resolución de esta Comisión de fecha 31 de marzo de 2004, por la que se modificaba la OBA de TESAÚ, se fijaron los primeros precios absolutos aplicables a la cuota mensual de GigADSL, calculados en base al mecanismo *retail minus*. Asimismo, en esta Resolución se señalaba que en las eventuales revisiones de los mecanismos de establecimiento de estos precios absolutos esta Comisión analizaría, en su caso, el conjunto de ofertas minoristas del Grupo Telefónica y las diferentes promociones presentes en el mercado.

Así pues, una vez sentadas las bases en la citada Resolución de modificación de OBA para permitir adaptar los mecanismos de determinación de los precios absolutos correspondientes a la cuota mensual del servicio GigADSL en función de las circunstancias concretas del mercado, en el informe a audiencia



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se proponía avanzar en el establecimiento de este mecanismo de cálculo del precio *retail minus*, teniendo en cuenta las promociones de las empresas del Grupo Telefónica destinadas a la captura de clientes. Con dicha propuesta se pretendía dar cumplimiento al artículo 3.2 del Reglamento de acceso al bucle de abonado, que establece que los operadores dominantes que ofrezcan acceso indirecto al bucle de abonado de su red respetarán el principio de no discriminación y de transparencia en relación con las condiciones técnicas, económicas, operativas y comerciales, en particular, frente a los operadores de redes y servicios de telecomunicación que puedan requerir este acceso.

III.1.2 Alegaciones recibidas

TESAU y TERRA muestran su desacuerdo con la introducción de un mecanismo para fijar los precios *retail minus* que tenga en cuenta las promociones del Grupo Telefónica. El resto de los operadores que han realizado alegaciones se muestran favorables a adoptar esta medida.

TESAU considera que las promociones forman parte de la política comercial de los agentes, que buscan dinamizar el mercado y ayudar a generar la demanda adicional que necesita un mercado en crecimiento, a la vez que tratan de corregir el efecto estacional que se puede producir en determinados meses de año. TESAU no comprende la adopción de este tipo de medidas, ya que las promociones se han mostrado dentro de la normalidad, sin ningún efecto fidelizador, y sin incurrir en prácticas anticompetitivas. Según TESAU, con la política comercial se trata de romper la percepción sobre una de las barreras de entrada al servicio: su precio. Este operador considera que en este mercado, como en otros, existen empresas que están realizando actuaciones muy agresivas sin importarles la calidad del cliente, provocando una reducción en el potencial de compra del usuario, cuyo principal efecto está siendo el de restar valor al mercado.

Según TESAU, uno de los motores que sigue impulsando el crecimiento del mercado de la banda ancha son las diferentes promociones. Estas promociones, que se han producido con una escasa vocación de permanencia, no presentan efectos fidelizadores y pueden ser asumibles y recuperables por los competidores en breves espacios de tiempo. El mecanismo propuesto en el informe a audiencia obligaría a TESAU a soportar parte de los costes de adquisición de clientes incurridos por sus competidores y, según este operador, pondría en serio riesgo el desarrollo de un mercado sostenible y la correcta aplicación de la regulación por incentivos, que el nuevo marco regulatorio europeo impulsa. Todo ello podría provocar el hundimiento y la pérdida de valor del mercado.

TESAU señala que con mecanismos de este tipo ciertos operadores podrían poner en práctica una política comercial agresiva, con el objetivo de que TESAU la replicara para no quedarse fuera en la captación de clientes, y en consecuencia tuviera que financiar posteriormente la política seguida por estos operadores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU considera que al intervenir indirectamente en las promociones, lo que no está incluido en la lista de remedios disponibles por los reguladores, la CMT está excediéndose en sus competencias fuera del ámbito de las obligaciones preestablecidas en el nuevo marco regulatorio.

TISCALI, AEPSI y AUNA muestran su desacuerdo con la posible discrecionalidad de la CMT para, una vez recogidos los datos, decidir en cada caso si modifica o no los precios mayoristas. Según AUNA, si la herramienta que propone el regulador no da garantía de actuación al entrante, en la mayoría de los casos la postura más razonable será inhibirse y esperar, por miedo a asumir costes económicos excesivos si finalmente el regulador no actúa.

TELE2 solicita que se extienda la aplicación de este mecanismo al acceso desagregado (acceso compartido y acceso totalmente desagregado).

III.1.3 Respuesta a alegaciones

Dados los precios mayoristas en un mercado, el Derecho de la competencia determina que las empresas dominantes integradas deben ofrecer precios minoristas que permitan a los competidores eficientes obtener un beneficio razonable. Por tanto, reducciones de precios que impidan a los operadores alternativos obtener una rentabilidad suficiente están prohibidas *per se*¹. Ahora bien, existen dificultades para distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo. Por ello, esta Comisión considera que la aplicación de un mecanismo, como el descrito en el informe sometido a audiencia, destinado a modificar los precios mayoristas fijados mediante *retail minus* como una reacción automática ante promociones llevadas a cabo por el Grupo Telefónica para la modificación de los precios mayoristas, puede resultar excesiva.

De esta forma, se considera necesario examinar condiciones adicionales en las ofertas de las empresas del Grupo Telefónica con el fin de adecuar la práctica de esta Comisión a las de otras autoridades de competencia. Así, la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos han venido utilizando el criterio de que *“la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva”*². Por tanto, para la apreciación del abuso será necesario considerar los componentes restrictivos de la conducta, tales como la intensidad y el grado de posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.

¹ Caso COMP/C1/37451, 37578, 37579, Deutsche Telekom.

² Caso Centre Belge d'Etudes de Marché Telemarketing.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, esta Comisión, en diferentes Resoluciones³, ha analizado promociones de empresas del Grupo Telefónica sin llegar a la conclusión de la existencia de prácticas abusivas. Dados estos antecedentes, implementar un mecanismo automático de modificación de los precios mayoristas se considera poco proporcionado.

Por las razones anteriores, resulta más acertado, para el caso en que se incurra en estrechamiento de márgenes, proceder caso por caso al análisis de la necesidad de paralizar la oferta en cuestión, en lugar de modificar los precios mayoristas de la OBA.

En definitiva, con la presente Resolución se aprueba un mecanismo que permite detectar qué ofertas minoristas comercializadas por empresas el Grupo Telefónica provocan situaciones de estrechamiento de márgenes, de manera que esta Comisión pueda actuar adoptando las medidas oportunas para evitar eventuales comportamientos anticompetitivos. Asimismo, lo aquí dicho se circunscribe a la modalidad D de la OBA, con tasa binaria de 256 Kbit/s – 128 Kbit/s.

El análisis respecto al estrechamiento de márgenes requiere determinar si existe un margen suficiente entre los precios de los elementos mayoristas necesarios para la provisión del servicio minorista y los precios finales para que un competidor tan eficiente como TESAU obtenga un beneficio normal. Así, en algunos mercados, determinados costes no son recuperados de forma instantánea sino que deben ser recuperados durante un periodo de tiempo. En este sentido, una empresa no esperará recuperar estos costes inmediatamente sino que buscará recuperarlos a lo largo de un determinado periodo de tiempo. Este es el caso de los servicios analizados en esta Resolución, dado que los usuarios abonan cuotas recurrentes que sirven al operador para recuperar estos costes iniciales. Asimismo, sin dichos costes iniciales, el operador no obtendría los ingresos derivados del servicio.

Por tanto, a la definición del estrechamiento de márgenes entendido en sentido general, hay que añadirle, para el caso de los servicios de banda ancha, una variable temporal. De esta forma, se debe determinar si el margen existente entre los precios de los elementos mayoristas necesarios para la provisión del servicio y los precios minoristas permitirán a un operador tan eficiente como TESAU obtener un beneficio normal en un periodo razonable de tiempo, que se determinará en la presente Resolución.

Quedarán sujetas a la presente metodología aquellas reducciones de precios destinadas a la promoción de las ventas, bien directa o indirectamente. En principio, es posible que estas reducciones puedan exceder las cantidades previstas en el estudio *retail minus* que permite fijar el precio de la cuota

³ Por todas, ver Resolución de 24 de junio de 2004, en relación con las denuncias presentadas por Wanadoo contra Terra por las promociones de Navidad de los productos ADSL Plus y ADSL Home y contra TESAU por la promoción de Navidad de la oferta Kit-ADSL USB.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mensual de conexión ADSL de la OBA. Ante estas situaciones, la CMT estudiará si dicho estrechamiento de márgenes puede conllevar un comportamiento anticompetitivo, para, si así fuera, paralizar la oferta en cuestión.

Tomando en consideración lo anterior, y a la luz de las alegaciones realizadas por los interesados, procede modificar el mecanismo descrito en el informe a audiencia, tal y como se expone en los apartados que siguen. Ha de tenerse en cuenta que en la adopción de un mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL, ya no es necesario fijar la base de clientes a tener en cuenta en recogida de información y aplicación de precios, ni establecer el período de recogida de datos, ni el momento a partir del cuál se aplican los nuevos precios, ni tampoco exigir la remisión periódica de información a la CMT por parte de las empresas del Grupo Telefónica.

III.2 CONSIDERACIÓN DEL GRUPO TELEFÓNICA

III.2.1 Propuesta en informe a audiencia

Dado que la cuota mensual por conexión GigADSL que se establece en la OBA se calcula a partir de un precio minorista, en el informe a audiencia se analizó si dicho precio debería ser el de TESAU, o bien si por el contrario deberían tomarse en consideración todos los precios de las empresas del Grupo Telefónica.

Para pronunciarse sobre una u otra posibilidad se recurrió al análisis del correspondiente mercado de referencia al por menor. A este respecto, se consideró plenamente válido el análisis realizado por esta Comisión en la Resolución de 18 de diciembre de 2003, en relación con la promoción de verano de TESAU consistente en la oferta gratuita de dos cuotas mensuales del servicio kit ADSL-USB. En dicha Resolución se determinó el mercado de referencia afectado, tanto a nivel de producto como geográfico, la caracterización del Grupo Telefónica como unidad económica y los efectos de la promoción para la competencia en el mercado de referencia.

La citada Resolución argumentaba sobradamente que deben considerarse todas las empresas del Grupo Telefónica. En concreto, se indicaba lo siguiente: *“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.”*

Conforme a los razonamientos jurídicos contenidos en dicha Resolución, el informe a audiencia concluía que a los efectos del cálculo del precio de la cuota



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mensual de GigADSL, se debía partir del precio minorista promedio de las empresas del Grupo Telefónica.

III.2.2 Alegaciones recibidas

TISCALI, AEPSI, TELE2, ASTEL y WANADOO se muestran conformes con que se tengan en cuenta las ofertas del Grupo Telefónica en su conjunto.

TESAU destaca que, para la modificación del mecanismo de cálculo de *retail minus*, se estarían tomando en consideración distintas resoluciones de la CMT en donde se analizan las ofertas desde el punto de vista minorista, sin realizar los oportunos análisis de mercado, y sin establecer la correspondiente justificación de obligaciones específicas, como exige el artículo 10 en relación con la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley 32/2003.

TESAU considera que las diferentes empresas del Grupo Telefónica constituyen entidades jurídicamente independientes con políticas comerciales distintas, con objetivos diferentes y estrategias hacia segmentos del mercado totalmente separadas. Las promociones de las distintas empresas no se han solapado ni respondido a una actuación conjunta. Según TESAU, no puede constituir una sanción para este operador el que TERRA pertenezca al Grupo Telefónica.

TERRA considera improcedente el que se tengan en cuenta sus ofertas para determinar el precio mayorista mediante el procedimiento de *retail minus*, y estima que la CMT en ningún momento motiva la adopción de esta medida en el informe a audiencia. A juicio de esta entidad, la alusión a los razonamientos jurídicos contenidos en un único expediente es un argumento harto insuficiente para justificar las medidas que se proponen.

TERRA expone que es una compañía jurídicamente independiente de TESAU, que tiene sus propios objetivos económicos, y con ofertas comerciales diferentes a las de la propia TESAU. TERRA tiene algunas ofertas comerciales más agresivas que las de TESAU, las cuales no surgieron sino como respuesta a la competencia, particularmente WANADOO. TERRA considera pernicioso que, si los competidores bajasen aún más sus precios, la respuesta de TERRA para seguir siendo competitiva provocara una bajada del precio mayorista.

III.2.3 Respuesta a alegaciones

Respecto a la calificación del Grupo Telefónica como unidad económica, esta Comisión considera plenamente vigentes las conclusiones a que se llegó en la resolución de 18 de diciembre de 2003, en relación con la promoción de verano de TESAU consistente en la oferta gratuita de dos cuotas mensuales del servicio kit ADSL-USB. En dicha Resolución se estimó que las diferentes empresas que componen el Grupo Telefónica cumplen con las condiciones que impone la jurisprudencia europea respecto a la consideración de unidad económica. En este sentido, el funcionamiento real de los mercados evidencia



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 control⁵.

Por las razones anteriores tampoco pueden admitirse las alegaciones con respecto al carácter de entidades jurídicamente independientes que tienen TESAU, TERRA y Telefónica Data España, S.A. (en adelante, TDATA).

En suma, la falta de independencia económica en el mercado de las empresas del Grupo Telefónica hace que todas sus ofertas deban ser consideradas en la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes.

III.3 CONSIDERACIÓN DE PROMOCIONES, DESCUENTOS Y REGALOS

III.3.1 Propuesta en informe a audiencia

En el informe a audiencia se planteaba que en el cálculo de la cuota de GigADSL se consideraran únicamente los descuentos que el Grupo Telefónica aplicaba a la cuota mensual del abonado. Por el contrario, se proponía no tener en cuenta otros tipos de descuentos o regalos destinadas a la captación de nuevos clientes, referidos a cuota de alta, módem, etc.

III.3.2 Alegaciones recibidas

TISCALI, AEPSI, TELE2, MCI, ASTEL, AUNA y WANADOO consideran que deberían considerarse todos los conceptos que afectan al precio, los cuales incluyen el regalo de cuotas mensuales, el regalo o la disminución de las cuotas de alta y de baja, el regalo de productos o servicios específicos (módem, minutos de servicio telefónico, etc.), los sorteos de productos, así como cualesquiera otros regalos que pudieran ofrecerse.

Según TISCALI, todos estos conceptos forman parte de los costes de adquisición. MCI y ASTEL alegan que de considerarse únicamente los descuentos en la cuota mensual, el Grupo Telefónica sólo tendría que trasladar la promoción al resto de las cuotas o regalos para llevar a cabo prácticas de pinzamiento de precios, con lo que todo el mecanismo objeto de este

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".

⁵ Esta es la situación de las empresas del Grupo Telefónica. TESAU es filial 100% de Telefónica S.A. Por su parte, TDATA es filial al 100% de Telefónica DataCorp, que es, a su vez, una entidad filial al 100% de Telefónica S.A. Asimismo, TERRA está controlada por Telefónica S.A.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expediente quedaría desvirtuado. WANADOO destaca que esta es la alegación de mayor relevancia entre las que hace llegar a la CMT. TELE2 señala que las empresas del Grupo Telefónica incluyen continuamente la gratuidad de la cuota de alta y del módem, y estima que de no incluirse estos conceptos se fomentarían comportamientos anticompetitivos de TESAU.

En cuanto a la valoración del coste de los productos que se regalen, TISCALI y AEPSI señalan que se deben valorar según el coste real de mercado para un operador alternativo, que no cuenta con el volumen de pedidos del Grupo Telefónica. En cuanto al regalo en forma de servicios prestados por el Grupo Telefónica (minutos de tráfico, etc.) debería considerarse igualmente el coste real en el mercado según estas alegaciones.

TISCALI y AEPSI solicitan que se prohíba expresamente a las empresas del Grupo Telefónica realizar promociones de ADSL mediante la vinculación a otros servicios de telecomunicaciones, cuando estos sean prestados por ella misma o por otras empresas de su grupo.

TESAU alega que los regalos o subvenciones asociados con las nuevas altas no tienen relación alguna con el servicio de conectividad GigADSL, y la petición de información sobre los mismos supone una injerencia desorbitada de la CMT en la libertad de empresa.

AEPSI, MCI, ASTEL y WANADOO solicitan que el mecanismo de revisión del precio mayorista *retail minus* también tenga en cuenta aquellas propuestas personalizadas destinadas por el Grupo Telefónica a grandes clientes o clientes preferenciales, incluidos los institucionales en el marco de concursos públicos.

III.3.3 Respuesta a alegaciones

A la luz de las alegaciones recibidas, se estima oportuno que el mecanismo que se establezca para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL, considere todas las promociones que supongan un beneficio económico para el abonado en el momento de contratar estos servicios.

De acuerdo con Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior⁶, se entenderá por promoción las siguientes prácticas:

- Descuentos: oferta temporal de una reducción del precio, una cantidad adicional del bien sin coste adicional para el comprador o un cupón o vale que otorga al comprador de un bien el derecho a una reducción en el precio de otro bien;

⁶ Comunicación de la Comisión sobre las promociones y las ventas en el mercado interior (COM (2001) 546).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Obsequios: oferta temporal para proporcionar sin coste alguno un bien o servicio, independientemente que haya o no la obligación de compra de otro bien o servicio del mismo tipo;
- Primas: oferta temporal para proporcionar un bien o servicio de un tipo que no sea idéntico al bien o servicio cuya compra se promociona;
- Concursos y juegos: oferta temporal para participar en un concurso, que puede estar sujeta a una obligación previa de comprar un bien o servicio, en que el ganador se designa bien previa demostración de su habilidad o bien mediante el azar.

Así pues, en dicho mecanismo se considerarán todas las promociones hacia el abonado, entendiendo por promociones todo tipo de descuentos (pudiendo llegarse a la gratuidad) y regalos, como pueden ser: descuentos en cuotas de alta, descuentos en cuotas mensuales de abonado, regalos de módem o módem/router, otros regalos relacionados con el servicio de acceso a Internet sobre ADSL, otros regalos relacionados con servicios de comunicaciones electrónicas (minutos de tráfico, etc.), otros regalos ajenos al sector (reproductores DVD, cámaras fotográficas, etc.).

La cuota mensual tendrá un tratamiento particular. En este caso se considerarán las cuotas aplicadas a lo largo de todo el periodo de recuperación de los costes de adquisición y también se computarán los eventuales recargos (minorando la cuantía de la promoción), con respecto de la cuota mensual de referencia que viene dada por el precio minorista de TESAÚ.

Los regalos se valorarán a precios de coste del Grupo Telefónica, al considerar que dichos precios mayoristas son los más objetivos a la hora de determinar si se ha producido una promoción excesiva con respecto a lo previsto en los estudios de costes.

Tener en cuenta los costes de los competidores, además de presentar grandes dificultades, resulta innecesario. En el caso de productos (módem, elementos de filtrados, regalos, etc.) hay mucha diversidad en cuanto al poder de compra de los diferentes competidores del Grupo Telefónica. De hecho, algunos de estos competidores debemos presumir que tienen un poder de compra incluso superior al de TESAÚ, si se tiene en cuenta su presencia como grupo en otros países. En cuanto a servicios mayoristas ofrecidos por operadores dominantes del Grupo Telefónica, debe tenerse en cuenta que la normativa sectorial exige determinar en qué medida deben estar sujetos a no discriminación y a orientación a costes, con lo que en la valoración de estos regalos en ADSL se aplicarán condiciones no discriminatorias con respecto a los competidores.

En cuanto a la promoción basada en la gratuidad de la cuota de alta, y para el caso de que no se necesite instalación de splitter, lo que viene siendo habitual en las conexiones de la modalidad D (256 kbit/s – 128 kbit/s sin garantía), debe



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tenerse en cuenta que en la OBA se diferencia entre el precio de nueva alta (42,83 euros) y el de traspaso (24,41 euros), siendo el segundo claramente inferior. En rigor, el coste medio de esta promoción para dicha modalidad D, mayoritaria en el mercado, tendría que calcularse tomando en consideración la distribución de las altas entre nuevas altas y traspasos, lo que reduciría la cuantía de la promoción con respecto a considerar en todos los casos como coste el precio de la nueva alta de conexión.

Por lo que se refiere a la eventual promoción del Grupo Telefónica consistente en la gratuidad de la cuota de baja, ha de remarcarse igualmente que en la OBA sólo se establece un precio para el caso de baja en el servicio, y no cuando el abonado se cambia a otro operador, en cuyo caso sería el nuevo operador quién soportara el coste del traspaso. El que las empresas del Grupo Telefónica no trasladasen el coste de la baja a los clientes podría tenerse en cuenta en el mecanismo que se pretende establecer en esta Resolución, lo que elevaría la cuantía de la promoción.

El hecho de contabilizar separadamente los traspasos en el caso de las altas, y la posibilidad de cuantificar el coste de la baja, provocan variaciones en una cantidad relativamente baja y de signo contrario en el cálculo del coste asociado con las promociones. En consecuencia, se estima oportuno despreciar el resultado conjunto producido por ambos efectos, en tanto no se justifique que tienen un mayor impacto en la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en servicios ADSL.

En cuanto a la solicitud de TISCALI, para que se prohíba expresamente a las empresas del Grupo Telefónica realizar promociones de ADSL mediante la vinculación de otros productos, cabe indicar que dicha petición no se comprende una vez adoptado el acuerdo de la CDGAE, de 25 de septiembre de 2003, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por TESAU. En este acuerdo, que entró en vigor con fecha 1 de noviembre de 2003, se determina que los precios de los servicios ADSL minoristas prestados por TESAU dejan de estar sujetos al régimen de precios autorizados administrativamente y pasan a quedar sometidos al régimen de comunicación. Sin perjuicio de lo anterior, se estima que la posible limitación en los regalos promocionales que puede realizar el Grupo Telefónica queda fuera del ámbito del presente expediente, por el que únicamente se establece el mecanismo para que dichas promociones se tengan en cuenta en la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes.

Sobre la petición de que no se queden fuera de este mecanismo aquellas propuestas personalizadas destinadas a grandes clientes o clientes preferenciales, cabe indicar que, efectivamente, dichas ofertas minoristas del Grupo Telefónica deben ser consideradas en la aplicación de este mecanismo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III.4 PERIODO DE RECUPERACIÓN DE LOS COSTES DE ADQUISICIÓN DE CLIENTES

III.4.1 Propuesta en informe a audiencia

En el informe a audiencia se estimaba que el precio minorista de referencia para el cálculo del *retail minus* debía ser la cuota mensual promedio que el Grupo Telefónica aplica durante el periodo previsto para la recuperación de los costes de adquisición del cliente, es decir, la cuota ponderada de los meses sujetos a promoción y los meses en que se aplica la cuota general.

Asimismo, a los efectos de este cálculo se consideró que dicho periodo de recuperación de costes coincidía con el periodo mínimo de servicio obligatorio para el cliente, o bien el periodo inicial en el que una resolución del contrato por el cliente puede dar lugar a penalización. En el informe a audiencia se consideraba por defecto un periodo para recuperar los costes de captación de 12 meses.

III.4.2 Alegaciones recibidas

TISCALI y AEPSI consideran acertado el fijar en 12 meses el periodo previsto para la recuperación de los costes de adquisición, al estimar que es acorde con las prácticas de los PSIs. Además, entienden que este plazo debería fijarse expresamente, sin quedar ligado al periodo mínimo de contratación obligatoria para el cliente que aplique el Grupo Telefónica, sin perjuicio de su posible revisión en caso de que las circunstancias del mercado variasen sustancialmente. WANADOO también se muestra de acuerdo con este periodo de 12 meses para calcular el efecto de las promociones.

TESAU señala que la realización de promociones va aparejada a la obligación de mantener el contrato por un periodo no inferior a los 24 meses. En consecuencia, estima que el operador que se vea beneficiado de las reducciones de precios que se produzcan en el servicio GigADSL, debe mantener su relación con TESAU durante al menos 24 meses, los mismos que se suelen exigir a los clientes.

TERRA estima que la vida media esperada de un cliente de ADSL es sin duda superior a 12 meses y que deben utilizarse los datos reales calculados a partir de la tasa anual de renovación o "*churn rate*".

III.4.3 Respuesta a alegaciones

Tal como se ha descrito en apartados anteriores, el mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL +va a tener en cuenta no sólo descuentos en la cuota mensual del cliente, sino también cualquier otro tipo de descuento o regalo para el cliente que se da de alta en ADSL.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con este nuevo enfoque, resulta aconsejable que el periodo de amortización de todas las promociones consideradas dentro del concepto de costes de adquisición del cliente coincida con el periodo medio de permanencia del cliente con el operador. El inconveniente con que nos encontramos es la falta de información fiable para calcular el periodo medio de permanencia con cierto rigor, lo que se debe a la alta tasa de crecimiento del mercado y el consiguiente carácter reciente de la base de clientes. Baste decir que en junio de 2002 había 660.861 clientes con ADSL, y que en marzo de 2004 esta cifra ascendía a 1.847.346, lo que quiere decir que al menos el 64 % de las conexiones, a marzo de 2004, tenían una antigüedad inferior a los 18 meses.

Ante la imposibilidad de calcular de manera precisa el periodo medio de permanencia, a los efectos del mecanismo descrito en la presente Resolución asumiremos que es de 24 meses. Esta cifra podrá revisarse en cuanto se disponga de información fiable sobre dicho periodo.

En cuanto a la alegación de TESAU solicitando que el operador debería mantener su relación con TESAU durante al menos 24 meses, cabe indicar que dicha petición carece de toda lógica. Esto se debe a que en la provisión del servicio mayorista GigADSL, TESAU no está aplicando ninguna promoción, ni tiene coste de captación de cliente alguno que recuperar. El operador alternativo sólo obtiene un precio mayorista que le va a permitir competir con las promociones del Grupo Telefónica, pudiendo asumir los mismos costes de captación de clientes que se recuperarán durante estos 24 meses.

III.5 COHERENCIA CON COSTES CONTABILIZADOS EN EL RETAIL MINUS VIGENTE

III.5.1 Propuesta en informe a audiencia

En la propuesta contenida en el informe a audiencia se pretendía emplear el precio minorista que más se acercara al real en el cálculo del precio mayorista de la cuota mensual de GigADSL. En este sentido, y dando por hecho que no se iban a considerar descuentos, promociones o regalos ajenos a la cuota mensual de abonado, se estimó que lo más acertado era calcular el precio minorista de referencia a partir del precio promedio que aplicaban las distintas empresas del Grupo Telefónica en sus diferentes promociones.

III.5.2 Alegaciones recibidas

Tal como queda recogido en el apartado III.3, los operadores competidores del Grupo Telefónica solicitan de forma unánime en sus alegaciones que en el mecanismo de cálculo del *retail minus* se tengan en cuenta no sólo los descuentos en la cuota mensual, sino cualesquiera otros regalos o descuentos que obtenga el abonado al contratar los servicios de acceso a Internet mediante ADSL.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU considera que las promociones se encuentran incluidas dentro del coste de adquisición del cliente, que cada agente tiene periodificado e incorporado en su cuenta de resultados.

III.5.3 Respuesta a alegaciones

Tal como se ha visto en el apartado III.3, se acepta que se tengan en cuenta todo tipo de descuentos y regalos en la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL.

Ahora bien, al hacer un análisis global de todos los conceptos que afectan a las promociones, ya no es posible mantener la propuesta que se hacía en el informe a audiencia. Con este nuevo planteamiento de considerar todos los conceptos, no se puede pasar por alto que en los estudios de costes que dieron lugar al establecimiento de un descuento para obtener el precio mayorista, actualmente fijado en el 42 % para la modalidad D (tasa binaria de 256 kbit/s - 128 kbit/s sin garantía), ya se tenían en cuenta los costes derivados de promociones dirigidas al cliente final. Así pues, en coherencia con dichos estudios de costes, hay que valorar si las promociones dirigidas hacia el abonado superan o no la cuantía estimada en estos análisis para esta modalidad, sobre la que se va a realizar el test de estrechamiento de márgenes.

En el estudio de costes que sirve de base al establecimiento de precios mayoristas con *retail minus*, la partida de promociones comerciales para clientes finales forma parte de una partida mayor que engloba costes comerciales, operativos y beneficios. A partir de las hipótesis de dicho estudio *retail minus*, que da lugar a los precios vigentes, los costes imputados a promociones de abonado quedan cuantificados en el 19,6 % del precio minorista para dicha modalidad D.

Es necesario aclarar que dicho porcentaje del 19,6 % sobre el precio minorista que incluye el cálculo *retail minus* vigente, está muy ligado al escenario definido por las circunstancias actuales. Es decir, si hubiera un cambio significativo de tales circunstancias, debido por ejemplo a una reducción sustancial en el importe de las cuotas mensuales minoristas aplicadas por TESAU, todas las partidas de costes del análisis *retail minus* habrían de ser revisadas, y este porcentaje que refleja los costes de promociones de abonado podría variar.

III.6 DESCRIPCIÓN DEL MECANISMO EMPLEADO POR LA CMT PARA DETECTAR SITUACIONES DE ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES EN LOS SERVICIOS ADSL

El mecanismo descrito a lo largo de esta Resolución, que se aplicará de forma independiente a cada oferta realizada por empresas del Grupo Telefónica en la modalidad de conexión GigADSL denominada D en la OBA, se resume a continuación:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Se calcula el importe total de la promoción, es decir, la suma de los descuentos o regalos aplicados a una nueva alta, valorados a precio mayorista. Para valorar los descuentos en las cuotas mensuales (en este caso se computan también los eventuales recargos minorando la cuantía de la promoción), se consideran las cuotas aplicadas a lo largo de todo el periodo de recuperación de costes de adquisición respecto de la cuota mensual minorista de referencia.
2. Se calcula el importe de la promoción por mensualidad, que se obtiene como el cociente de su importe total entre el número de meses del periodo de recuperación de costes de adquisición.
3. Se calcula el porcentaje que dicho importe mensual representa sobre la cuota mensual de referencia (la cuota mensual de referencia es el precio minorista aplicado por TESAU para la modalidad D, empleado en el cálculo *retail minus*).
4. Se analiza si dicho porcentaje supera el porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a promociones. Si lo supera, se considerará que dicha oferta provoca una situación de estrechamiento de márgenes, lo que será tenido en cuenta por esta Comisión a la hora de analizar si existe un comportamiento anticompetitivo.

De acuerdo con lo señalado en apartados anteriores:

1. Las ofertas a considerar son las de todas las empresas del Grupo Telefónica, con las características técnicas definidas por la modalidad D incluida en la OBA vigente (256 kbit/s – 128 Kbit/s sin garantía).
2. El porcentaje máximo de la cuota mensual minorista destinado a promociones es del 19,6 % para dicha modalidad D, de acuerdo con el *retail minus* vigente.
3. El periodo de recuperación de costes de adquisición se estima en 24 meses.
4. En caso de modificarse la OBA de manera que afecte al *retail minus* vigente, habrá que actualizar los apartados anteriores de acuerdo con los cambios que se aprueben en dicha revisión de la OBA.

En virtud de todo lo expuesto, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Primero. Desestimar la aprobación de un mecanismo para considerar las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU fijados mediante *retail minus*.

Segundo. Dar publicidad al mecanismo descrito en el apartado III.6 de la presente Resolución, como mecanismo para la detección de situaciones de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL comercializados por empresas del Grupo Telefónica.

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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real