



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 Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión nº 34/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de septiembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LAS DENUNCIAS PRESENTADAS POR WANADOO ESPAÑA, S.L., UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. Y LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA PROMOCIÓN ESTIVAL DEL SERVICIO ADSL

(AEM 2004/1114)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito, cuya entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) ha sido registrada con fecha 21 de junio de 2004, Wanadoo España, S.L. (en adelante, WANADOO) y UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante UNI2) solicitan la intervención de esta Comisión ante cierta conducta de Telefónica de España, S.A.U (en adelante, TESAU).

En el mencionado escrito se expone cómo TESAU estaría incurriendo en prácticas contrarias a la libre competencia mediante la comercialización de ofertas relativas a los servicios de banda ancha. En particular, WANADOO y UNI2 denuncian la oferta de este operador relativa al kit ADSL USB y a la Línea ADSL 256Kbps, por la que se regalan las cuotas de abono correspondientes a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los meses de junio, julio y agosto, para aquellos clientes que contraten el citado servicio entre el 15 de junio y el 31 de agosto.

Según los denunciantes, TESAU habría incurrido en las siguientes conductas contrarias a la libre competencia:

- El pinzamiento de márgenes en que incurre la oferta;
- La concatenación de promociones similares como estrategia del Grupo Telefónica para debilitar la posición del resto de operadores.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 28 de junio de 2004 del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fue notificada la apertura del presente procedimiento a TESAU, WANADOO y UNI2.

TERCERO.- Con fecha 29 de junio de 2004 tuvo entrada en el registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL). En este escrito, ASTEL denunciaba las mismas prácticas descritas anteriormente en la promoción de TESAU. Asimismo, ASTEL denuncia que TESAU habría vulnerado las obligaciones de comunicación de modificaciones de precios que pesan sobre ella.

CUARTO.- Mediante escrito de 6 de julio de 2004 del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fue notificado a ASTEL que, por estar íntimamente relacionado el objeto de su denuncia con el del escrito mencionado en el apartado primero y que dio lugar a la apertura del correspondiente expediente administrativo, se procede a la acumulación de la misma al Expediente AEM 2004/1114.

QUINTO.- Una vez finalizada la instrucción del procedimiento y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, esta Comisión procedió a comunicar a los interesados, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente, mediante sendos escritos con fecha de salida el día 29 de julio de 2004.

SEXTO.- Dentro del plazo conferido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, WANADOO, junto con UNI2, presentó un escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el día 3 de agosto de 2004. Asimismo, el día 6 de agosto de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de alegaciones de ASTEL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la habilitación competencial de esta Comisión para la tramitación del presente procedimiento se encuentra recogida en el artículo 48.3. e) que establece que corresponde a esta Comisión “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta”.

Asimismo, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LJPAC) de conformidad con el artículo 48.1. de la citada Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

II RESPECTO A LA VULNERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN ESTABLECIDO POR LA ORDEN PRE/3028/2003

De acuerdo con ASTEL, TESAU debería haber comunicado la anterior promoción de acuerdo con el punto Segundo del Anexo de la Orden PRE/3028/2003¹, por el cual, se establece que:

“De acuerdo con el régimen de comunicación, las modificaciones de los precios minoristas para estos servicios deberán ser comunicados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, a los Ministerios de Economía y 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”

En este sentido cabe decir que con fecha 31 de mayo de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de TESAU en el que comunicó la promoción objeto de la denuncia.

¹ ORDEN PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de lo anterior, cabe concluir que TESAU no ha vulnerado las obligaciones de comunicación que tiene impuestas respecto a la regulación de precios minoristas.

III RESPECTO A LOS MERCADOS AFECTADOS POR LAS CONDUCTAS DEL GRUPO TELEFÓNICA Y SU POSICIÓN EN LOS MISMOS

III.1 Mercado de referencia afectado

En primer paso, a la hora de analizar presuntas conductas contrarias a la libre competencia por parte de un operador dominante, es determinar el mercado de referencia. En este sentido, de acuerdo con la normativa y consolidada jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, los mercados de referencia han de ser definidos caso por caso.

Por ello, de cara a evaluar si una determinada empresa disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, “...*de una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, de los consumidores*”², la labor de definición del mercado afectado reviste una importancia esencial, puesto que la existencia de competencia efectiva sólo puede ser examinada por referencia a un mercado específico que debe ser previamente definido.

A este respecto, cabe tener en cuenta que la determinación del mercado de referencia no es un fin en sí mismo, sino que forma parte del proceso de evaluación del poder económico que ostenta una determinada empresa en ese mercado particular, así como de su capacidad para controlar el desarrollo de la competencia en el seno del mismo³.

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.

² Caso 27/76 United Brands v. Comisión.

³ Asunto C-242/95: GT-Link, apartado 36.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III.1.1 Mercado de producto

El mercado de producto afectado en el marco del presente procedimiento 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.

Este mercado ha sido definido por esta Comisión en sus Resoluciones de 19 de septiembre de 2002⁴ y de 18 de diciembre de 2003⁵. En ellas 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). En concreto, 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;
- 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).

Si bien 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 concreto⁶, en el caso de referencia se concluye que las condiciones del mercado, por lo que se refiere a la sustituibilidad de la demanda, se mantienen desde estos expedientes. Así, los servicios de banda ancha vienen a satisfacer las mismas necesidades descritas anteriormente, por lo que no cabe modificar la definición anterior.

Por tanto 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

⁴ 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.

⁵ Resolución de 18 de diciembre de 2003 en relación con la promoción de verano de Telefónica de España S.A.U. del servicio "Kit ADSL USB".

⁶ Ver Caso T-125/97, Coca-Cola v Comisión.

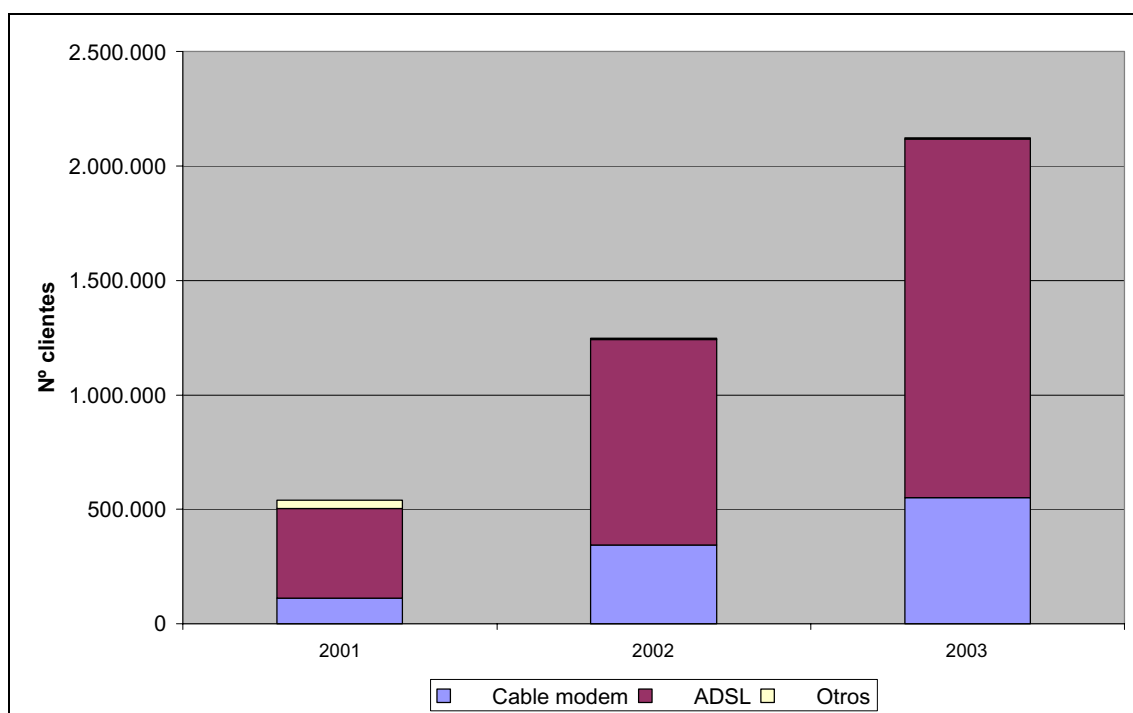


COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cablemódem y el bucle de abonado inalámbrico (WLL), cuyos exponentes principales son las tecnologías LMDS y MMDS.

Según los datos de que dispone esta Comisión⁷, el grado de implantación de dichas tecnologías de banda ancha en el mercado final de servicios de acceso de banda ancha no es uniforme, como se pone de manifiesto en el siguiente gráfico:

Gráfico 1. Evolución del número de clientes en función de la tecnología de acceso



De los datos anteriores, cabe concluir, que la solución ADSL es la tecnología que predomina en la prestación al público de servicios de acceso de banda ancha, representando dicha tecnología más del 70% del total de esos accesos actualmente en servicio en España.

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.

⁷ Datos del Informe Anual 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

III.1.2 Mercado geográfico

De cara a establecer cuál es el ámbito geográfico que corresponde al mercado de referencia afectado, cabe tener en cuenta que, conforme con la Comunicación de la Comisión Europea, de fecha 9 de diciembre de 1997, el principio básico a contemplar reside en la identificación de presiones desde el punto de vista de la competencia⁸.

Los criterios utilizados tradicionalmente por las autoridades de competencia para determinar el alcance geográfico del mercado de referencia son⁹:

- La zona cubierta por una red. En el caso de los servicios minoristas de banda ancha, la existencia de una oferta mayorista regulada mediante la Oferta del Bucle del Abonado hace que, no puedan distinguirse ámbitos geográficos inferiores al nacional;
- Existencia de instrumentos legales. Respecto a este criterio cabe decir que la práctica totalidad de la regulación existente en este mercado y en sus mercados mayoristas conexos, se aplica de forma homogénea en la totalidad del territorio nacional.

Por tanto, no cabe considerar la existencia de zonas geográficas más reducidas que ésta en las que, eventualmente, pudieran detectarse condiciones de competencia diferentes. Así, el mercado geográfico de referencia es nacional.

⁸ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (2002/C165/03).

⁹ Ver párrafo 59 de las citadas Directrices.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III.2 Evaluación del poder de mercado ostentado por TESAU en el mercado de referencia considerado

III.2.1 Posición de TESAU en el mercado de referencia

Los servicios de banda ancha han demostrado un dinamismo importante durante 2003. Los ingresos ascendieron a 848 millones de euros, lo que supone un incremento del 88% con respecto a 2002.

Durante 2003, las empresas del grupo Telefónica (TESAU y TERRA)¹⁰ han consolidado su posición en la prestación de los servicios de acceso a Internet de banda ancha, alcanzando una cuota de mercado por ingresos superior al 64%, como se observa en la tabla siguiente¹¹, en la que se presentan las cuotas de los principales agentes del mercado. Por su parte, los operadores de cable se convierten, en conjunto, en la segunda alternativa para la provisión de estos servicios. Auna Telecomunicaciones y Cableuropa (ONO) se convierten en el segundo y el tercer operador del mercado, acumulando más del 15% del total de ingresos. Finalmente, los operadores basados en la reventa de servicios mayoristas pierden importancia en el conjunto del mercado, destacando Wanadoo como cuarto operador con una cuota de mercado del 6,4%.

	2002	2003
Telefónica de España	49,1%	57,1%
Auna Telecomunicaciones	10,0%	8,5%
Terra Networks España	13,1%	7,7%
Grupo Ono	6,7%	6,9%
Wanadoo España	2,5%	6,4%
Yacom Internet Factory	3,6%	4,2%
Retecal Sociedad Oper. de Tel. Castilla-Leon	1,9%	1,3%

¹⁰ Estas dos empresas deben considerarse como una misma unidad económica, dada su pertenencia al mismo grupo empresarial. Así se ha considerado por esta Comisión en diversas Resoluciones (por todas, Resolución de de 18 de diciembre de 2003 sobre 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").

¹¹ Ver nota al pie 7.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecable de Asturias	1,9%	1,3%
R Cable y Telecomunicaciones Galicia	0,4%	1,1%
Colt Telecom España	1,6%	1,0%
Euskaltel	0,5%	1,0%

Si se contabilizan únicamente los ingresos derivados de los servicios ADSL, la cuota anterior aumenta a niveles superiores del 80%, dato que pone de manifiesto la importante posición del grupo en estos servicios.

Por otra parte, la cuota de mercado por clientes del grupo Telefónica alcanzó el 58%, nueve puntos inferiores a su cuota de mercado por ingresos.

Con el fin de ilustrar el comportamiento dinámico de los servicios ADSL, se presenta a continuación la evolución mensual del crecimiento neto de líneas y de la cuota de mercado del Grupo Telefónica:

Gráfico 2. Evolución de las altas netas y de la cuota de mercado del grupo Telefónica

[CONFIDENCIAL]

Como se puede observar, la cuota del Grupo Telefónica por número de líneas se ha mantenido constante alrededor del 80%. Asimismo, se puede comprobar que los meses estivales se caracterizan por una reducción en el número de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

altas netas, esto es, con un fuerte carácter estacional, que promociones como la denunciada pretenden mitigar.

La cuota de mercado no puede analizarse de forma estática, dado que como prevén las citadas Directrices¹², *“puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene PSM, y por tanto ocupa una posición dominante, si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo”*. El grupo Telefónica acumulaba una cuota de mercado en ingresos superior al 92% en 2000 y del 76% en 2001. Como puede apreciarse de los datos anteriores, la cuota de TESAU para los años 2002 y 2003 de un 49,1% y de un 57,1%, respectivamente, por lo que se puede concluir que la cuota de mercado de las empresas del grupo Telefónica se ha reducido de una manera sensible desde 2000.

Dado el crecimiento del mercado, que se encuentra en una fase expansión, y la evolución de la cuota de mercado del grupo Telefónica, no puede concluirse que ostente una posición de dominio en el mercado minorista de servicios de banda ancha.

Ahora bien, la calificación de la posición de dominio puede también realizarse a partir de la posición del grupo Telefónica en mercados conexos al analizado en el marco del presente expediente¹³. Así, de acuerdo con la Resolución del Tribunal en el asunto Tetra Pak II¹⁴, una empresa que ocupe una posición dominante en un mercado y una posición preeminente en otro mercado distinto, pero estrechamente conectado con el primero, se encuentra por ello en una situación comparable a una posición dominante en ambos mercados considerados en su conjunto.

Debido a los elevados costes que implica la creación de una infraestructura alternativa de acceso, en general los operadores presentes en el mercado de servicios de banda ancha minoristas dependen de las redes de acceso del operador tradicional. En efecto, la provisión mayorista de las infraestructuras de acceso y el mercado mayorista son mercados conexos dado que, los servicios de acceso son un elemento esencial para la prestación del servicio de banda ancha.

¹² Ver nota 8.

¹³ Tal y como ya fue analizado en la Resoluciones 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 (Expediente OM 2001/5678) y 18 de diciembre de 2003, en relación con la promoción de verano de Telefónica de España S.A.U del servicio “Kit ADSL USB” (Expediente AEM 2003/1095)

¹⁴ Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, hasta el momento, ningún operador entrante ha podido crear una red de acceso comparable a la del operador tradicional. Así, existen alternativas en regiones geográficas limitadas pero no son suficientes para considerarlas sustituibles en el mercado español. Así, a pesar de que la red de acceso del operador incumbente no sea la única infraestructura técnica a partir de la cual se pueden prestar los servicios de banda ancha a los usuarios finales, en la actualidad, estas redes alternativas no pueden considerarse, ni de forma aislada ni en el caso de utilizarse de manera combinada, una alternativa viable.

En efecto, TESAU mantenía en diciembre de 2003¹⁵ más de 12,3 millones de clientes de acceso directo, que suponían a su vez más de 18,8 millones de líneas. Si las magnitudes anteriores se comparan con las de sus competidores se obtiene como resultado la posición del grupo Telefónica, y de TESAU en particular, en la provisión de los medios necesarios para la prestación de los servicios de banda ancha. Así, los operadores alternativos contaban, en su conjunto, en ese mismo periodo, con 1,5 millones de clientes (el 12% de los de TESAU) y 2,9 millones de accesos (el 15% de los de TESAU).

Adicionalmente cabe decir que los costes necesarios para la creación de una red que llegue a un porcentaje de población similar al de las redes del operador tradicional resultan poco rentables y su extensión a todo el territorio nacional es difícil en un futuro inmediato.

Este control por parte de las empresas del grupo Telefónica y, de TESAU en particular, de una infraestructura difícilmente replicable que, a su vez, constituye un elemento esencial en la producción de los servicios minoristas hace que deba considerarse a este grupo empresarial como un operador dominante no solo en la provisión de los servicios mayoristas, sino también en los minoristas, dada la conexión entre ambos mercados y su posición en el primero¹⁶.

ASTEL solicita en su escrito de alegaciones que *“se declare que, a los efectos del presente expediente, el grupo Telefónica tiene Poder Significativo de Mercado en el mercado de servicios minoristas de banda ancha, directamente por su posición en el mercado de servicios minoristas objeto de este expediente, y no sólo por disfrutar de dicha PSM en mercado conexo de servicios mayoristas”*.

¹⁵ Ver nota 7.

¹⁶ Argumentos similares fueron utilizados por la Comisión Europea en la Decisión de 21 de mayo de 2003, Asunto COMP/C-1/37.451, Deutsche Telekom, AG.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con la jurisprudencia consolidada, *“una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante”*¹⁷. En el caso del mercado de banda ancha, el dinamismo observado y la variación en las cuotas del Grupo Telefónica hacen que el juicio respecto a la eventual posición dominante en el mercado no sea definitivo.

IV RESPECTO A LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA DENUNCIADAS

Dado el mercado relevante y la posición que ocupa TESAU en el mismo, WANADOO, UNI2 y ASTEL consideran que la oferta comercial denunciada es abusiva por las siguientes razones:

- Constituye un pinzamiento de márgenes, dado que no permite a los operadores alternativos que contratan los elementos mayoristas obtener un beneficio normal.
- Supone la concatenación con promociones anteriores con el fin de debilitar la posición del resto de operadores.

IV.1 Sobre el posible estrechamiento de márgenes por parte de TESAU en la promoción denunciada

En lo que respecta al mercado de las comunicaciones electrónicas, de acuerdo con la Comunicación de Acceso, la Comisión Europea sostiene que se produce un estrechamiento de márgenes si:

“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)

¹⁷ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, Expediente R 362/99, Caso Bacardí.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, 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 un competidor tan eficiente como TESAU obtengan un beneficio normal.

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, 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 anterior respecto al estrechamiento de márgenes entendido en sentido general, hay que añadirle, en 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.

IV.1.1 Descripción del mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL

Mediante Resolución de 15 de julio de 2004¹⁸, esta Comisión aprobó un mecanismo diseñado para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL. Así, esta Comisión aplicará la siguiente metodología:

- 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.*

¹⁸ 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.*

Asimismo, se señalaba en la citada Resolución que:

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.*

Tanto en el escrito de alegaciones de WANADOO y UNI2 así como en el de ASTEL, se plantean diversas cuestiones sobre la metodología anterior que, según dichos interesados, adolece de debilidades y ausencia de rigor en su planteamiento. Tal y como reconoce ASTEL en su escrito, dichas cuestiones han sido expuestas en el recurso de reposición presentado por dicha asociación con relación a la citada Resolución de 15 de julio de 2004. Por consiguiente, será en el seno de dicho procedimiento donde esta Comisión tratará las alegaciones a la metodología utilizada en el presente expediente.

En los siguientes apartados se procede a evaluar los aspectos anteriores para el caso concreto de la promoción denunciada:

IV.1.2 Promoción Verano 2004

A continuación se presentan los resultados de los cálculos realizados de cara a examinar cuál sería el coste para un operador alternativo que pretendiese llevar a cabo una promoción similar a la de TESAU. Adicionalmente, la promoción incluye:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El regalo del MODEM, que se ha valorado a precios mayoristas, en 25 euros y,
- El regalo de 3,73 euros por cuota de alta, que es la diferencia entre el precio de alta cobrado al usuario (38,10 euros) y el precio mayorista de dicha alta (41,83).

A partir de la metodología anterior puede estimarse que el importe de la promoción asciende a (punto 1º de la metodología):

$$\text{Importe Promoción} = 78,14 \text{ euros} + 25 \text{ euros} + 3,73 = 106,87 \text{ euros}$$

De esta forma, el importe mensual de la promoción ascenderá a (punto 2º de la metodología):

$$\text{Importe Mensual de la promoción} = 106,87 \text{ euros} / 24 \text{ meses} = 4,45 \text{ euros}$$

IV.1.3 Margen de la promoción comercializada por TESAU

Siguiendo con la metodología anterior, en el punto 3º se debe comparar el importe de la promoción con la cuota de referencia:

$$\% \text{ de la Promoción} = 4,45 \text{ euros} / 39,07 \text{ euros} = 11,4 \%$$

Dado que el porcentaje máximo estimado de acuerdo con el mecanismo *Retail Minus* se estima en un 19,6%, es claro que, la oferta de TESAU no es abusiva, por cuanto los operadores alternativos obtendrían beneficios positivos de su comercialización.

ASTEL pone de manifiesto en su escrito de alegaciones al Informe de los Servicios diversas cuestiones sobre la promoción analizada:

1. Contratación de la promoción en su modalidad “módem router inalámbrico”.

Según ASTEL, se excluye del análisis la citada modalidad, cuyo precio de catálogo según la propia TESAU sería de 79 euros, que quedan reducidos a sólo 19,90 euros mediante la promoción, debiéndose computar por tanto 59,10 euros como importe de la misma.

En este sentido, cabe recordar que según la metodología aprobada por esta Comisión los regalos deberán valorarse a precios mayoristas, por lo que el importe imputable a la promoción del “módem router inalámbrico” será inferior al calculado por ASTEL (59,10 euros). No obstante lo anterior, y dado que esta Comisión no conoce el coste exacto de dicho



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

equipo, se analizará dicho regalo valorado a precio minorista. Los resultados de la aplicación de la metodología son los siguientes:

Importe Promoción = 78,14 euros + 59,10 euros + 3,73 = 140,97 euros

Importe Mensual de la promoción = 106,87 euros / 24 meses = 5,87 euros

% de la Promoción = 5,87 euros / 39,07 euros = 15,03 %

Como se puede comprobar, el margen resultante no supera el porcentaje establecido en la metodología (19,6%), valorando el regalo a precio minorista. Por consiguiente, y dado que el precio mayorista del equipo será inferior a 79 euros, se puede concluir que la modalidad de contratación “módem router inalámbrico” no supone una situación de estrechamiento de márgenes.

2. Contratación de la promoción a través de la página de *Telefónica on-line* (www.telefonicaonline.com).

Según ASTEL, la contratación a través de dicho canal de ventas da lugar al regalo de un lápiz de memoria (Pendrive 64 Mb), cuya valoración se excluye del estudio sin motivación alguna.

Al igual que en el caso de la modalidad de contratación “módem router inalámbrico”, esta Comisión no conoce el coste exacto de dicho regalo, por lo que se analizará a precio minorista. El precio utilizado para el lápiz de memoria es de 39,9 euros, precio medio de diversas tiendas on-line consultadas¹⁹. Los resultados de la aplicación de la metodología son los siguientes:

Importe Promoción = 78,14 + 25 + 39,9 + 3,73 = 146,77 euros

Importe Mensual de la promoción = 146,77 euros / 24 meses = 6,12 euros

% de la Promoción = 6,12 euros / 39,07 euros = 15,65 %

Como se puede comprobar, el margen resultante no supera el porcentaje establecido en la metodología (19,6%), valorando el regalo a precio minorista. Por consiguiente, y dado que el precio mayorista del lápiz de memoria será inferior a 39,9 euros, se puede concluir que la contratación de la promoción a través de *Telefónica on-line* no supone una situación de estrechamiento de márgenes.

¹⁹ www.mundogar.com, www.audiotronics.es, compras.terra.es, www.tiendapc.com.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Ausencia de análisis del resto de modalidades ADSL incluidas en la promoción.

ASTEL señala en su escrito que la ausencia de análisis del resto de modalidades *“no permite realizar, como hace le Informe de los Servicios en su apartado V, “Conclusiones”, una afirmación que excluya sin más que se hayan producido prácticas de pinzamiento de precios con relación a dichas modalidades”*.

Si bien, tal y como señala ASTEL, la Resolución de 15 de julio de 2004 se limita a establecer una metodología de análisis para la modalidad D, es posible aplicar al resto de modalidades un razonamiento similar que, como a continuación se muestra, permite evaluar la existencia de pinzamientos de precios.

Como ya se ha señalado anteriormente, la metodología determina que, en el caso de la modalidad D, el porcentaje máximo de la cuota mensual minorista destinado a promociones es del 19,6 %. De acuerdo con el *retail minus* vigente, lo anterior equivale a destinar, como máximo, un 65,3% del margen de operaciones²⁰ a promociones. En la siguiente tabla se muestra, para el resto de modalidades, el porcentaje del margen de operaciones destinado a la promoción:

Modalidad	512 Kbps	2 Mbps	1 Mbps
Cuota Minorista (€)	74,98	150,57	120
Importe Promoción (€)	178,69	329,87	268,73
Importe Mensual (€)	7,45	13,74	11,20
% de la promoción sobre precio minorista	9,93%	9,13%	9,33%
% de la promoción sobre margen operativo ²¹	39,72%	45,64%	37,32%

²⁰ Margén por costes comerciales, operativos y beneficios sobre el precio final.

²¹ El margen operativo para las modalidades ADSL 512 Kbps, 2 Mbps y 1 Mbps es del 25%, 20% y 25% respectivamente. Dicho margen figura en el Anexo 3 de la Resolución de 22 de julio de 2004 por la que se modifica la OBA (modalidades B, C y J).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se puede observar, para el resto de modalidades, la promoción supone destinar menos del 50% del margen de operaciones a la misma y, en ningún caso, alcanza el máximo fijado por la metodología para la modalidad D (65,3%). Por consiguiente, es claro que, la oferta de TESAU para el resto de modalidades tampoco es abusiva, por cuanto los operadores alternativos obtendrían beneficios positivos de su comercialización.

IV.1.4 Otras ofertas presentes en el mercado

De forma complementaria al análisis anterior, debe considerarse la situación de las ofertas comerciales en el mercado de referencia. Así, la competencia en el mismo se desarrolla sobre la base de promociones sobre los precios nominales. De esta forma, la oferta denunciada se encuentra dentro de la práctica general del mercado, sin que pueda considerarse que TESAU haya liderado las reducciones de precios en el mismo.

Este aspecto es importante dado que el Tribunal de Justicia Europeo consideró que no constituía una conducta anticompetitiva realizar promociones que igualen a las ofrecidas por los competidores mientras que un operador dominante no debería liderar las reducciones de precios²².

De nuevo, no se puede considerar la práctica de TESAU como abusiva dado que, no habría incurrido en los supuestos que ha considerado la jurisprudencia como abusivos, esto es, no ha mejorado las promociones presentes en el mercado, ni la ha ofrecido con la intencionalidad de eliminar a sus competidores, puesto que no suponen un estrechamiento de los márgenes.

IV.2 Sobre la concatenación de promociones por parte del Grupo Telefónica

Con respecto a la concatenación de promociones por parte del Grupo Telefónica, esta Comisión señaló, en su 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”, que:

“En cualquier caso, el hecho de que sea una promoción no impide al Grupo Telefónica estar incurriendo en una práctica de estrechamiento de márgenes si se produjera una concatenación de promociones con el objetivo de debilitar la competencia e incluso expulsar a sus competidores. [...] Una vez comprobado (en el Fundamento de Derecho II.5.1) que la promoción del “Kit ADSL USB” es

²² Caso T-228/97 Irish Sugar vs Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

replicable por operador eficiente no se puede concluir que se haya producido una concatenación de promociones con márgenes lo suficientemente reducidos como para que constituya un práctica de estrechamiento de precios por parte del Grupo Telefónica.”

La promoción denunciada, como ha quedado acreditado en el apartado IV.1.3, no constituye una práctica de estrechamiento de márgenes, dado que permite a un operador eficiente la obtención de un margen suficiente. Por consiguiente, no cabe la posibilidad, dado que la promoción no es anticompetitiva, de que se produzca un debilitamiento del resto de operadores debido a su concatenación con promociones anteriores.

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

RESUELVE

Primero.- No se estima que Telefónica de España, S.A.U. haya vulnerado las obligaciones que tiene impuestas en virtud de la PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.

Segundo.- Con respecto de la promoción estival del servicio ADSL, llevada a cabo por Telefónica de España, S.A.U., no se han identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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