



## 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 29/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de julio de 2004, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

### **RESOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA PRESENTADA POR WANADOO POR LA PROMOCIÓN DEL PRODUCTO “ADSL HOME” DE FEBRERO DE 2004**

Expediente AEM 2004/314

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.- DENUNCIAS DE WANADOO ESPAÑA S.L.**

Con fecha 18 de febrero de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de D. Ludovic Pech, en nombre y representación de la entidad Wanaoo España S.L (en adelante WANADOO), por la que venía a denunciar la nueva promoción de “ADSL HOME” lanzada por Terra Networks España S.A.U (en adelante TERRA). Este servicio proporciona un acceso ADSL a Internet con una velocidad máxima de recepción de datos de 256 kbps. Por un precio mensual de 29,9€ se proporciona acceso desde las 00:00 a las 8:00 y desde las 18:00 hasta las 00:00 durante los días laborables y durante 24 horas fines de semana y festivos, 365 días al año. Durante los tres primeros meses de servicio, el precio mensual se reduce a 27,9€. El tiempo de acceso a Internet durante la franja horaria de 8:00 a 18:00 durante días laborables es facturado a 0.06€/min, siendo el límite máximo de 45€ mensuales a pagar por cliente. La promoción incluye (i) cuota de alta gratis, (ii) kit auto-instalable gratis, y (iii) regalo de una micro cámara digital. La promoción está vigente desde el 11 de febrero hasta el 15 de marzo de 2004.»



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

WANADOO solicitó que se incorporara este escrito en el Expediente AEM 2003/1632. Dado que había transcurrido el trámite de presentación de alegaciones en el marco del Expediente 2003/1632, y por encontrarse dicho expediente en fase de Resolución esta Comisión consideró preferible no incorporarlo.

WANADOO solicita a esta Comisión que:

- Se declare la ilegalidad de las ofertas y se inste al Grupo Telefónica a no reiterar ofertas similares que incurran en pinzamientos de precios.
- En sede cautelar, se imponga la obligación de suspender la oferta denunciada.
- Se introduzca una revisión urgente de la Oferta de Bucle de Abonado (OBA) a fin de que la definición de los precios de acceso indirecto al bucle de acuerdo con el principio de retail minus resulte aplicable a todos los elementos de coste (cuota mensual y cuota de alta) y también resulte aplicable a todas las ofertas minoristas del Grupo Telefónica, incluyendo no sólo las de TESAU sino, y de forma especialmente relevante, las de TERRA. A fin de que esta modificación resulte efectiva, todas las filiales del Grupo Telefónica deberían informar de sus ofertas minoristas ADSL a esta Comisión con un plazo más amplio, no sólo de 10 días, sino de mínimo 4 meses, a fin de que esta Comisión pueda valorar la necesidad de aplicar una revisión de la OBA.

### **SEGUNDO. APERTURA DEL EXPEDIENTE AEM 2004/314**

Sobre la base de los hechos denunciados por WANADOO en sus escritos, y de acuerdo con la habilitación competencial recogida en el artículo 48.3. e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establecida más abajo, se procedió a la apertura del Expediente AEM 2004/314 con fecha 18 de febrero de 2004.

### **TERCERO. REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN**

Con fecha 24 de marzo 2004, esta Comisión requirió a TERRA para que aportara la siguiente información: (i) bases de la promoción de la nueva modalidad de la oferta "ADSL HOME" (incluyendo características del servicio al cliente final, plazo mínimo de contratación y calidad del servicio, esto es, si se garantiza una velocidad mínima al usuario), (ii) características técnicas y económicas del producto mayorista de ADSL contratado por TERRA, (iv) descripción y estimación de todos los costes incurridos por TERRA además de los correspondientes al producto ADSL mayorista y (v) estimación del periodo requerido para la recuperación de los costes correspondiente a cada uno de los productos.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### CUARTO. RESPUESTA A LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN

Con fecha 13 de abril de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la respuesta al Requerimiento de Información solicitado por esta Comisión a TERRA.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO. 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.

#### SEGUNDO. LAS DENUNCIAS DE WANADOO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SALVAGUARDA DE LA LIBRE COMPETENCIA

##### ***II.1 Conducta denunciada: Práctica de pinzamiento de precios realizada por TERRA, a través de la promoción de su oferta de “ADSL HOME”.***

Con respecto a la promoción de “ADSL HOME” Wanadoo denuncia que partiendo de la oferta mayorista de TESAÚ sobre la que TERRA construye sus ofertas (Megabase) ni TERRA, ni un ISP alternativo pueden cubrir los costes de la prestación de los servicios minoristas ofrecidos en las condiciones definidas en la oferta objeto de las denuncias<sup>1</sup>. La recuperación de los costes exige unos

---

<sup>1</sup> Para ello Wanadoo lleva a cabo un análisis cuantitativo, en el que toma los datos proporcionados por Telefónica tales como precio mayorista Megabase, subvención de la cuota de alta, promoción de llamadas y cuotas mensuales y los costes de Wanadoo tales como otros costes de producción (plataformas, atención al cliente, facturación, fidelización), publicidad, red de ventas, kits y marketing.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

periodos de tiempo como usuario excesivamente largos, dado el grado de sofisticación y dinamismo de los mismos y la continua mejora de las ofertas en el mercado.

En relación con esto Wanadoo, sostiene que el pinzamiento de precios no sólo se produce respecto al mercado mayorista de acceso indirecto IP sino, también, con respecto al mercado mayorista de acceso indirecto en ATM y en concreto en relación con la oferta GigADSL.

La oferta de TERRA incurre en una clara pinza de precios ya que los operadores alternativos no disponen de un margen suficiente para la explotación de sus servicios minoristas a pesar de que los márgenes entre los precios mayoristas y los precios minoristas sean positivos.

Wanadoo señala que el hecho de que parte de las actividades del Grupo Telefónica en los mercados que nos ocupan estén sujetas a regulación ex ante, no excluye la posibilidad de que se produzcan distorsiones de la competencia y en concreto pinzamientos de precios, tal y como ha reconocido esa Comisión en el marco del Expediente OM 2002/7330

Por último Wanadoo señala que de acuerdo con los precedentes establecidos por la Comisión Europea, el desarrollo de una práctica de pinzamiento de precios por parte de una entidad económica dominante tanto en el mercado ascendente como en el mercado descendente constituye per se un abuso de posición de dominio, sin que resulte necesario constatar el efecto en el mercado. Este es el motivo por el que resulta absolutamente irrelevante la estrategia competitiva de otros actores en el mercado, al no gozar de poder de mercado.

Por todo ello, Wanadoo concluye que:

- Estas ofertas demuestran la existencia de un grave problema en la definición de los precios mayoristas regulados de TESAU. Un problema que se deriva de la existente redacción de la OBA es que el Grupo Telefónica puede desarrollar prácticas de pinzamientos de márgenes a través de filiales del Grupo Telefónica diferentes de TESAU, como es el caso de TERRA.
- Que el Grupo Telefónica insiste en ligar las promociones ya que la promoción de verano de TESAU es sustituida por las nuevas promociones de Navidad del Grupo denunciadas por Wanadoo y la promoción de TERRA objeto de la presente denuncia.
- Que la reciente Orden de la CDGAE que liberaliza los precios minoristas de ADSL de TESAU extiende el riesgo de pinzamiento de precios a las ofertas



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del Grupo Telefónica, dada la inseguridad jurídica que deriva de la relación entre los precios minoristas y los precios mayoristas regulados por la OBA.

- Resulta urgente introducir con carácter inmediato una revisión en la OBA como medida cautelar. En concreto, los precios de acceso indirecto al bucle deberían ser el resultado de aplicar el mecanismo de retail minus de acuerdo con los siguientes principios:
  - Aplicable a todos los elementos de coste, cuota mensual y cuota de alta.
  - Aplicable a todas las ofertas minoristas del Grupo Telefónica.
  - Obligación de las filiales del Grupo Telefónica de informar de sus ofertas minoristas ADSL a esta Comisión con un plazo mínimo de 2 meses.

En el análisis realizado por Wanadoo para denunciar la práctica competitiva seguida por TERRA se menciona que (i) ésta forma parte del Grupo Telefónica, que constituye una entidad económica desde la perspectiva de la salvaguarda de la competencia, (ii) el Grupo Telefónica dispone de una posición de dominio en los mercados mayoristas de acceso indirecto sobre ATM y en el mercado de acceso indirecto sobre IP, y (iii) el Grupo Telefónica dispone de una posición de dominio en el mercado minorista de prestación de servicios de banda ancha, sea este definido como el conjunto de servicios que permiten el acceso al Internet de banda ancha o como el acceso a Internet de banda ancha únicamente mediante tecnologías ADSL.

### ***II.2 Caracterización de la oferta de TERRA***

La nueva oferta “ADSL HOME” no constituye una modalidad contractual nueva, sino una promoción de TERRA “ADSL HOME”. Por tanto, las características de esta nueva promoción son las mismas que las de la oferta comercial del servicio TERRA “ADSL HOME”, esto es, el pago de una cuota mensual que al cliente le da derecho al uso de la conexión (tarifa plana) a velocidad 256 kbps/128kbps dentro de un horario determinado del día (de lunes a viernes de 18:00 h hasta las 8:00 h y fines de semana y festivos de carácter nacional durante las 24 horas) y fuera de este horario abonando un importe adicional variable, facturado por minuto, de 0,06 €/min. Además TERRA proporciona los mismos servicios de valor añadido: 5 buzones de correo de 25 mb cada uno, 10 Mb de espacio para página personal, Kit autoinstalable USB, 5 Mb de espacio para álbum de fotos en Internet y 5 Mb de espacio para disco duro virtual en Internet. TERRA ofrece un servicio de atención al cliente, 24 horas al día, 7 días a la semana a través del teléfono 902 10 80 10.

La promoción consiste en:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Cuota de alta gratis (oferta habitual)
- Módem USB gratis (oferta habitual)
- Cuota mensual: 3 meses a 27,9€/mes y resto a 29,9 (oferta habitual)
- Regalo de un microcámara digital.
- Posibilidad de contratación del “Kit seguridad”, consistente en un servicio de Antivirus y un Firewall por el precio de 5,95€/mes.
- Tiempo mínimo de contratación: 2 años<sup>2</sup>
- Periodo promocional comprendido entre el 11 de febrero y el 15 de marzo de 2004.

Para la prestación de estos servicios al cliente final TERRA contrata a Telefónica de España el servicio ADSL IP no tunelizado cuya cuota de abono mensual asciende a 27,80 para la velocidad de 256 kbps. Por ultimo reseñar que el servicio se soporta en una infraestructura de red IP y bajo el criterio “best effort”, por lo que no existen garantías de calidad de servicio extremo a extremo.

### ***II.3 Definición del mercado de referencia***

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.

#### **II.3.1 Mercado de producto**

El mercado de producto afectado en el marco del Expediente AEM 2004/314 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.

---

<sup>2</sup> Si el cliente se da de baja antes de esa fecha, se le aplica una penalización de 98,10€, correspondientes a los conceptos ofrecidos de manera gratuita al cliente en el momento de alta, en concreto: alta línea (38,10€) y módem(60€)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este mercado ha sido definido por esta Comisión en su Resolución de 19 de septiembre de 2002<sup>3</sup> y en su Resolución de 18 de diciembre de 2003<sup>4</sup>. 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 (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).

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 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 la siguiente tabla:

**Tabla II.3.1: Distribución del número de clientes de banda ancha por tecnología de acceso<sup>5</sup>**

	2001	%/Total	2002	%/Total	2003	%/Total
ADSL	392.900	72,7%	898.541	72,0%	1.565.140	73,8%
Cable Modem	111.066	20,5%	344.981	27,7%	551.495	26,0%

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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".

<sup>5</sup> Datos provisionales del Informe Anual 2003.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

LMDS	-	0,0%	818	0,1%	2.164	0,1%
Otros	36.545	6,8%	3.156	0,3%	3.131	0,1%
Total	540.511	100,0%	1.247.496	100,0%	2.121.930	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 más del 70% del total de esos accesos actualmente en servicio en España.

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 concreto<sup>6</sup>. En este sentido, cabe decir que las condiciones del mercado, por lo que se refiere a la sustituibilidad de la demanda se mantienen desde aquellos expedientes. 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.

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.

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.

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

---

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





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

### II.3.2 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.

Desde el punto de vista de sustituibilidad de la demanda, en general, se puede afirmar que los usuarios pueden acceder a los servicios de los operadores con título de ámbito nacional. Adicionalmente, cabe decir que el hecho de que existan operadores con títulos de ámbito geográfico inferior al nacional, como puedan ser los operadores de cable, no modifica este análisis de por sí, pues habría que demostrar que su presencia supone una alteración suficiente en las condiciones de competencia con respecto al resto del territorio nacional, lo que parece difícil en el momento actual.

En este sentido, y según las Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, “los límites del mercado pertinente pueden ampliarse para tomar en consideración los productos o las zonas geográficas que, aunque no sean directamente intercambiables, deben incluirse en la definición del mercado a causa de la denominada sustitución en cadena”.

Asimismo, según la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), puntos 57 y 58, se dice, por ejemplo, que puede darse el caso de sustitución en cadena cuando una empresa que presta servicios a nivel nacional presiona sobre los precios aplicados por las empresas que prestan servicios en mercados geográficos distintos. Tal puede ser el caso cuando los precios aplicados por las empresas que suministran redes de cable en determinadas zonas se ven influidas por una empresa que opera al nivel nacional. Lo dicho aplica perfectamente al caso aquí tratado, ya que sin ningún tipo de dudas, los operadores nacionales, y en particular Telefónica de España, influyen en los precios que los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico inferior al nacional pueden imponer a



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sus clientes. Estos precios, como se ha comentado anteriormente, se fijan al nivel nacional. Por tanto, se da una sustitución en cadena entre los productos de estos operadores y los de Telefónica de España, cuyos precios se han formado de manera independiente a las condiciones particulares de la zona en cuestión.

En otras palabras, Telefónica de España, en la práctica, calcula una tarifa promedio (que tenga en cuenta, entre otros aspectos, las condiciones competitivas presentes en las diferentes zonas geográficas) para sus productos de banda ancha, de forma que la oferta es homogénea en el territorio nacional. Debido a esto, los operadores alternativos (con independencia de su tamaño y el alcance geográfico de su actividad) fijan sus precios, teniendo presente esta oferta homogénea de Telefónica. Dado que los consumidores son sensibles al precio, y obviando otras variables competitivas que puedan ser relevantes, estos operadores alternativos deben fijar sus precios de tal modo que iguale o mejore la oferta de Telefónica de España. Es por ello que los operadores alternativos toman como referencia la oferta nacional del operador incumbente. Esto quiere decir que las diferencias en las condiciones competitivas entre zonas geográficas (dependiendo del nivel de despliegue de redes alternativas, de la existencia de grandes núcleos urbanos, etc) no lo son en un grado suficiente como para que los operadores presentes en este mercado hayan lanzado ofertas distintas, en función de dichas diferencias<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista de sustituibilidad de la oferta, los operadores que prestan servicios en el ámbito nacional no enfrentan costes adicionales que impidan la prestación de servicios en áreas distintas, dentro del territorio nacional, a aquellas dónde están presentes. Entre otros elementos que hacen que esto sea así, cabe citar la existencia de instrumentos legales o regulatorios homogéneos, como venían siendo las licencias (que se otorgaban en las mismas condiciones en todo el ámbito nacional), o la regulación de precios y condiciones mayoristas.

De este modo, se debe concluir que las condiciones de competencia son homogéneas, en todo el territorio nacional y, por tanto ésta es la dimensión geográfica del mercado relevante.

### ***II.4 Situación de TESAU y TERRA en el mercado de referencia***

#### **II.4.1 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

---

<sup>7</sup> Ver "Market Definitions for Regulatory Obligations in Communications Markets", Julio 2002, estudio preparado por Squire Sanders and Dempsey para la Comisión Europea, Pág. 227-228.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 matriz<sup>8</sup>. En ese sentido, cuando la participación es del 100% o de la casi totalidad del capital, puede presumirse el ejercicio efectivo del control. TESAU está participada en el 100% por Telefónica S.A. Asimismo Terra Networks España está participada en un 100% por el Grupo Terra Lycos, quien a su vez está participada en un 75,29% por Telefónica S.A.

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, 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 y la 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.

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.

### II.4.2 Posición del Grupo Telefónica en el mercado de referencia

Con el objeto de determinar la posición del Grupo Telefónica en el mercado de servicios de banda ancha se analizan las cuotas de mercado ostentadas por el Grupo en dicho mercado, en términos de clientes e ingresos.

---

<sup>8</sup> 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

**Tabla II.4.1: Evolución de la distribución de los clientes de banda ancha por operador<sup>9</sup>**

Operador	Año 2002	%/Total	Año 2003	%/Total
TESAU	606.417	48,60%	1.069.223	50,40%
AUNA TELECOMUNICACIONES	151.675	12,20%	242.694	11,40%
WANADOO	99.271	8,00%	190.088	9,00%
CABLEEUROPA	117.305	9,40%	186.447	8,80%
TERRA	120.000	9,60%	165.885	7,80%
YA.COM	50.023	4,00%	88.638	4,20%
Resto operadores	102.805	8,20%	178.955	8,40%
Total	1.247.496		2.121.930	

**Tabla II.4.2: Evolución de la distribución de los ingresos de banda ancha por operador (millones de euros)<sup>10</sup>**

	Año 2002	%/Total	Año 2003	%/Total
TESAU	221,13	49,10%	484,89	57,10%
AUNA TELECOMUNICACIONES	42,93	9,50%	72,43	8,50%
TERRA	59,23	13,10%	65,41	7,70%
CABLEEUROPA	30,04	6,70%	58,82	6,90%
WANADOO	20,80	4,60%	54,45	6,40%
YA.COM	16,17	3,60%	35,54	4,20%
Resto operadores	60,40	13,40%	77,00	9,07%
Total	450,70		848,53	

<sup>9</sup> Datos provisionales del Informe Anual 2003.

<sup>10</sup> Datos provisionales del Informe Anual 2003.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se observa que el Grupo Telefónica – en el que se integran las empresas TESAU y TERRA- presenta una cuota de mercado importante a diciembre de 2003 en términos de clientes e ingresos (58% y 64%, respectivamente).

Para completar el análisis y comprender la evolución dinámica del servicio de acceso a Internet DSL se analiza la evolución de la tasa de crecimiento mensual del número de clientes de ADSL correspondiente al Grupo Telefónica, a los operadores alternativos y a TESAU (en lo que se refiere al Kit ADSL).

### **Gráfico II.4.1: Tasa de crecimiento mensual del número de clientes de ADSL<sup>11</sup>**

Los datos anteriores muestran algunas de las características propias de un mercado en expansión como el mercado minorista de servicios de acceso de banda ancha, como son la existencia de tasas de crecimiento positivas y la fluctuación de las mismas. 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

---

<sup>11</sup> Fuente: Información facilitada por TESAU en el marco de la OBA.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la doctrina de los mercados conexos, tal y como ya fue analizado en la Resoluciones de esta Comisión en el marco de los expedientes relativos a presuntas prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL (Expediente OM 2001/5678), a la promoción de verano de TESAU del “Kit ADSL USB” (Expediente AEM 2003/1095) y a las promociones de Navidad de TERRA y TESAU (Expediente AEM 2003/1632).

### II.4.2.1 Mercados conexos

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 expediente<sup>12</sup>. Así, de acuerdo con la Resolución del Tribunal en el asunto Tetra Pak II<sup>13</sup>, 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.

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 zonas 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.

---

<sup>12</sup> 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)

<sup>13</sup> Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, TESAU mantenía en diciembre de 2003<sup>14</sup> 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 provisión 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 provisión 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 primero<sup>15</sup>.

Según TERRA, la posición de dominio del Grupo Telefónica en el mercado ascendente de provisión de infraestructura de acceso no le permite comportarse de forma independiente en el mercado no dominado. Esta Comisión sostiene que dado que las empresas del Grupo Telefónica (como es el caso de TERRA) se comportan como una unidad económica éste puede tener incentivos para desarrollar estrategias de estrechamiento de precios que hagan que TERRA opere con márgenes insuficientes con el objetivo de debilitar la competencia. De hecho, en un contexto dinámico una empresa verticalmente integrada como el Grupo Telefónica puede tener incentivos para llevar a cabo esta práctica anticompetitiva con el objetivo de impedir que sus competidores presentes en el mercado descendente alcancen un número de clientes suficientemente elevado y decidan desplegar red. avanzando en la cadena de valor (y disponer de una mayor capacidad para diferenciarse de sus competidores) o cuanto menos gozar de un poder de negociación superior frente a otros agentes económicos como proveedores<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Datos provisionales del Informe Anual 2003.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Ver Cave, M(2003) : " Remedies for Broadband Services". Paper prepared for DG InfoSoc, Pág. 12: "In a strictly static context, a firm with upstream market power would maximise its profits by seeking access to the most efficient downstream operator. However in a multi-period context, the integrated firm might anticipate the possibility, for example,





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### ***II.5 Efecto de la promoción para la competencia en el mercado de referencia***

#### **II.5.1 Análisis del posible estrechamiento de precios por parte de TERRA**

La jurisprudencia europea considera legítimos los descuentos y otras estrategias de precios similares son parte del desarrollo normal de un mercado y una herramienta competitiva fundamental para los operadores.

*“La existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando estos se vean amenazados, y si bien dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella”<sup>17</sup>.*

En definitiva debe asegurarse, a la hora de valorar las prácticas de precios en el mercado de referencia, que todas las empresas que operan en él, incluida la dominante, puedan competir en precios. En consonancia con esto, el límite a este tipo de conductas se situaría, tal y como estimó esta Comisión en la Resolución Terra/Lince<sup>18</sup>, “en las denominadas conductas eliminatorias”. En relación con la promoción de TERRA este límite se situaría cuando la reducción del precio minorista de los servicios ADSL supusiera un estrechamiento de precios en relación con los precios mayoristas que convirtiera en no rentable la prestación de estos servicios, produciéndose el debilitamiento de la competencia e incluso la expulsión del mercado de los operadores alternativos.

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

*“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*

---

that the retail competitor might choose, when it had collected an adequate numbers of customers, to integrate backwards into the upstream service or exercise countervailing bargaining power. This possible motive for a margin squeeze...” [subrayado nuestro].

<sup>17</sup> Casos T 24-26 y 28/93 Compagnie Maritime Belge.

<sup>18</sup> 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

*descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente.” (punto 118)*

Por tanto, con la necesidad de valorar si TERRA ha incurrido en una práctica de estrechamiento de precios en la promoción objeto de este expediente esta Comisión estima el margen con que contaría un operador alternativo en la comercialización de la oferta de referencia. En este caso la oferta de referencia es aquella oferta minorista de ADSL sobre la que se aplica el retail minus.

De esta forma, una vez calculado este margen de referencia, la regla de decisión establecería qué promoción ofrece un descuento o regalo promocional que implique una reducción de ingresos superior a dicho margen (no pudiendo ser replicadas de forma rentable por un operador eficiente). La replicabilidad queda asegurada si se cumple la condición siguiente, que deriva de la afirmación anterior:

$$\frac{| \text{Ingresos oferta} - \text{Ingresos Oferta referencia} |}{\text{Ingresos oferta referencia}} \leq M \text{ arg en referencia}$$

donde

$$M \text{ arg en Re ferencia} = \frac{\text{Ingresos Oferta Re ferencia} - \text{Costes Oferta Re ferencia}}{\text{Ingresos Oferta Re ferencia}}$$

A continuación se explica la metodología utilizada para estimar los ingresos y costes relevantes. Asimismo, se incluye la cuantía de cada concepto de ingreso y coste correspondiente a la oferta de referencia, que permite el cálculo del margen de referencia.

### Ingresos

El precio minorista relevante para el cálculo de posibles estrechamientos de márgenes debe recoger la totalidad de los ingresos del operador por cada cliente, de acuerdo con la fórmula siguiente:

$\text{Precio Minorista} = PA + PI + VC * (PM + IC)$
--

Donde,

**PA:** Precio de la cuota de Alta.

Por cuota de alta se entiende el pago inicial único que realiza el usuario para acceder al servicio. En el caso de la oferta de referencia, esta cuota asciende a 38,10 euros para la modalidad de acceso distribuido.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**PI:** Precio de la cuota de Instalación.

Por cuota de instalación se entiende todos los importes no recurrentes que debe abonar el usuario en concepto de cableado, equipos y cualquier otra actuación necesaria para acceder al servicio.

**PM:** Precio de la cuota Mensual.

Por cuota mensual se entiende el abono recurrente que el cliente debe realizar al operador para mantener su suscripción al servicio. En el caso de la oferta de referencia, este importe asciende a 39,07 euros/mes

**VC:** Vida media del consumidor contratando el servicio.

La estructura tarifaria de los servicios ADSL combina cuotas no recurrentes, esto es, que son abonadas una única vez por los usuarios, y cuotas recurrentes (aportadas cada mes). Por tanto, para obtener una base de cálculo homogénea para ambas magnitudes es necesario hacer supuestos sobre la vida del usuario medio del servicio. Esto es, determinar el periodo relevante durante el que el consumidor estará suscrito a los servicios ADSL y, por tanto, aportará las cuotas recurrentes. En el marco de esta metodología se aplicarán los cálculos suponiendo periodos entre 1 y 7 años, con el fin de recoger todas las posibles opciones y analizar la sensibilidad de los resultados con el respecto al periodo de adscripción del cliente.

**IC:** Ingresos adicionales por conceptos diferentes al acceso a Internet

Con respecto a los ingresos adicionales que los operadores recibirán por la venta de otros servicios telemáticos, no se tomarán en consideración dado que conllevan, en muchos casos, costes diferenciales con respecto a los servicios de acceso a Internet de banda ancha. Coherentemente, no se considerarán los costes derivados de la provisión de este tipo de servicios, tales como las plataformas o el pago de derechos sobre dichos contenidos.

Ahora bien, sí deben tomarse en consideración los ingresos derivados del consumo fuera de los horarios especificados para las ofertas comerciales de banda ancha modulares, esto es, con tarifa plana para determinadas franjas horarias y por consumo para otras. En el caso de la oferta de referencia no hay ingresos adicionales por este concepto ya que se comercializa como una tarifa plana de 24 horas.

### Costes

El coste relevante para el cálculo de posibles estrechamientos de márgenes debe recoger la totalidad de los costes del operador por cada cliente, de acuerdo con la fórmula siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

$$\text{Coste} = \text{CA} + \text{CM} * \text{VC} + \text{CG} + \text{CCu}$$

Donde,

**CA:** Coste no recurrente relacionado con las actividades de red.

Por coste no recurrente se entiende el pago único que un operador debe abonar para acceder a los servicios mayoristas de banda ancha sobre ADSL. Para la determinación del coste relevante para este concepto, es necesario tener en cuenta lo que esta Comisión expuso en su Resolución de 4 de diciembre de 2003<sup>19</sup>. Así, se consideró que *“en el mercado de provisión de servicios ADSL mayoristas mediante el acceso indirecto al bucle con conectividad ATM, se mantenga TESAU como único agente presente en el mismo —hecho explicable precisamente por la considerable barrera de entrada a este último mercado que supone tener que contar con una infraestructura de bucles telefónicos desplegada y dotada asimismo de cierto grado de capilaridad”*.

Por tanto, dado que no existen alternativas a la provisión por parte de TESAU de estos servicios, será su precio mayorista el coste relevante para los mismos. En este caso, el servicio mayorista de acceso indirecto o servicio GigADSL, en su denominación comercial, es el relevante para la determinación de los costes de acceso. En conclusión, y dado lo anterior, se consideran los precios regulados para el servicios GigADSL en la Oferta del Bucle del Abonado<sup>20,21</sup>. Por tanto la cuota de alta correspondiente a la oferta de referencia asciende a 38,10€ (sin instalación de splitter)

**CM:** Costes recurrentes relacionados con las actividades de red.

Por coste recurrente se entiende la cuota mensual correspondiente a los servicios mayoristas GigADSL y los costes correspondientes al resto de actividades necesarias para proveer los servicios minoristas: concentración troncal, equipos y salida a Internet. En lo que respecta a los servicios de concentración, la existencia de alternativas hace necesario el análisis de márgenes a partir de los costes de prestación de los servicios de concentración IP de un operador eficiente y no únicamente a partir de las ofertas mayoristas.

---

<sup>19</sup> Resolución de 4 de diciembre de 2003, sobre la presunta comisión por parte de Telefónica de España, S.A.U. de prácticas contrarias a la libre competencia en la comercialización del servicio mayorista que da soporte al producto “ADSL HOME” de Terra Networks, S.A.

<sup>20</sup> Resolución por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001.

<sup>21</sup> Resolución sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U., para la inclusión de una nueva modalidad ADSL a 1 Mbit/s – 300 Kbit/s.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, se hace necesaria una estimación de costes para un operador eficiente referente a esta actividad. Esta estimación se basa en la modelización de una red IP dimensionada eficientemente para un operador como TESAU. Los costes estimados por estos conceptos para la oferta de referencia son:

- De acuerdo con la Oferta de Bucle de Abonado la cuota mensual del servicio GigADSL, correspondiente a la modalidad relevante en este caso (modalidad D), es igual a 22,66€.
- La estimación del coste mensual por usuario correspondiente a la red IP es igual a [CONFIDENCIAL]€.
- La estimación del coste mensual por usuario de los servidores (correo, DNS, web, tarificación, RADIUS) y de la red local interna, incluyendo los router para acceso a Internet, es igual a [CONFIDENCIAL] €.
- La estimación del coste mensual por usuario correspondiente a los servicios de acceso a Internet es igual a [CONFIDENCIAL] €.

**CG:** Costes generales de comercialización y estructura.

Por costes de comercialización y estructura se entienden los costes de comercialización asignables a los servicios ADSL distintos a los de red (costes de marketing, facturación y gestión de cobros, costes por los servicios post-venta y costes por los servicios de operación e información) así como la aportación que estos servicios deben realizar al mantenimiento de la estructura de la empresa. En este sentido, y a partir de los datos de la contabilidad de TESAU, se estima que dicha aportación se encuentra en torno al [CONFIDENCIAL] %de los ingresos minoristas.

**CCu:** Costes de captación del cliente.

Estos costes derivan de las acciones realizadas para atraer a los clientes potenciales a los servicios de banda ancha e incluirían tanto los costes de promoción propiamente dichos como aquellos encaminados a la reducción del precio efectivo pagado por el usuario de estos servicios. Dentro de esta última categoría se incluirían, entre otros, la subvención de los equipos necesarios para establecer la conexión o las promociones de las cuotas de alta o de abono al usuario final. Los costes derivados de esta actividad de captación del cliente no se incluyen en la oferta de referencia.

Con los datos y estimaciones anteriores se obtiene el margen de la oferta de referencia citado con anterioridad. Se constata que el producto minorista sobre el que se aplica el mecanismo de *Retail Minus* tiene un margen positivo para remunerar las actividades de captación del cliente (no incluidas en la oferta de referencia).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De hecho, en el marco del Expediente MTZ 2004/609, relativo a la posibilidad de establecer un mecanismo para considerar las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *retail minus*, se concluye que los costes imputados a promociones de abonado quedan cuantificados en el 19,6 % del precio minorista para dicha modalidad D, estableciéndose un periodo recuperación de costes de captación de clientes de 24 meses.

**Tabla II.5.1: Estimación del margen de referencia**

	Tiempo de permanencia						
	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años	7 años
Ingresos							
Costes							
Margen de referencia							

La siguiente tabla muestra el margen por cliente para la promoción del producto “ADSL HOME” para diferentes horizontes temporales. Se ha considerado que el consumo del cliente final fuera de horario representa unos ingresos medios adicionales al mes por valor de [CONFIDENCIAL] €.

**Tabla II.5.2: Margen de un operador alternativo**

	Tiempo de permanencia						
	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años	7 años
Ingresos Oferta Referencia							
Ingresos Promoción <sup>22</sup>							
Reducción Ingresos <sup>23</sup>							

<sup>22</sup> Los ingresos de la promoción se calculan restando a los ingresos que el operador obtiene por cada cliente de la promoción (esto es, una vez se han tenido en cuenta los regalos de cuotas de alta, cuota mensuales o descuentos en las cuotas mensuales) el coste que le supone los regalos (modem, tarjeta telefónica, etc). Los regalos se han valorado al coste en que incurre el operador en su compra: el módem a [CONFIDENCIAL] € y el regalo de la microcámara a [CONFIDENCIAL] €..

<sup>23</sup> Se calcula del siguiente modo: Ingresos de la promoción – Ingresos de la oferta de referencia.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reducción margen <sup>24</sup>							
Margen promoción <sup>25</sup>							

De los cálculos anteriores se deduce que para el cliente medio representativo de TERRA el margen de la promoción es positivo para un periodo de amortización de 4 años. Esto quiere decir que los ingresos recurrentes mensuales permiten cubrir la totalidad de los costes recurrentes mensuales y los costes de captación de cliente si el periodo de permanencia es como mínimo de 4 años.

Esta Comisión considera que es un periodo excesivo para la recuperación de los costes en que debe incurrir un operador eficiente en el mercado de banda ancha. Además, esta promoción sucede en un periodo relativamente corto de tiempo a la promoción que TERRA lanzó en Navidad<sup>26</sup>, sobre la cual esta Comisión determinó que el margen que presentaba no permitiría a un operador eficiente replicarla de manera rentable.

A la vista de la concatenación por parte de TERRA de promociones con un margen insuficiente para que un operador eficiente opere de manera rentable en el mercado esta Comisión concluye que la promoción objeto del presente expediente constituye una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de precios.

A continuación se estudian las alegaciones presentadas por TERRA y WANADOO relativas a la existencia de estrechamiento de precios como consecuencia de las promociones lanzadas por la primera.

### **TERRA: Margen de referencia**

En sus alegaciones TERRA considera que “no cabe comparar la rentabilidad comercial de un ISP frente a la oferta de referencia más allá de los precios de OBA, es decir más allá del margen obligado por la regulación sectorial”. Esta Comisión no comparte esa afirmación ya que de ser así no se podría valorar realmente si la replicabilidad de una oferta y/o promoción queda asegurada. En otras palabras, sólo la estimación del margen resultante entre los ingresos

---

<sup>24</sup> Se calcula del siguiente modo: (Ingresos promoción – Ingresos oferta referencia) / Ingresos de la oferta de referencia.

<sup>25</sup> Se calcula del siguiente modo: Margen de referencia – Reducción del margen (en valor absoluto).

<sup>26</sup> El periodo de vigencia de la promoción de Navidad era del 3 de noviembre de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2003.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derivados de la promoción y el coste del servicio mayorista GigADSL no permitiría determinar si un operador eficiente es capaz de cubrir los restantes costes necesarios para la prestación del servicio final y operar de manera rentable en el mercado. Esta manera de proceder contravendría lo establecido por la Comisión Europea en la Comunicación de Acceso con respecto al estrechamiento de precios, y que se ha señalado con anterioridad.

### **TERRA: Análisis conjunto vs. Análisis por promoción**

TERRA considera que el análisis de recuperación de los costes de captación debería hacerse considerando los ingresos y costes derivados de los dos productos (ADSL HOME y ADSL PLUS) ya que la promoción objeto del análisis no es exclusiva para el producto ADSL HOME. Según TERRA “cualquier análisis de rentabilidad no debe ser parcial, sino a nuestro juicio resulta procedente analizar la rentabilidad de la cartera de ADSL de manera agregada para ambos servicios, incluyendo la totalidad de los clientes existente en ese momento, con independencia de la fecha en que se contrataron el servicio”.

La Comisión sostiene que el análisis para cada promoción ha sido y es la práctica habitual seguida por la CMT a la hora de estudiar la emulabilidad de las ofertas y promociones lanzadas por TESAU en los diferentes mercados en que actúa. En cualquier caso, se debe destacar que la posibilidad que plantea TERRA de estudiar la práctica de un estrechamiento de precios tomando en consideración los ingresos y costes asociados al servicio de ADSL en su conjunto, y no a cada uno de las ofertas y/o promociones por separado genera un importante problema. Bajo este nuevo enfoque sería muy difícil valorar si se produce un estrechamiento de precios y la probabilidad de cometer un error aumentaría. A continuación se explica un ejemplo que resulta revelador. Supongamos que el operador dominante denunciado tiene una base de 1.000.000 clientes que ha contratado el servicio de ADSL en las condiciones normales (las aprobadas por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y que garantiza un margen del 40%). Ahora bien supongamos que lanza una promoción sobre el mismo producto que le permite captar 100.000 clientes con un margen muy bajo, por ejemplo del 5%. En este escenario el nuevo análisis que se plantea nos llevaría a concluir que el margen existente es igual a:

$$(1.000.000/1.100.000)*40\%+(100.000/1.100.000)*5\% = 0.91*40\%+0.09*5\% = 37\%$$

y que por tanto no existe una práctica de estrechamiento. Este ejemplo llevado al extremo permitiría al operador dominante lanzar ofertas y/promociones con márgenes nulos e incluso negativos sin el temor de ser acusado de haber llevado a cabo una práctica de estrechamiento de precios. Además la posibilidad de cometer este error sería mayor cuanto mayor fuera la diferencia entre la base de clientes existentes y los nuevos clientes captados con motivo de las promociones.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, bajo ese enfoque propuesto los requerimientos de información necesarios supondrían una carga nada desdeñable para el operador, y una dificultad añadida al análisis a realizar. Debido al carácter dinámico de este análisis se debería disponer de información a fecha de hoy sobre el total de clientes mensuales desglosada en términos no sólo del producto que ha contratado sino también de si lo ha hecho en el marco de una promoción o de una oferta convencional. Por todo ello, esta Comisión concluye que cada una de las promociones debe ser analizada de forma individual.

### **TERRA: Carácter dinámico y variable de los ingresos por cliente**

TERRA señala que se debería tener en cuenta el hecho de que el comportamiento de los clientes es dinámico como consecuencia de: (i) la adquisición de nuevos servicios adicionales que TERRA pueda comercializar (p.e. el kit de seguridad) y (ii) la migración a servicios de mayor valor (p.e. pasando de ser cliente de “ADSL HOME” a serlo del producto “ADSL PLUS”). Bajo estas premisas TERRA estima el margen aplicando la metodología desarrollada por esta Comisión pero modificando los ingresos por cliente de acuerdo con los siguientes escenarios:

- Escenario 1: Rentabilidad de los nuevos clientes de ADSL captados (tanto de el producto “ADSL HOME” como “ADSL PLUS”) como resultado de la campaña de marzo. Se adopta el supuesto de que el [CONFIDENCIAL]% de las altas corresponden al “ADSL HOME” y el [CONFIDENCIAL]% restante al “ADSL PLUS”.
- Escenario 2: Rentabilidad de la cartera total de clientes. Se adopta el supuesto de que las nuevas captaciones no se diferencian de la cartera de clientes de TERRA y mantienen estable el ingreso por cliente, que se sitúa en [CONFIDENCIAL] €/mes (correspondiente al mes de mayo de 2004).
- Escenario 3: Rentabilidad dinámica de los nuevos clientes captados en la promoción. A diferencia del escenario 1 no se mantiene para todos los años el supuesto de que el [CONFIDENCIAL]% de las altas corresponden al “ADSL HOME” y el [CONFIDENCIAL]% restante al “ADSL PLUS” sino que se produce una migración a servicios de mayor valor, de manera que por ejemplo para el segundo y tercer año se supone que el porcentaje de clientes de “ADSL HOME” se ha reducido hasta el [CONFIDENCIAL]% y [CONFIDENCIAL]%, respectivamente. Como consecuencia de esto los ingresos bajo el escenario 3 son superiores a los ingresos del escenario 1.

Esta Comisión no acepta el análisis de escenarios realizado por TERRA por las siguientes razones:

- En todos ellos se considera la rentabilidad del “cliente de ADSL típico de TERRA”, bien referido únicamente al cliente que se ha dado de alta durante



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la promoción de Marzo (escenarios 1 y 3) o bien referido al cliente correspondiente a la base disponible de TERRA (escenario 2). Esta manera de proceder va en contra de la metodología adoptada por esta Comisión de analizar las promociones de manera individualizada, esto es, analizar la rentabilidad del cliente que contrata un producto como resultado de una promoción determinada.

- Los escenarios 1 y 3 establecen unos determinados ponderadores para los clientes de “ADSL HOME” y “ADSL PLUS”, en función del porcentaje que representan sobre el total de clientes. TERRA fija estos ponderadores sin justificar la magnitud de los mismos (por ejemplo, sobre la base de los datos que pueda disponer TERRA sobre las altas que se han producido en el marco de la promoción denunciada). En cualquier caso, tampoco serían relevantes ya que el enfoque adoptado por esta Comisión se basa en un análisis con respecto al cliente representativo de cada promoción.
- El escenario 3 además incorpora previsiones sobre el modo en qué migrarán los clientes de TERRA hacia productos de mayor valor, esto es, sobre el porcentaje sobre el total que representan los clientes de los productos “ADSL HOME” y “ADSL PLUS” en los diferentes años. Aparte de lo discutible que puedan resultar estas previsiones, con el impacto que ello tienen sobre la fiabilidad de las estimaciones, esta Comisión considera que el modelo desarrollado por TERRA sólo tiene en cuenta el carácter dinámico de la composición de la cartera de clientes. De esta forma, se obvian las posibles modificaciones que se puedan producir en variables, como mínimo, igual de relevantes como por ejemplo el precio de la cuota mensual (en este sentido, sería previsible que la competencia tendiera a reducir el precio de la misma). Además de las críticas señaladas en los puntos anteriores, el análisis realizado bajo este escenario presenta las deficiencias adicionales ya que constituye un análisis dinámico parcial, sujeto a unas estimaciones discutibles.
- La estimación de los ingresos por servicios adicionales (derivados de la contratación del kit seguridad), que TERRA sugiere que se deberían tomar en consideración, es muy criticable ya que parece haber sido calculado tomando como referencia el porcentaje esperado a final del año de clientes con el kit seguridad (fijado en el [CONFIDENCIAL]%). De acuerdo con la información ofrecida por TERRA en las alegaciones aproximadamente el [CONFIDENCIAL]% de su base de clientes tiene contratado este servicio adicional, cuyo precio asciende a 5,95€. Asumiendo que la probabilidad de que un nuevo cliente contratara el “kit seguridad” fuera igual al [CONFIDENCIAL]% (con la información disponible es la mejor estimación posible), el ingreso por cliente ascendería a [CONFIDENCIAL]€. Esta cifra es muy inferior a la considerada por TERRA en sus análisis de escenario, que se sitúa en [CONFIDENCIAL]€.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **TERRA: Carácter puntual y limitado en el tiempo de las promociones.**

TERRA considera que “las promociones son ofertas temporales, acciones marginales o puntuales, que se realizan en un periodo concreto, muy limitado en el tiempo, generalmente en épocas de estacionalidad de la demanda en las que es común en el mercado la profusión de promociones”. De acuerdo con TERRA la promoción objeto del presente expediente ha sido lanzada en un periodo temporal muy limitado, donde los meses de febrero y marzo son claramente un periodo de descenso de la demanda, y está sometida a una restricción importante del número de unidades, que sólo puede alcanzar las 5000.

Esta Comisión no está de acuerdo con TERRA en lo que respecta al carácter puntual de esta promoción ya que como se ha señalado con anterioridad ésta sucede en el tiempo a la promoción del producto “ADSL HOME” lanzada por TERRA en el periodo, sobre la cual esta Comisión concluyó que presentaba una reducción en el margen de tal magnitud que no podía ser replicada por un operador eficiente. Como consecuencia de esto el establecimiento de un número máximo de altas (tal y como señala TERRA en sus alegaciones) no es un dato importante por cuanto que el hecho relevante es la repetición en el lanzamiento de una promoción con margen reducido, de manera que en el periodo comprendido entre el 3 de noviembre de 2003 y el 15 de marzo de 2004 (4,5 meses) durante prácticamente 3 meses han estado vigentes promociones con estas características.

En cualquier caso, el establecimiento de este límite máximo de altas para una promoción de un mes de duración no parece constituir una restricción muy importante para TERRA a tenor del volumen de altas mensuales registradas durante los últimos dos años (ver Gráfico II.5.1).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### Gráfico II.5.1 Número de altas mensuales de ADSL de TERRA<sup>27</sup>

Con respecto al carácter estacional de la demanda en los meses de febrero y marzo alegados por TERRA, esta Comisión sostiene que estos meses no se caracterizan por un descenso de la misma. Únicamente se produce un descenso con respecto a los meses precedentes (octubre, noviembre, diciembre y enero) que sí muestran unos niveles elevados de demanda. Sin embargo el volumen de altas de los meses de febrero y marzo se sitúan en línea con la registrada en los meses de abril, mayo y junio, y muy por encima de los meses de verano, que sí se caracterizan por un descenso acusado en la demanda (ver Gráfico II.5.2).

Por tanto, esta Comisión sostiene que no cabe concluir que los meses de febrero y marzo son meses de baja demanda, máxime cuando en un mercado en expansión la demanda no presenta un patrón todavía estable, que permita identificar componentes estacionales diferentes a los señalados. Del mismo modo tampoco cabe hablar de carácter puntual de la promoción y ausencia de posibilidad de eliminar a los competidores porque (i) se ha producido una repetición de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente (que han estado vigente la práctica totalidad de los últimos meses analizados) y (ii) el objetivo de estas promociones no debe ser únicamente la

---

<sup>27</sup> Fuente: Información facilitada por TESAÚ en el marco de la OBA.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expulsión de competidores sino también el debilitamiento de la competencia, esto es la creación de obstáculos por medio de prácticas anticompetitivas que dificulten a sus competidores la captación de clientes y el desarrollo de una competencia sostenible.

### Gráfico II.5.2. Número de altas registradas en el mercado de ADSL<sup>28</sup>

#### **TERRA: Análisis de elementos adicionales para determinar el carácter anticompetitiva de la práctica denunciada**

Según TERRA el análisis de los elementos adicionales a la estimación del margen de la promoción (considerados en el marco del Expediente AEM 2003/1632) permite demostrar que su conducta no es susceptible de producir la expulsión de los competidores.

Esta Comisión recuerda que, como el margen estimado para la promoción del producto “ADSL HOME” era insuficiente para un operador eficiente, se estudiaron (en el marco del Expediente 2003/1632) estos elementos adicionales para valorar si la promoción del producto “ADSL HOME” tenía el efecto de debilitar la competencia e incluso de expulsar a los competidores. En relación a ello esta Comisión sostiene que:

---

<sup>28</sup> Fuente: Información facilitada por TESAU en el marco de la OBA.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El efecto de la expulsión de los competidores no es el único efecto considerado, sino también el debilitamiento de la competencia (tal y como se ha explicado en el apartado II.4.2.1 y en los comentarios relativos a la anterior alegación de TERRA). TERRA parece estar sugiriendo a esta Comisión realizar el análisis correspondiente a una denuncia de precios predatorios. En este sentido Ofcom señala claramente que ésta es precisamente una de la diferencia entre precios predatorios y estrechamiento de márgenes:

*La predación conlleva la probable eliminación de un competidor, mientras que éste no es un efecto necesario para que el estrechamiento de precios sea considerado una práctica anticompetitiva. El estrechamiento de precios puede distorsionar las condiciones en que se desarrolla la competencia, por ejemplo elevando los costes de las empresas rivales, y en consecuencia, debilitar las presiones competitivas que enfrenta la empresa dominante. A menudo el estrechamiento de precios puede conducir a un mayor riesgo de salida por parte de un competidor, pero el efecto anticompetitivo puede detectarse incluso si no existe este riesgo de salida probable, por ejemplo si los competidores se ven obligados a convertirse en empresas de nicho de mercado incapaces de competir frente a frente con la empresa dominante verticalmente integrada.*<sup>29</sup> (subrayado nuestro)

- El contexto en que tuvieron lugar las promociones de Navidad no se corresponde con el contexto en que se lanza la promoción objeto del presente expediente. En el marco del Expediente AEM 2003/1632 se concluía que la promoción del producto “ADSL HOME” no constituían una práctica de estrechamiento de márgenes porque: (i) hasta la fecha el Grupo Telefónica no había lanzado promociones con márgenes insuficiente, (ii) se lanzó en un periodo del año de intensificación de la competencia y mayor dinamismo de la demanda como consecuencia de la Navidad, y (iii) el periodo mínimo exigido de permanencia al cliente no presentaba efectos anticompetitivos. Por el contrario en el marco del presente expediente esta Comisión ha constado que se han repetido promociones con márgenes reducidos en un periodo del año sin características diferenciales en la oferta y demanda.

---

<sup>29</sup> Ofcom (2003): “Analytical Framework for New Freeserve Case”, 14 de agosto de 2003.

*“38. Another analytical distinction is that predation involves the likely elimination of a competitor (see the definition in paragraphs 14 and 15), whereas this is not a necessary effect of margin squeeze for it to be anti-competitive. A margin squeeze may distort the terms of competition, e.g. by raising rivals’ costs and thereby weaken competitive pressures. A margin squeeze might often result in the risk of likely exit of competitor(s), but an anti-competitive effect can be found even if this risk of likely exist does not occur, e.g. competitors forced to become niche players unable effectively to compete head-on with the vertically integrated dominant firm” [subrayado nuestro]*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En definitiva esta Comisión ha constatado que en el periodo comprendido entre Noviembre de 2003 y mediados de marzo de 2004 durante tres meses las altas registradas por TERRA se han producido a través de promociones cuya emulabilidad por parte de operadores alternativos eficientes no era factible. Este tipo de acciones comerciales por parte del Grupo Telefónica no parecen propias de un operador que está utilizando “medios que no difieren de una competencia normal de productos” (como se señalaba en el Expediente AEM 2003/1632). El hecho de que con esta promoción TERRA haya pretendido dirigirse a un segmento concreto de usuarios (ofreciendo al posibilidad de contratar el “Kit seguridad”), preocupados por la seguridad de Internet carece de relevancia en la medida que el margen resultante de la promoción es insuficiente para un operador eficiente, tal y como se ha demostrado<sup>30</sup>. Es por ello que a la vista de los hechos constatados y teniendo presente que el Grupo Telefónica (a través de su filial TERRA) puede estar en disposición de repetir este tipo de promociones esta Comisión no admite las alegaciones de TERRA consideradas en este punto.

### **WANADOO: Análisis de estrechamiento de márgenes con respecto al servicio mayorista “Megabase”**

Esta Comisión no admite la solicitud de WANADOO de realizar también el análisis de estrechamiento de precios tomando como referencia el servicio mayorista “Megabase”. De acuerdo con la Resolución de 4 de diciembre de 2003, sobre la presunta comisión por parte de Telefónica de España, S.A.U. de prácticas contrarias a la libre competencia en la comercialización del servicio mayorista que da soporte al producto “ADSL HOME” de TERRA, se ponía de relieve “la existencia de alternativas para la prestación de servicios ADSL mayoristas con conectividad IP, que viene avalada por la constatación de un cada vez mayor despliegue tanto en demarcaciones cubiertas como en porcentaje de población a la que es susceptible de prestar estos servicios”. Dado que los operadores alternativos cuentan con alternativas de suministro a escala nacional (ver Tabla II.3.1) el operador verticalmente integrado no tiene incentivos para seguir una estrategia de estrechamiento de precios basada en una combinación de precios del servicio mayorista “Megabase” y del servicio final que deje un margen que impida a un operador eficiente operar de manera rentable. De hecho, en el caso de que el operador verticalmente integrado implementara una estrategia de este tipo, los operadores alternativos estarían en disposición de no demandar este servicio mayorista ya que dispondrían de alternativas de suministro. Esta Comisión constata que la existencia de

---

<sup>30</sup> Además se ha constatado que las estimaciones de los ingresos por este concepto aportadas por TERRA son discutibles.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alternativas de suministro no hace viable ni creíble la implementación de una estrategia de estrechamiento de precios como la explicada.

**Tabla II.5.3 Operadores que suministran servicios mayoristas ADSL IP<sup>31</sup>**

OPERADOR	Nº demarcaciones cubiertas
TESAU	109
ALBURA	109
Telefónica Data	107
BT IGNITE	89
AUNA	62
COMUNITEL	27
LINCE	24
JAZZTEL	5

### **WANADOO: Efecto de las promociones sobre el número de clientes de banda ancha del Grupo Telefónica y de los operadores alternativos**

Esta Comisión considera que carece de interés (a efectos de la resolución del presente expediente) el análisis que WANADOO sugiere con respecto al impacto que tienen las promociones del Grupo Telefónica sobre la tasa de crecimiento mensual en el número de clientes de dicho Grupo y los operadores alternativos. En la medida que se constate que las promociones denunciadas presentan un margen suficiente para un operador eficiente, el impacto que ellas tengan sobre el número de altas de unos y otros operadores es irrelevante para esta Comisión. Aun más, el hecho que una promoción tenga tal grado de aceptación que permita al operador que la ha lanzado captar un volumen muy importante de clientes no debe constituir un indicador sobre su carácter anticompetitivo.

En consonancia con esta línea argumental esta Comisión concluye que tampoco es relevante el “efecto agotamiento”<sup>32</sup>, que señala WANADOO sobre

---

<sup>31</sup> Fuente: Elaboración a partir de datos de la OBA (octubre de 2003).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el número de altas en el siguiente mes, ya que esta Comisión debe velar por que las promociones lanzadas por el Grupo Telefónica puedan ser replicadas por un operador eficiente. El momento en que se produzcan estas altas o el mayor o menor éxito comercial que tengan las promociones va más allá del ámbito de actuación de esta Comisión y supera los objetivos de la misma.

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

### ACUERDA

**Primero.-** Con respecto a la promoción del producto “ADSL HOME” llevada a cabo por TERRA para el periodo comprendido entre el 11 de febrero y el 15 de marzo de 2004, se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

**Segundo.-** Con respecto a las promociones del producto “ADSL HOME” se impone a TERRA la obligación de cesar en el lanzamiento de promociones similares, que no puedan ser replicadas de forma rentable por un operador alternativo eficiente en los términos expresados en la Resolución.

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.

---

<sup>32</sup> Según WANADOO “la promoción atrae a los clientes interesados en contratar el servicio, acelerando la contratación de forma que una vez finalizada, existen menos clientes potenciales”.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 SECRETARIO

LA VICEPRESIDENTA

Jaime Velázquez Vioque

Elisa Robles Fraga