



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 30/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de julio de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LAS DENUNCIAS PRESENTADAS POR WANADOO ESPAÑA, S.L. Y LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA PROMOCIÓN DEL SERVICIO “KIT ADSL USB” Y EL BONO METROPOLITANO I

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de marzo de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Wanadoo España, S.L. (en adelante, WANADOO) respecto a las posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en la comercialización del servicio “Kit ADSL USB”. En concreto, WANADOO se refiere a la promoción que consiste en el regalo de un BONO METROPOLITANO I a aquellos clientes que contraten el servicio Kit ADSL entre el 20 de febrero y el 30 de marzo de 2004. La promoción incluía, asimismo, el regalo de MODEM necesario para la conexión.

De acuerdo con este operador, TESAU habría incurrido en las siguientes conductas contrarias a la libre competencia:

- El pinzamiento de márgenes en que incurre la oferta;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El incumplimiento de las obligaciones exigidas a TESAU respecto de la comunicación previa de promociones y precios;
- Las subvenciones cruzadas incluidas en la promoción provenientes de empresas del mismo grupo y de mercados con posición de dominio.

Así mismo, y de acuerdo con WANADOO, TESAU habría vulnerado las obligaciones de comunicación de modificaciones de precios que pesan sobre ella.

SEGUNDO.- Con fecha 30 de marzo 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.

TERCERO.- Mediante escrito de 27 de abril de 2004 del Secretario de la CMT, fue notificada la apertura del presente procedimiento a TESAU, WANADOO y ASTEL.

CUARTO.- Los Servicios de esta Comisión emitieron informe sobre el asunto de referencia, hecho lo cual se comunicó la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva a los interesados en escritos de 22 de junio de 2004.

QUINTO.- Con fecha 15 de julio de 2004 tuvo entrada en esta Comisión escrito de ASTEL en el que se exponían sus alegaciones. Éstas se han reproducido y contestado a lo largo de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

II 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”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

III RESPECTO A LA VULNERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN ESTABLECIDO POR LA ORDEN PRE/3103/2003

De acuerdo con WANADOO y ASTEL, TESAU debería haber comunicado la anterior promoción de acuerdo con el punto 1.4 del Anexo I de la Orden Pre/3103/2003¹, por el cual, se establece el:

“Procedimiento aplicable a las llamadas de acceso a internet, paquetes de servicios, bonos, planes de precios, programas de descuento y nuevos servicios.- Las llamadas de acceso a internet, paquetes de servicios, bonos, planes de precios, programas de descuento, incluidos los correspondientes al servicio de líneas susceptibles de arrendamiento, tanto cuando se trate de un nuevo paquete, bono, plan de precios o programa de descuento, como de la modificación de alguno ya existente, así como los nuevos servicios y facilidades podrán ser comercializados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, previa comunicación a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología, al Consejo de Consumidores y Usuarios y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con, al menos, 21 días de antelación. (...).”

De lo anterior debe concluirse que efectivamente, de forma previa a la comercialización de los servicios anteriormente expuestos, esto es, *“las llamadas de acceso a internet, paquetes de servicios, bonos, planes de precios, programas de descuento y nuevos servicios”*, TESAU deberá comunicarlo con 21 días de antelación. Ahora bien, el caso que se analiza en el marco del presente expediente no entraría dentro de la categoría descrita por la citada Orden PRE/3103/2003.

En este caso, es relevante considerar lo dispuesto en el punto Segundo del Anexo de la Orden PRE/3028/2003, de 30 de octubre²:

¹ Orden de 5 de noviembre, 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 el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el 2004.

² Orden 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“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 de Ciencia y Tecnología, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al Consejo de Consumidores y Usuarios y a los usuarios afectados por las modificaciones de los precios de los servicios con, al menos, 10 días de antelación a su aplicación.”

Dado que, como reconoce tanto WANADOO como ASTEL, la promoción objeto de análisis modifica los precios minoristas de los servicios ADSL, y no del servicio telefónico fijo. Por esta razón, es el régimen de comunicación relativo a los servicios de ADSL el que es aplicable para la promoción objeto de análisis. Por tanto, TESAU está obligada a comunicar con 10 días de antelación las promociones que decida comercializar, tal como estipula la Orden referida a los servicios ADSL.

En este sentido cabe decir que con fecha 22 de enero de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de TESAU en el que comunicó esta promoción sobre el servicio Kt ADSL. Asimismo, el Bono Metropolitano I fue aprobado mediante Orden de 31 de octubre de 2000.

ASTEL alega que, dado que la promoción objeto de análisis no implica únicamente servicios de banda ancha sino que también de telefonía fija, TESAU debe *“satisfacer los requisitos de comunicación prescritos en el punto 1.4 del Anexo I de la Orden PRE 3103/2003”*.

Esta Comisión considera que, si bien la inclusión de servicios de voz en promociones de banda ancha no puede convertirse en una práctica encaminada a evitar el régimen de comunicación previsto en la citada Orden PRE 3103/2003, en este caso la importancia relativa de la promoción hace que no sea relevante el impacto en el mercado de telefonía fija, como pretende ASTEL.

Así, el precio minorista mensual del Bono Metropolitano I asciende a 8,41 euros mientras que las cuotas de los servicios ADSL son de 39,07 euros. Dada la correspondencia de importes anteriores, no es posible concluir que la promoción denunciada sea de telefonía fija. Efectivamente, en otro caso en que existiera una correlación diferente entre los importes de telefonía fija y banda ancha, el juicio podría ser diferente, con las consecuencias apuntas anteriormente respecto al régimen de comunicación aplicable.

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, en el caso de la promoción de referencia, no ha vulnerado las obligaciones de comunicación que tiene impuestas respecto a la regulación de precios minoristas.

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

IV.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*”³, 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 mismo⁴.

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.

³ Caso 27/76 United Brands v. Comisión.

⁴ Asunto C-242/95: GT-Link, apartado 36.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV.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 2002⁵ y de 18 de diciembre de 2003⁶. 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 concreto⁷, 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

⁵ 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.

⁶ 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".

⁷ Ver Caso T-125/97, Coca-Cola v Comisión.

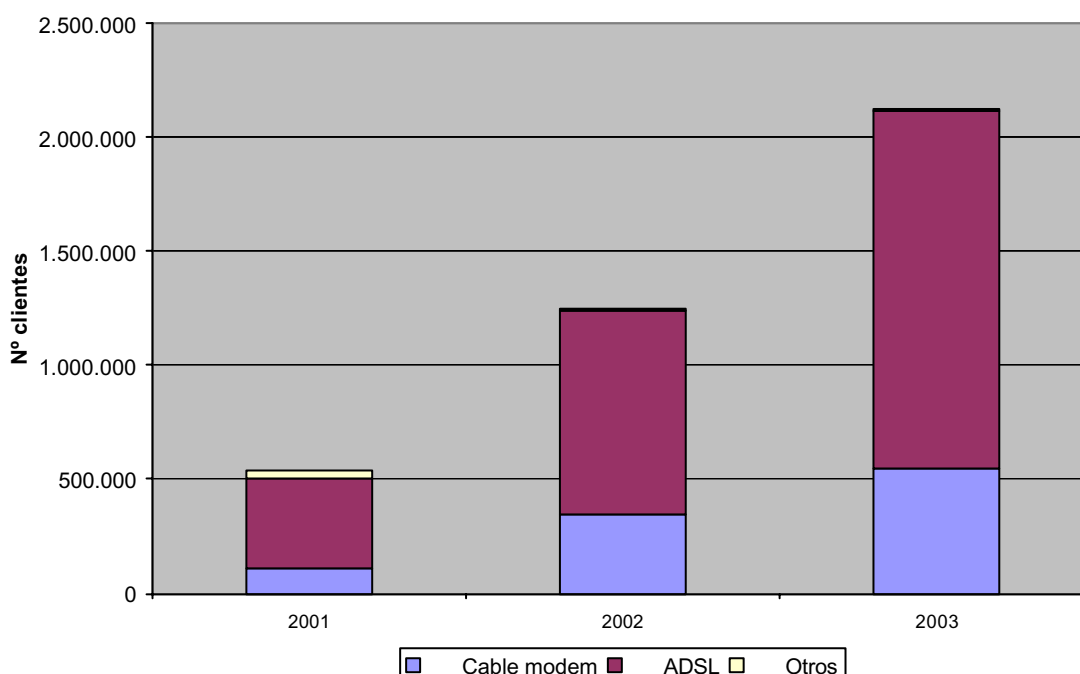


COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Según los datos de que dispone esta Comisión⁸, 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.

⁸ Datos provisionales 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.

ASTEL considera que se debería incluir como mercado de referencia afectado el mercado de telefonía fija, dada *“la necesidad de consumir el servicio telefónico fijo de TESAU, ya que si no es así carece de sentido su contratación puesto que el Bono Metropolitano que se regala es uno de los puntos fundamentales de la configuración de dicha promoción”*.

Con respecto a la alegación anterior de ASTEL, esta Comisión considera que se tienen que el importe de la promoción no es suficiente para considerar el mercado de telefonía fija afectado. Así, de acuerdo con datos recogidos para el Informe Anual 2003 de la CMT, la facturación media por cliente correspondiente a estos servicios asciende a 274,5 euros/año. Por su parte, el precio minorista del Bono Metropolitano I ascendía a 8,41 euros. Por tanto, el regalo del 3% de la facturación anual de un cliente no parece suficiente como para afectar a este mercado, si se tiene en cuenta que existían, además, promociones de ADSL con condiciones más ventajosas como el regalo de cuotas de alta⁹ (38,1 euros) o de abono¹⁰ (39,07 euros por cuota).

IV.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 competencia¹¹.

Los criterios utilizados tradicionalmente por las autoridades de competencia para determinar el alcance geográfico del mercado de referencia son¹²:

⁹ Promociones generalizadas en el mercado como la de la propia TESAU de 30 de abril y el 31 de mayo de 2004.

¹⁰ Promociones generalizadas en el mercado como la de la propia TESAU de 15 de junio de 2004 y el 31 de agosto de 2004.

¹¹ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (2002/C165/03).

¹² Ver párrafo 59 de las citadas Directrices.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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.

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

IV.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)¹³ 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 siguiente¹⁴, 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%.

¹³ 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").

¹⁴ Ver nota al pie 8.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	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%
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 de líneas y de la cuota de mercado del Grupo Telefónica:

[CONFIDENCIAL]

Como se puede observar, la cuota del grupo en número de líneas se ha mantenido constante alrededor del 80% mientras que las tasas de crecimiento de estos servicios han decrecido desde septiembre de 2003, alcanzándose los valores mínimos en torno a marzo de 2004, periodo de vigencia de la promoción objeto de análisis.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La cuota de mercado no puede analizarse de forma estática, dado que como prevén las citadas Directrices¹⁵, *“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 64% en 2003. Como puede apreciarse de los datos anteriores, 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 como WANADOO y ASTEL reconocen, se encuentra en 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 expediente¹⁶. Así, de acuerdo con la Resolución del Tribunal en el asunto Tetra Pak II¹⁷, 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 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

¹⁵ Ver nota 11.

¹⁶ 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 de servicio “Kit ADSL USB” (Expediente AEM 2003/1095)

¹⁷ Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 2003¹⁸ 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 primero¹⁹.

ASTEL considera que *“la afirmación que hace el Informe de los Servicios de que la posición de dominio del Grupo TESAU en servicios de banda ancha no se desprende de la cuota de mercado en estos servicios, es cuanto menos sorprendente dado las cifras de las cuotas de mercado que dicho Grupo mantiene (...)”*.

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”*²⁰. En el caso del mercado de banda ancha, el dinamismo observado y la variación en las cuotas del Grupo Telefónica hacen

¹⁸ Ver nota 8.

¹⁹ 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.

²⁰ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, Expediente R 362/99, Caso Bacardí.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que el juicio respecto a la eventual posición dominante en el mercado no sea definitivos.

V RESPECTO A LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA DENUNCIADAS POR WANADOO Y ASTEL

Dado el mercado relevante y la posición que ocupa TESAU en el mismo, ASTEL y WANADOO consideran que la oferta comercial de TESAU 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.
- Contiene subvenciones cruzadas. Así, de acuerdo con el escrito de ASTEL, dado que TESAU *“estaría subvencionando con los ingresos que obtiene en la rama de telefonía fija donde ostenta una clara y consolidada posición de dominio, la realización de ofertas en la comercialización de los productos de acceso a Internet a través de banda ancha, mercado que, a pesar de la contrastada posición de dominio del Grupo Telefónica, se trata de un mercado todavía en expansión”*. El escrito de WANADOO contiene los mismos argumentos para justificar la práctica de TESAU.

V.1 **Sobre el posible estrechamiento de márgenes por parte de TESAU en la promoción del Bono Metropolitano I**

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)



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.

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

Mediante Resolución de 15 de julio de 2004²¹, 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.*

²¹ 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.

En los siguientes apartados se procede a evaluar los aspectos anteriores para el caso concreto del Bono Metropolitano I:

V.1.2 Promoción Bono Metropolitano I

La siguiente tabla recoge los resultados de los cálculos realizados de cara a examinar cuál sería el coste para un operador alternativo que pretendiese regalar un bono similar al de TESAU, teniendo en cuenta que dicho operador alternativo debería adquirir los servicios de interconexión de este operador, cuyas condiciones económicas se encuentran reguladas en virtud de la vigente OIR. A este respecto, debe señalarse que los cálculos se han efectuado considerando un acceso y una terminación local, por lo que se han tomado los precios de tales servicios ponderados por el patrón de tráfico típico para este tipo de llamadas:

Número de minutos BONO CIUDAD PLUS	Distribución típica tráfico metropolitano		Coste interconexión Local (€/min)		Precio medio interconexión (€/min)	Coste interconexión BONO CIUDAD PLUS
	Horario Normal	Horario Reducido	Horario Normal	Horario Reducido		
600					0,0105	6,3215



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	36,82%	63,18%	0,0142	0,0084	
--	--------	--------	--------	--------	--

Adicionalmente, la promoción incluye el regalo del MODEM, que se ha valorado a precios mayoristas, en 25 euros.

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

$$\text{Importe Promoción} = 6,3215 \text{ euros} + 25 \text{ euros} = 31,3215 \text{ euros}$$

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

$$\text{Importe Mensual de la promoción} = 31,3215 \text{ euros} / 24 \text{ meses} = 1,3 \text{ euros}$$

V.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:

$$\% \text{ de la Promoción} = 1,3 \text{ euros} / 39,07 \text{ euros} = 3,3 \%$$

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, en la que se promocionaba el Bono Metropolitano I, no es abusiva, por cuanto los operadores alternativos obtendrían beneficios positivos de su comercialización.

V.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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

ASTEL considera, con respecto a los cálculos realizados por esta Comisión, que debería *“corregirse el “mix” empleado para el cálculo del coste de dicho bono, asumiendo unos porcentajes razonables de interconexión metropolitana, local y de tránsito simple”*.

Con respecto a la combinación de los niveles de interconexión considerados para el cálculo del coste del Bono Metropolitano I, esta Comisión considera que no tiene sentido y, es contrario a la jurisprudencia relativa a prácticas de estrechamiento de márgenes, tomar como referencia de los costes a un operador no eficiente. De la definición citada anteriormente sobre estrechamiento de márgenes se concreta que *“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”*.

Esta Comisión ha considerado como eficiente la resolución de una llamada local con un acceso y una terminación local, con independencia del desarrollo de red particular de los operadores alternativos para el cálculo de la emulabilidad de estas llamadas²³. En conclusión, no cabe aceptar la alegación de ASTEL con respecto a la combinación de distintos niveles de interconexión.

V.2 Sobre las posibles subvenciones cruzadas por parte de TESAU entre el servicio telefónico fijo y los servicios de banda ancha

Con respecto a posibles subvenciones cruzadas entre los servicios de banda ancha y telefónico fijo, el primer paso es determinar en qué supuesto es posible que se produzcan las mismas. Así, en las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones²⁴, en el párrafo 102, la Comisión estima que:

²³ Por todas, Resolución 17 de octubre de 2002 con respecto a la oferta de servicios de voz y datos que Telefónica de España, S.A.U. presentó en el concurso convocado por la Generalitat de Cataluña para el arrendamiento de una red de telecomunicaciones del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Catalunya y Organismos dependientes.

²⁴ 91/C 233/02.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Por subvención cruzada se entiende la transferencia por parte de una empresa de todos o parte de los costes de sus actividades en un producto o mercado geográfico distinto. Bajo determinadas circunstancias, la subvención cruzada puede provocar distorsiones de la competencia en el sector de las telecomunicaciones. Por ejemplo, cuando permitan a una empresa presentar ofertas más ventajosas que las de sus competidores por medios artificiales, como son las subvenciones, y no gracias a una mayor eficiencia y rentabilidad de sus operaciones.”

La oferta denunciada por ASTEL y WANADOO pertenece al ejemplo que cita el párrafo anterior. Así, sería abusiva una reducción de precios que se produjera como consecuencia de la imputación de determinados costes a mercados diferentes, aprovechando su posición en ellos, consiguiendo de este modo una ventaja en costes a que ningún competidor tendría acceso.

Ahora bien, del punto V.1 se ha obtenido que TESAU no está fijando precios minoristas que no puedan ser replicados por terceros operadores, con lo que debe concluirse que dichos precios minoristas no contendrían subvenciones cruzadas anticompetitivas.

Finalmente, tampoco puede considerarse que la promoción denunciada suponga una vinculación anticompetitiva entre servicios con el objeto de extender la posición de dominio, como ASTEL denuncia. La razón principal es que el regalo de 600 minutos en llamadas metropolitanas no puede considerarse una venta empaquetada y, por tanto, no podría ser abusiva.

ASTEL alega con respecto a la venta empaquetada que *“es necesario consumir ambos servicios para disfrutar de la promoción, y es en este punto donde radicaría tal vinculación anticompetitiva, más aún cuando hay operadores que no pueden replicar esta oferta al no prestar alguno de los dos servicios que engloba la promoción (banda ancha y telefonía fija)”*.

A este respecto cabe decir que la vinculación o empaquetamiento supone que un determinado bien únicamente será suministrado si el consumidor también compra otro producto. En efecto, el Derecho de la competencia y la jurisprudencia consolidada establecen que la vinculación anticompetitiva puede constituir un abuso de posición de dominio²⁵ cuando implique una extensión de la posición de dominio desde un mercado dominado a otro no dominado y dicha vinculación no esté justificada de forma objetiva.

²⁵ Caso T-30/89 Hilti v. Comisión, Caso C-333/94 Tetra Pak v. Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ASTEL no justifica porqué la promoción de referencia supone una extensión de la posición de dominio desde el mercado de telefonía fija al de banda ancha. El simple hecho que el regalo incluido en la promoción sean minutos de voz y que, deban ser consumidos con TESAU, no convierte a la promoción en un empaquetamiento anticompetitivo, dado que el consumidor puede contratar los bienes por separado y existían promociones que implicaban mayores descuentos.

Por otra parte, no puede aceptarse que los operadores alternativos no puedan replicar la oferta de referencia, como sostiene ASTEL, dado que existen los servicios mayoristas necesarios (incluidos en la OIR y en la OBA) para ello y el precio minorista fijado por TESAU deja un margen suficiente, como se ha comprobado anteriormente.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión

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 del servicio “Kit ADSL USB” y el Bono Metropolitano I, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque