



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 40/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 11 de noviembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

### **RESOLUCIÓN SOBRE LA DENUNCIA PRESENTADA POR TELE 2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. EN RELACIÓN CON LA CONDUCTA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U EN LA COMERCIALIZACIÓN CON EL NUEVO ESQUEMA TARIFARIO DENOMINADO “OFERTA MODULAR”**

Expediente AEM 2004/1175

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 1 de julio de 2004, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de denuncia de Tele2 Telecommunication Services, S.L. (en adelante, Tele2) en relación con la conducta de Telefónica de España S.A.U (en adelante, TESAU) en la comercialización con el esquema tarifario denominado “Oferta Modular”<sup>1</sup>.

Tele 2 aporta documentos de TESAU en los que se pondría de manifiesto que la “Oferta Modular” supone la venta integrada *“que incluye tanto la cuota de*

---

<sup>1</sup> Aprobada mediante la Orden PRE/3027/2003, de 30 de octubre, que dispone la publicación del acuerdo de 2 de octubre de 2003 de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueban los planes de precios “Bono 900”, “Bono fijo-móvil 60” y el nuevo esquema tarifario “Oferta Modular”.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*abono como las llamadas realizadas por el usuario final". De esta forma, y siempre de acuerdo con Tele2, "la Oferta de los combinados, esto es, la inclusión en la oferta comercial del plan de precios aprobado por la CDGAE de la cuota de abono, constituye un empaquetamiento ilícito de un servicio no regulado y prestado en régimen de competencia (servicio telefónico) y un servicio no prestado en régimen de competencia que da lugar a que el operador dominante comercialice un producto que en ningún caso puede ser emulado por operadores como mi representada".*

Adicionalmente, Tele 2 estima que "la campaña publicitaria realizada por Telefónica sobre su Oferta de Combinados, podría considerarse contraria a la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfrutan de una posición de dominio, en tanto en cuanto la publicidad realizada tiene por objeto reforzar la fidelidad de sus clientes, inhibiendo de forma sensible la contratación de potenciales clientes con operadores como Tele2".

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 6 de julio de 2004 del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fue notificada la apertura del presente procedimiento a Tele 2 y TESAU.

**TERCERO.-** En el marco de este procedimiento, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 78.Uno de 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, esta Comisión requirió a TESAU, mediante escrito de 6 de julio de 2004, la información que se indica a continuación:

1. Vinculación entre el acceso y el servicio telefónico fijo. Detallar la forma en la que TESAU está facturando a los clientes que se adscriben a cualquiera de las modalidades de la "Oferta Modular" la cuota de abono mensual y la cuota correspondiente a dichas modalidades. Aportar, en su caso, ejemplo de factura minorista;
2. Impacto de la comercialización de la Oferta Modular en los servicios de telefonía fija:
  - a. Número de planes comercializados por TESAU desagregado por cada una de las modalidades posibles, esto es, Combinado Ciudad, Combinado Ciudad Plus, Combinado País, Combinado Ciudad 600, Combinado País 800, Combinado País Tarifa Plana y Combinado Ciudad Tarifa Plana;
  - b. Estimación del tráfico e ingresos obtenidos por la comercialización de los planes anteriores durante el ejercicio 2004;
3. Campaña publicitaria "Oferta Modular":



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a. Cronología de las prácticas publicitarias de la campaña asociada a la comercialización de las modalidades de la "Oferta Modular";
- b. Costes estimados de dicha campaña publicitaria;
- c. Costes publicitarios acumulados del ejercicio 2004 y presupuestados para todo el ejercicio.
- d. Ingresos anuales estimados los servicios anunciados, es decir, servicio telefónico fijo;
- e. Costes estimados de las 10 mayores campañas acometidas por TESAU desde el 1 de enero de 2004.
- f. Presupuesto publicitario de TESAU del año 2003. Número total de campañas llevadas a cabo durante ese ejercicio.

**CUARTO.-** Con fecha 23 de julio de 2004, tuvo entrada en el en el registro de esta Comisión la información requerida a TESAU.

**QUINTO.-** Con fecha 16 de septiembre de 2004, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Tele 2 en el que se aportaba información respecto al impacto en el mercado que ha tenido la comercialización de la Oferta Modular.

**SEXTO.-** 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 de 29 de septiembre de 2004

**SÉPTIMO.-** Con fecha 28 de octubre de 2004, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Tele 2 en el que se exponían sus alegaciones. Éstas se han reproducido y contestado a lo largo de la presente resolución.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la habilitación competencial de esta Comisión para la tramitación del presente procedimiento se encuentra recogida en el artículo 48.3. e) que establece que corresponde a esta Comisión "adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta”.

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

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

### ***II.1 Mercado de producto***

De acuerdo con la normativa y la jurisprudencia comunitarias, el criterio más importante de definición del mercado de producto relevante es la intercambiabilidad de la demanda, aunque también habrá que tener en cuenta la intercambiabilidad de la oferta y la competencia potencial.

La Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 22 de agosto de 1998 (en adelante, “Comunicación de Acceso”) define el mercado de productos o servicios de referencia como aquél que *“comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*. Así, se considerará que los diferentes servicios de telecomunicaciones son sustituibles si presentan un grado suficiente de intercambiabilidad para el usuario final, lo que significa que puede desarrollarse una competencia efectiva entre los diferentes prestadores de tales servicios.

En el presente contexto, esta Comisión considera que las conductas objeto de análisis se desarrollan, por las razones que se apuntarán, en el mercado de acceso a la red telefónica pública conmutada y en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público.

De acuerdo con la denuncia de Tele 2, la oferta denominada Combinados estaría empaquetando de una forma anticompetitiva los servicios de acceso y de tráfico telefónico fijo. Este producto de TESAÚ supone un descuento el tráfico cursado así como su presentación de forma conjunta con la cuota mensual al cliente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, y dado que la Oferta Combinados es un programa de descuento sobre el tráfico telefónico, este debe ser un mercado afectado. El mercado del servicio telefónico fijo disponible al público se define como el servicio de realización de llamadas desde una ubicación fija a través de la red telefónica pública. Dicho servicio consiste en la puesta a disposición de los usuarios finales de los recursos que permitan la realización, desde un punto de terminación de red no móvil, de llamadas con destino a ubicaciones fijas o móviles.

Por otra parte, y dado que el empaquetamiento se estaría produciendo con el servicio de acceso, dicho mercado será también afectado. El mercado de acceso a la red telefónica fija se define como el servicio consistente en el suministro al cliente de un punto de terminación de red fijo que le permita a éste el acceso a la red telefónica pública conmutada.

Esta Comisión, en su Resolución de 22 de julio de 2004<sup>2</sup>, estableció que debían considerarse los mercados de acceso y de tráfico como independientes dado que *“la falta del mencionado acceso o la provisión restringida de dicho acceso supone para el cliente la imposibilidad de acceder al servicio telefónico fijo, consistiendo un mercado claramente diferenciado en tanto que no existen alternativas para los clientes”*. Así, no se encuentra para el presente caso sustituibilidad de la demanda con otros servicios distintos que satisfagan la misma necesidad específica del cliente, siendo precisamente en el acceso donde la competencia tiene mayores dificultades para establecerse sin que pueda considerarse que los usuarios dispongan por el momento de alternativa sustitutiva real y válida.

### II.1.1 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 competencia<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Resolución relativa al producto nueva Línea Hogar de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U.

<sup>3</sup> Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (2002/C165/03).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el contexto de los criterios utilizados tradicionalmente por las autoridades de competencia para determinar el alcance geográfico del mercado de referencia es preciso valorar las condiciones competitivas en el mercado en cuestión a cuyos efectos se tendrán en cuenta entre otros <sup>4</sup>:

- 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.

### ***II.2 Evaluación del poder de mercado ostentado por TESAU en los mercados de referencia considerados***

#### ***II.2.1 Posición de TESAU en el mercado de acceso a la red telefónica pública conmutada***

El mercado de acceso se ha caracterizado en los últimos años por el estancamiento pasando su crecimiento desde 2,5 por 100 en 2000 y 2001, a una tasa prácticamente nula en 2002 y 2003. La tecnología predominante continúa siendo la de las redes telefónicas tradicionales, si bien el número de accesos comercializados por los operadores de cable ha seguido aumentando durante 2003, concretamente en torno al 30 por 100. El número de clientes de estos operadores ha ascendido aproximadamente a 1,5 millones, lo que representa casi el 11 por 100 del total de clientes de acceso directo.

En este contexto, TESAU mantiene una cuota de mercado elevada, que como se observa en la tabla siguiente, es superior al 93% en términos de ingresos y al 88% por clientes.

	Ingresos	Clientes
--	----------	----------

---

<sup>4</sup> Ver párrafo 59 de las citadas Directrices.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU	93,43%	88,97%
Grupo ONO	2,83%	4,02%
Grupo Auna	1,58%	3,97%
EUSKALTEL, S.A.	0,67%	0,99%
OTROS	1,49%	2,05%

Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado elevadas (superiores al 50%) atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante<sup>5</sup>. La tabla anterior también muestra las importantes diferencias existentes entre TESAU y el resto de sus competidores, con una cuota 30 veces superior a su competidor directo, aspecto relevante para analizar la posición de una empresa en el mercado<sup>6</sup>.

Adicionalmente, puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene una posición dominante si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo<sup>7</sup>. La evolución de la cuota de mercado de TESAU a lo largo de los últimos años, si bien muestra un descenso, es claramente superior al umbral del 50% establecido por la jurisprudencia europea.

El análisis de otros criterios utilizados por las autoridades de competencia para medir la capacidad de una empresa para comportarse en medida apreciable con independencia de sus competidores, clientes y consumidores, no cambia de forma sensible las conclusiones anteriores:

- Envergadura global de la empresa. Tanto TESAU como el grupo empresarial al que pertenece figuran entre las mayores empresas del país;
- Poder compensatorio bajo o inexistente de la demanda. La demanda de estos servicios está, en general atomizada, lo que provoca diferencias entre el tamaño de los consumidores y TESAU importante y, en consecuencia, que la demanda cuente con un poder de negociación bajo;

---

<sup>5</sup> Asunto C-62/86, AKZO contra la Comisión.

<sup>6</sup> Asunto Nederlandsche Baden-Industrie Michelin contra la Comisión.

<sup>7</sup> Asunto Hoffmann-La Roche contra la Comisión.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Acceso privilegiado a los mercados de capital. El Grupo Telefónica tiene un peso importante en el mercado español de capitales, lo que le facilita el acceso a recursos financieros en condiciones más ventajosas que sus competidores;
- Economías de escala y alcance. Las diferencias en cuotas de mercado indican que TESAU disfrutará de unos costes medios inferiores a los de sus competidores. Asimismo, su presencia en diferentes mercados de telecomunicaciones le permite beneficiarse de economías de alcance elevadas;
- Integración vertical. TESAU es un operador verticalmente integrado, contando entre sus activos mayoristas con una red de acceso no reproducible fácilmente.

Por todo lo anterior, debe concluirse que TESAU es un operador dominante en el mercado de acceso a la red telefónica pública conmutada.

### II.2.2 Posición de TESAU en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público

El servicio telefónico fijo experimentó durante 2003 un decrecimiento en el número de minutos cursados provocado por la migración de tráfico desde clientes de acceso a Internet conmutado a accesos de banda ancha. Como consecuencia de esta evolución, se han reducido igualmente los ingresos totales del mercado y el ingreso medio por línea.

En este contexto, TESAU mantiene una cuota de mercado elevada, que como se observa en la tabla siguiente, es superior al 74,4% en términos de ingresos, siendo esta cuota superior en 10 veces a la de su inmediato competidor.

	Cuota
TESAU	74,4%
Auna Telecomunicaciones	7,4%
Uni2 Telecomunicaciones	4,9%
Grupo Ono	2,1%
Jazz Telecom	1,8%
Comunitel Global	1,8%





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Euskaltel	1,2%
OTROS	6,4%

Asimismo, los argumentos expuestos anteriormente sobre la evaluación de los criterios adicionales son aplicables al caso del mercado de tráfico telefónico, con lo que debe concluirse que TESAU es operador dominante en este mercado.

### III RESPECTO A LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA DENUNCIADAS POR TELE 2

Tele 2 considera que la oferta “Combinados” es abusiva por las siguientes razones:

- Constituye un empaquetamiento ilícito *“de un servicio no regulado y prestado en régimen de competencia (servicio telefónico) y un servicio no prestado en régimen de competencia que da lugar a que el operador dominante comercialice un producto que en ningún caso puede ser emulado y ofertado por operadores como mi representada”*.
- La campaña publicitaria realizada por TESAU es *“contraria a la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio, en tanto en cuanto la publicidad realizada tiene por objeto reforzar la fidelidad de sus clientes, inhibiendo de forma sensible la contratación de potenciales clientes con operadores como Tele 2”*.

#### **III.1 Sobre el posible empaquetamiento ilícito que supone la Oferta Modular de TESAU**

##### **III.1.1 Análisis de la Oferta Modular**

En general, un empaquetamiento se produce cuando la compra de un producto primario (en este caso, la línea telefónica) se realiza de forma condicional a la compra de un producto secundario (servicio telefónico fijo). En el caso de la Oferta Modular, los consumidores pueden contratar la línea telefónica con independencia del operador elegido para la provisión del servicio telefónico. Por tanto, la Oferta denunciada por Tele 2 no constituye, al menos en su forma, un empaquetamiento en sentido estricto.

Ahora bien, una situación de vinculación puede caracterizarse de una manera más genérica como dos servicios que podrían suministrarse de forma



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

separada, se están, de hecho, comercializando conjuntamente. Así, la Oferta Modular podría constituir una venta empaquetada si la forma más ventajosa para el cliente fuera consumir la totalidad de los servicios mediante el paquete diseñado por TESAU.

Ahora bien, incluso en el caso que la Oferta Modular fuera una venta empaquetada, la vinculación de dos o más servicios no es una conducta prohibida *per se*, sino que únicamente será constitutiva de abuso de posición de dominio cuando suponga una distorsión de la competencia. En efecto, el Derecho de la competencia y la jurisprudencia consolidada establecen que la vinculación anticompetitiva puede constituir un abuso de posición de dominio<sup>8</sup> 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.

En el caso de la Oferta Modular, los efectos anticompetitivos anteriores podrían producirse si los descuentos sobre el servicio telefónico asociados a la Oferta Modular estuvieran por debajo de los costes, provocando que un competidor igual de eficiente que TESAU no pudiera competir en el mercado secundario.

A este respecto cabe decir que esta Comisión analizó los programas de descuentos incluidos en la Oferta Modular en su Resolución de 24 de julio de 2003<sup>9</sup>, no observándose problemas relevantes para la competencia. Asimismo, esta nueva oferta fue aprobada mediante la Orden PRE/3027/2003, de 30 de octubre, que dispone la publicación del acuerdo de 2 de octubre de 2003 de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueban los planes de precios “Bono 900”, “Bono fijo-móvil 60” y el nuevo esquema tarifario “Oferta Modular”.

En conclusión, la Oferta Modular de TESAU no cuenta con los requisitos para ser considerada un empaquetamiento ilícito. Las anteriores conclusiones son coherentes con la práctica de esta Comisión. Así, en la Resolución de esta Comisión de 20 de mayo de 1999, de la solicitud de intervención presentada por Madritel Comunicaciones S.A. en relación a la comercialización conjunta de servicios de telefonía fija, TV por satélite y acceso a Internet llevada a cabo por Teleinformática y Comunicaciones, S.A. TELYCO) se estimaba que:

---

<sup>8</sup> Asunto T-30/89 Hilti contra Comisión, Asunto C-333/94 Tetra Pak contra Comisión.

<sup>9</sup> Resolución por la que se aprueba el informe a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos sobre programas de descuentos de Telefónica de España, S.A.U.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“La Comisión Europea en su Comunicación sobre el asunto nº IV/35.830-Unisource-Telefónica (DOCE C 44/15, de 12 de febrero de 1997) permite a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (que disponía en aquel momento de derechos exclusivos o especiales) la realización de ofertas combinadas de sus servicios y los de Unisource International NV (joint venture en la que el operador español participaba) siempre que se respetasen las condiciones siguientes:*

- *posibilitar al cliente la adquisición por separado en condiciones equivalentes.*
- *Posibilitar al cliente la distinción en los contratos el precio y demás condiciones de dichos contratos.”*

En el caso de la Oferta Modular, es evidente que se cumplen los parámetros anteriores. En concreto, es posible contratar de forma independiente la línea telefónica del tráfico telefónico. En efecto, los precios de estos servicios se encuentran regulados, de forma individual, de acuerdo con la ORDEN PRE/3103/2003, 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 año 2004.

En segundo lugar, y tal como aporta TESAU en la contestación al requerimiento de esta Comisión, en la factura al usuario final es posible distinguir los importes correspondientes a la línea individual y al Combinado Ciudad Plus<sup>10</sup>.

No deben considerarse las alegaciones de Tele 2 respecto a que esta Comisión no ha considerado *“como un tipo concreto de bundling las ofertas en las que la contratación de dos productos puede ser independiente a la vez que vinculada (...)”*. Así, los párrafos anteriores analizan la situación descrita por este operador, esto es, la vinculación de dos productos no de una forma contractual sino a través de la bonificación de la contratación conjunta.

Por otra parte, Tele 2 considera que la Oferta Modular sí constituye una vinculación anticompetitiva dado que *“claramente la intención de crear una determinada percepción por parte del cliente existe, lo que ocurre que dicha intención no viene dada por un aumento de la calidad, sino por la intención exclusionaria de TESAU respecto a sus competidores”*. A juicio de Tele 2, el

---

<sup>10</sup> Ver Anexo II del escrito de TESAU de 23 de julio de 2004.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*análisis de esta Comisión es insuficiente dado que “a pesar de que ambos productos (acceso y tráfico telefónico) puedan contratarse por separado, puede existir un empaquetamiento ilícito y a pesar de que el contrato distinga ambos servicios, si la percepción del cliente es la contraria, por ejemplo como ocurre en este caso, gracias a la publicidad, el efecto sobre la competencia es restrictivo”.*

Con respecto a las alegaciones de Tele 2, cabe hacer las siguientes precisiones. En primer lugar, y al contrario de lo apuntado por Tele 2, la práctica de las autoridades de defensa de la competencia es clara respecto al empaquetamiento anticompetitivo. Así, en el caso Tetra Laval<sup>11</sup>, caso que de acuerdo con Tele 2 es contrario al análisis realizado por esta Comisión, el Tribunal consideró que la extensión de posición de dominio puede realizarse mediante dos tipos de prácticas: primero, mediante la venta empaquetada de los productos afectados y comercializados por la empresa dominante. Segundo, ofreciendo incentivos, tales como precios predatorios, guerras de precios o descuentos fidelizadores. Sin embargo, los últimos serían constitutivos de abuso de posición dado que no están justificados de forma objetiva.

De los párrafos anteriores se deduce que la Oferta Modular no puede englobarse dentro del primer grupo de prácticas dado que, como se ha mostrado, TESAÚ no vende de forma empaquetada el acceso y el servicio telefónico. Y como se demostrará a continuación, tampoco puede englobarse en el segundo grupo, en tanto y cuanto, los descuentos ofrecidos sobre el tráfico telefónico son perfectamente emulables por operadores alternativos. Por tanto, tampoco existirían las prácticas constitutivas de abuso necesarias para considerar la Oferta Modular como una vinculación anticompetitiva.

Por todo lo anterior debe concluirse que el análisis realizado por esta Comisión es coherente con la práctica de las autoridades de competencia. Asimismo, la Oferta Modular no puede considerarse un empaquetamiento anticompetitivo.

### III.1.2 Emulabilidad de la Oferta Modular

Tele 2 argumenta que *“a fecha actual, sería inviable que TELE 2 emulase la oferta/producto comercial de Telefónica, en tanto en cuanto no podría comercializar y facturar de forma conjunta (por no estar implantado en España el mecanismo de Factura Única) el servicio de acceso y de tráfico del servicio telefónico”*. Este operador argumenta que este aspecto es muy relevante si se atiende al impacto en el mercado que ha tenido la comercialización de la Oferta

---

<sup>11</sup> Párrafo 217-218, Asunto T-5/02, Tetra Laval contra Comisión.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Modular, tanto en términos de cancelaciones del servicio de preselección en los competidores de TESAU como en contrataciones absolutas al servicio. Para ello, Tele 2 aporta una encuesta según la cual, un número elevado de clientes causan baja del servicio como consecuencia de la recepción de dos facturas.

En este punto cabe referirse de nuevo al modelo de factura presentado por TESAU en su escrito de 23 de julio de 2003. En dicho modelo, se presenta en la página 1 de 5, bajo el concepto “Cuotas de abono”, el epígrafe “Combinados Telefónica”. En la página 2 de 5 se presenta el desglose del importe anterior entre el correspondiente a la cuota de abono de la línea telefónica y el plan de descuento sobre el tráfico. De este modo, se comprueba que TESAU no está facturando de forma conjunta tráfico y acceso telefónico fijo y, que el usuario puede distinguir los importes correspondientes a cada uno de estos conceptos.

Por tanto, salvo en la presentación comercial, no se observan diferencias entre la Oferta Modular y cualquier otro programa de descuento comercializado por TESAU hasta la fecha. En efecto, Tele 2 no puede facturar a sus clientes el importe correspondiente a la línea telefónica, en tanto y cuanto, no se han implementado los mecanismos de factura única. Ahora bien, este hecho no es singular del programa de descuento ahora denunciado sino que es general a todos los planes comercializados por TESAU. En este sentido, y dado el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas, cualquier tipo de nueva obligación ex ante debe ser impuesta en el marco de los análisis de mercado y, es en ese procedimiento en el que debe analizarse la procedencia de la factura única.

### ***III.2 Sobre el posible incumplimiento, por parte de TESAU, de la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones***

Además de las anteriores consideraciones, Tele 2 considera que debe analizarse la campaña publicitaria asociada a la Oferta Modular desde el punto de vista de la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de posición de dominio (en adelante, Circular 1/1998). Dicha Circular considera que *“la publicidad efectuada por los operadores dominantes es susceptible de constituir un abuso contrario a la libre competencia cuando presenta una particular relevancia, provocando un impacto sensible sobre los mercados afectados. La apreciación de dicho efecto está ligada a la valoración de la posible existencia de barreras de entrada, erigidas éstas por los operadores dominantes a través de la realización de gastos publicitarios excesivos.”*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

Sobre este particular, debe destacarse que, para que una campaña publicitaria tenga efectos fidelizadores sobre los clientes, inhibiendo así la posibilidad de contratar con otros operadores, es necesario que los servicios promocionados hayan supuesto un impacto destacado en el mercado. La tabla siguiente muestra las contrataciones registradas por la Oferta Modular:

### **CONFIDENCIAL [ ]**

El volumen de contrataciones mediante la Oferta Modular no supone un porcentaje importante del global del mercado, que de acuerdo con el Informe Anual de la CMT, asciende a 8.258 millones de euros. Por tanto, no puede considerarse que las contrataciones de la Oferta Modular, que suponen el **CONFIDENCIAL [ ]** del total del mercado, hayan supuesto una inhibición de la demanda de otros operadores. Cabe decir, de forma adicional, que la aparición de la Oferta Modular supuso la suspensión de un número importante de planes de descuento anteriormente en vigor, con lo que el efecto neto para los competidores es menor al reflejado por la magnitud anterior.

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





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con la doctrina de esta Comisión<sup>12</sup>, la Circular 1/1998 pretende evaluar la proporcionalidad del gasto publicitario. En materia de Competencia, es generalmente aceptado que la existencia de una posición dominante no puede, en principio, privar a la empresa que la ostenta de velar por sus intereses comerciales. Por tanto, para analizar la campaña publicitaria asociada a la Oferta Modular objeto de análisis se debe poner en relación el coste de la misma con los gastos publicitarios de sus competidores más directos presentes en el mercado de referencia, siempre teniendo en cuenta las diferencias de potencia financiera existentes entre ellos.

La siguiente tabla muestra datos de los gastos totales en publicidad de los principales proveedores de servicios telefónicos, por volumen de ingresos, correspondientes al ejercicio 2003<sup>13</sup>.

### CONFIDENCIAL [ ]

Es en el contexto de los anteriores datos donde se debe ubicar el coste de la campaña publicitaria correspondiente a la Oferta Modular y determinar su proporcionalidad.

En relación con ello, se observa que el coste de esta promoción para TESAU fue equivalente al **CONFIDENCIAL [ ] del total de sus gastos publicitarios** anuales en el ejercicio 2003.

Por tanto, no se puede considerar que esta campaña comercial haya sido desproporcionada para la magnitud global del gasto publicitario del operador dominante. Tampoco así para el resto de operadores, en contra de lo alegado por Tele 2, ya que éstos han contado en 2003, con presupuestos publicitarios superiores al coste de la campaña analizada.

En conclusión, la campaña asociada a la comercialización de la Oferta Modular llevada a cabo por TESAU se enmarca en las prácticas comerciales generales que practica la propia operadora y sus competidores más directos en el mercado de servicios telefónicos, a la vista de los gastos publicitarios realizados por todos ellos durante el año 2003.

---

<sup>12</sup> Resolución de 18 de julio de 2002 en relación con los posibles descuentos encubiertos por parte de TESAU en la campaña "Factura Cero", Resolución de 30 de enero de 2003 en relación con el análisis del impacto en el mercado de la campaña promocional de TESAU para servicios de ADSL y Resolución de 18 de diciembre de 2003 en relación con la promoción de verano de Telefónica de España, S.A.U. consistente en la oferta gratuita de dos cuotas mensuales del servicios Kit ADSL-USB.

<sup>13</sup> Datos aportados por los operadores para la realización del Informe Anual 2003.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

### CONFIDENCIAL [ ]

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

En conclusión, cabe entender que la campaña publicitaria Oferta Modular de TESAU no es contraria a la competencia, dado que no supone un gasto excesivo y es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados.

Otro parámetro a analizar, tal como se realizó en la Resolución de esta Comisión de 30 de abril de 1998<sup>14</sup>, es el respaldo financiero con que cuentan las operadoras en el mercado. Este proviene, en general, de la composición accionarial con que cuentan. En general, los operadores citados con anterioridad tienen accionistas de referencia con la suficiente solvencia como para hacer frente al gasto publicitario que se analiza en el marco del presente procedimiento.

---

<sup>14</sup> Resolución en el expediente sobre la solicitud de actuación presentada por Cádiz de Cable y Televisión, S.A., Región de Murcia de Cable, S.A. y Valencia de Cable, S.A. en relación a la campaña publicitaria de los programas de descuento asociados al servicio telefónico básico denominados "Amigos y Familia Interprovincial".



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la luz de los datos, no se puede considerar que la campaña publicitaria asociada a la comercialización de la Oferta Modular de TESAU haya supuesto un *gasto excesivo* que, por su magnitud, haya privado a los operadores de su legítimo margen de respuesta.

Como consideración final, el gasto incurrido por TESAU en esta promoción es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados. Los beneficios de esta campaña tienen dos componentes claramente diferenciadas. Por una parte, la que reporta ingresos reales por la provisión del servicio y, por otra, la imagen de marca que comporta, difícilmente cuantificable.

Por lo que se refiere a los aspectos cuantificables, la Oferta Modular habría supuesto para TESAU un total de **CONFIDENCIAL** [ ] de euros en el primer semestre de 2004.

Por tanto, la campaña publicitaria se considera acorde con los ingresos potenciales que se obtendrán de la comercialización de los planes implicados en la misma.

En conclusión, se estima que la campaña publicitaria asociada a la Oferta Modular de TESAU no es contraria a la competencia, dado que no supone un gasto excesivo y es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión

### RESUELVE

**Primero.-** Que la Oferta Modular de TESAU no supone una vinculación anticompetitiva del servicio de acceso y tráfico telefónico.

**Segundo.-** Que la campaña publicitaria asociada a la comercialización de la Oferta Modular no es contraria a la Circular 1/1998, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dado que no supone un gasto excesivo.

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.



## 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real