



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 EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA PRESENTADA POR WANADOO CONTRATERRA POR LA PROMOCIÓN DEL PRODUCTO “ADSL HOME” PARA EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 13 DE JULIO Y EL 13 DE AGOSTO DE 2004 Y POR LA OFERTA HABITUAL DEL PRODUCTO “ADSL HOME” Expediente AEM 2004/1264

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- DENUNCIAS DE WANADOO ESPAÑA S.L.

Con fecha 23 de julio de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de D. Cristian Hacker, en nombre y representación de la entidad Wanadoo España S.L (en adelante WANADOO), por la que venía a denunciar la promoción del servicio “ADSL Home” lanzada por Terra Networks España S.A.U (en adelante TERRA), vigente desde del 13 de julio hasta el 13 de agosto de 2004.

El servicio “ADSL HOME” 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 es igual 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. Esta promoción incluye cuota de alta y kit auto-instalable gratis.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, WANADOO denuncia la oferta habitual del servicio “ADSL HOME”. En ausencia de promociones, por un precio mensual de 29.9€ el servicio “ADSL HOME” 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. 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. Se incluyen la cuota de alta y el kit auto-instalable gratis.

WANADOO solicita a esta Comisión que:

- «Se declare la ilegalidad de esta oferta y se inste al Grupo Telefónica a retirarla del mercado de forma inmediata, así como a no reiterar ofertas similares que incurran en pinzamientos de precios o infrinjan de cualquier otro modo el ordenamiento jurídico vigente.
- Se imponga a TERRA la obligación de comunicación a esta Comisión con diez días de antelación sus ofertas y promociones en servicios de acceso a Internet en banda ancha
- En sede cautelar, e inaudita parte, se imponga a TERRA la obligación de suspender la oferta denunciada y todas las promociones basadas en la misma.».

SEGUNDO. APERTURA DEL EXPEDIENTE AEM 2004/1264

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 2004/1264 con fecha 23 de julio de 2004.

CUARTO. RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE AEM 2003/1632

Con fecha 24 de junio de 2004 esta Comisión resolvió el Expediente 2003/1632, relativo a las denuncias presentadas por WANADOO contra TERRA por las promociones de Navidad de los productos “ADSL PLUS” y “ADSL HOME” y contra TESAU por la promoción de Navidad de la oferta “Kit ADSL USB”.

QUINTO. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS POR WANADOO EN EL MARCO DEL EXPEDIENTE AEM 2004/1024

Con fecha 8 de julio de 2004 esta Comisión impuso a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción de verano del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le haya notificado dicha resolución, impidiéndose la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comercialización de este producto en las condiciones establecidas en la promoción.

SEXTO. RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE MTZ 2004/609

Con fecha 15 de julio de 2004 esta Comisión adoptó la 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* (Expediente MTZ 2004/609). En el marco de dicho expediente se aprobó el mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL.

SÉPTIMO. RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE AEM 2004/314

Con fecha 22 de julio de 2004 esta Comisión resolvió que TERRA había incurrido en prácticas contrarias a la libre competencia en el marco del Expediente AEM 2004/314 relativo la denuncia presentada por WANADOO contra TERRA por la promoción del producto “ADSL HOME” de febrero de 2004.

OCTAVO. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS POR WANADOO EN EL MARCO DE ESTE EXPEDIENTE AEM 2004/1264

Con fecha 28 de julio de 2004 esta Comisión impuso a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción del producto “ADSL HOME” (lanzada para el periodo comprendido entre 13 de julio y 13 de agosto de 2004) a partir del día siguiente en que se le hubiera notificado dicha resolución, impidiéndose la comercialización de ese producto en las condiciones establecidas en la promoción. Asimismo, se impedía a TERRA regalar el módem y la cuota de alta, y fijar la cuota mensual en 29,9€ con el objeto de comercializar el producto “ADSL HOME”.

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



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.

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 las promociones de su oferta de “ADSL HOME”.

WANADOO sostiene que existe un pinzamiento de márgenes no sólo en relación con las promociones, sino también y muy especialmente en relación con la oferta principal “ADSL HOME” de TERRA, constituyendo esta oferta junto con la última promoción el objeto de la denuncia.

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.

Con respecto a la promoción WANADOO señala que es idéntica a la que TERRA lanzó el 11 de febrero de 2004, objeto del Expediente AEM 2004/314, con la excepción de que no incluye el regalo de una cámara digital. Además subraya que es la cuarta promoción concatenada de la oferta “ADSL HOME” en el año 2004.

WANADOO denuncia que partiendo de las ofertas mayoristas de TESAÚ (GigADSL y Megabase) ni TERRA, ni un ISP alternativo pueden cubrir los costes de la prestación de los servicios minoristas ofrecidos en las condiciones definidas en las ofertas objeto de la denuncia.

De acuerdo con sus análisis, WANADOO demuestra que es imposible para un PSI que utilizara el servicio Megabase o el servicio GigADSL de TESAÚ obtener tasas de retorno positivos con el precio de mercado de la oferta “ADSL



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

HOME” puesto que le margen bruto mensual es claramente negativo, incluso antes de considerar ningún coste de adquisición de cliente. En consecuencia, el periodo de recuperación o “pay-back” no sería aplicable puesto que nunca se recuperarían ni tan siquiera los costes de producción.

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 su Resolución de 10 de julio de 2003 en el Expediente OM 2002/7330.

Además, WANADOO considera que cuando la empresa que lleva a cabo el pinzamiento es dominante en el mercado mayorista y en el minorista (como es claramente el caso del Grupo Telefónica según tiene reiteradamente declarado esa Comisión) el efecto anticompetitivo se produce “per se”, siendo ésta la doctrina de la Comisión Europea que recoge con claridad meridiana la decisión en el asunto *Deutsche Telekom* (Decisión de 14 de octubre de 2003).

WANADOO argumenta que si bien existen casos en que el operador dominante puede alinearse con las ofertas de sus competidores, esta facultad se le debe negar a la empresa dominante en todo caso cuando la alineación de sus ofertas con las de sus competidores la lleva a aplicar un precio que no cubriría todos los costes relevantes, puesto que ello refuerza automáticamente la dominancia existente y debilita estructuralmente el grado de competencia en el mercado.

Finalmente, WANADOO señala que los efectos anticompetitivos de la estrategia del Grupo Telefónica son especialmente graves dada la encrucijada en la que se encuentra el mercado de acceso a Internet de banda ancha. Para WANADOO, los operadores alternativos, y sobre todo el grupo UNI2/Wanadoo, están alcanzando la masa crítica para dar el siguiente paso en el ascenso en la cadena de valor de los mercados de banda ancha. UNI2/Wanadoo está procediendo a la apertura de un número significativo de centrales para el acceso directo y la estrategia anticompetitiva del Grupo Telefónica está dirigida a dificultar el ascenso en la cadena de valor de los operadores alternativos.

II.2 Caracterización de la oferta de TERRA

Las características del servicio prestado con esta nueva promoción son las mismas que las de la oferta comercial habitual del servicio “ADSL HOME”, comercializados por TERRA.

El servicio “ADSL HOME” se caracteriza por el pago de una cuota mensual que da derecho al cliente 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:

- Cuota de alta gratis (oferta habitual)
- Módem USB gratis (oferta habitual)
- Cuota mensual: 3 meses a 27,9 €/mes y resto a 29,9 €/mes (oferta habitual)
- Tiempo mínimo de contratación: 1 año.

Para la prestación de este servicio 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 2004/1264 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este mercado ha sido definido por esta Comisión en su Resolución de 19 de septiembre de 2002¹ y en su Resolución de 18 de diciembre de 2003². 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

	Diciembre 2001		Diciembre 2002		Diciembre 2003		Marzo 2004	
	Clientes	%/Total	Clientes	%/Total	Clientes	%/Total	Clientes	%/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%		

¹ 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.

² 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".



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%		

Fuente: CMT. Los datos correspondientes al primer trimestre de 2004 son confidenciales.

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 concreto³. 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 el seno del primero satisface una necesidad específica del consumidor, que consiste en disponer de una elevada capacidad de transmisión de datos con

³ Ver Caso T-125/97, Coca-Cola v Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 a 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 sus clientes. Estos precios, como se ha comentado anteriormente, se fijan a nivel nacional. Por tanto, se da una sustitución en cadena entre los productos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 igualen 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 diferencias⁴.

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 sociedades, puede considerarse que el grupo en cuestión constituye una "unidad económica" cuando sus integrantes carecen de una autonomía real de

⁴ 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

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 matriz⁵. 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.

Tabla II.4.1: Evolución de la distribución de los clientes de banda ancha por operador

	Diciembre 2002	Diciembre 2003	Marzo 2004
--	----------------	----------------	------------

⁵ 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

	Clientes	%/Total	Clientes	%/Total	Clientes	%/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			

Fuente: CMT. Los datos correspondientes al primer trimestre de 2004 son confidenciales.

Tabla II.4.2: Evolución de la distribución de los ingresos de banda ancha por operador (millones de euros)

	2002		2003		Enero-Marzo 2004	
	Ingresos	%/Total	Ingresos	%/Total	Ingresos	%/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%	76,98	9,07%		
Total	450,70		848,52			

Fuente: CMT. Los datos correspondientes al primer trimestre de 2004 son confidenciales.

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). 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el conjunto del mercado, destacando Wanadoo como cuarto operador con una cuota de mercado del 6,4% en términos de ingresos.

La cuota de mercado no puede analizarse de forma estática, dado que como prevén las citadas Directrices⁶, “puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene PSM, y por tanto ocupa una posición dominante, si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo”. El grupo Telefónica acumulaba una cuota de mercado en ingresos superior al 92% en 2000 y del 76% en 2001. Como puede apreciarse de los datos anteriores, la cuota del Grupo Telefónica para los años 2002 y 2003 es igual a un 62,2% y de un 64,8%, respectivamente, por lo que se puede concluir que la cuota de mercado de las empresas del grupo Telefónica se ha reducido de una manera sensible desde 2000.

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

Wanadoo sugiere que “en base a las cuotas de mercados sostenidas por el Grupo Telefónica (siempre sustancialmente por encima del 50%) y a los demás criterios considerados como relevantes por la doctrina de la Comisión Europea para establecer la dominancia de un actor en el mercado, resulta indudable que el Grupo Telefónica es dominante en el mercado minorista de acceso de banda ancha”. Para Wanadoo, una merma paulatina de cuota de mercado no excluye que se declare la existencia de poder de mercado pues tan solo significa que el mercado está volviéndose más competitivo.

Para Wanadoo, dado que el Grupo Telefónica ostenta una cuota de mercado superior a 50% debería surgir una presunción *iuris tantum* de dominancia en el mercado de referencia que sólo podría ser rebatida en circunstancias excepcionales después de un detallado análisis. Wanadoo. Además el análisis de criterios de dominancia tales como (i) envergadura global de la empresa, (ii) poder compensatorio bajo o inexistente, (iii) acceso privilegiado a los mercados de capital, (iv) economías de escala, (v) integración vertical, (vi) red de distribución y venta muy desarrollada y (vii) ausencia de competencia potencial confirman esta posición de dominio.

Esta Comisión no comparte el análisis de Wanadoo con respecto a la posición de dominio del Grupo Telefónica. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el concepto de posición de dominio

⁶ 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

que se recoge en el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea ha sido consolidado en varias de sus Sentencias. Así, la Comisión Europea en el asunto Hoffman-La Roche estableció que:

“La posición de dominio ... hace referencia a una posición de fortaleza económica que disfruta una empresa y que le posibilita impedir la competencia efectiva en el mercado relevante y le otorga la capacidad de comportarse ostensiblemente con independencia de sus competidores, sus clientes y en último extremo de los consumidores. Esta posición no impide el desarrollo de una cierta competencia, como sería el caso en una situación de monopolio o cuasi-monopolio, pero permite a la empresa que se beneficia de la misma, si no determinar, sí al menos tener una influencia apreciable sobre las condiciones en las que se desarrollará dicha competencia y, en cualquier caso, actuar en gran medida sin tenerla en consideración”.⁷

Se considera que una empresa con posición de dominio no enfrenta restricciones competitivas suficientes que le impidan elevar sus precios por encima de los que prevalecerían en condiciones competitivas y es capaz de sostener esta estrategia de forma rentable a largo plazo. Esto sucede cuando la empresa consigue elevar sus precios de manera significativa sin enfrentarse a la competencia de empresas atraídas por la oportunidad de negocio de dicho mercado, que deciden lanzar sus productos a precios más bajos. Por tanto, un aspecto esencial (no el único) a la hora de determinar si una empresa ostenta una posición de dominio en un mercado es la existencia de barreras de entrada.

De este argumento se desprende que la cuota de mercado constituye un indicador necesario para valorar la posición de dominio; pero, únicamente con su análisis no es suficiente para valorar el efecto que tienen las restricciones competitivas presentes y futuras sobre la empresa que presumiblemente puede gozar de una posición de dominio.⁸ El Tribunal de Defensa de la Competencia español concluyó en el caso Bacardí que: “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”.⁹

Sobre la base de estas consideraciones con respecto a la determinación de una posición de dominio, esta Comisión alcanza las siguientes conclusiones.

⁷ Tribunal de Justicia Europeo, Caso C 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission, [1979] ECR 461, 520:3 CMLR 211, 274.

⁸ Se debe tener en cuenta que la cuota de mercado de una empresa es resultado, entre otras variables, de factores endógenos, esto es, de las acciones estratégicas que haya tomado por propia iniciativa (políticas de precios, gestión interna de la empresa, políticas de marketing, etc). Por ejemplo, una empresa más eficiente en la prestación de un servicio presentará unos costes más bajos que las empresas y en consecuencia podrá establecer un precio menor y obtener una mayor cuota de mercado. Sin embargo, esto no implica que esta empresa sea dominante ya que en caso de fijar un precio superior al de sus competidores perdería clientes y su cuota se reduciría significativamente.

⁹ Tribunal de Defensa de la Competencia, Expediente R 362/99 Bacardí, 30 de septiembre de 1999, disponible en [http:// www.tdcompetencia.org](http://www.tdcompetencia.org)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que respecta al análisis de la evolución de la cuota de mercado del operador dominante esta Comisión ha constatado que ésta se ha reducido significativamente, lo cual induce a pensar que existen factores que están restringiendo el comportamiento competitivo de dicha empresa¹⁰.

Además, esta Comisión destaca que el mercado de banda ancha, lejos de haber alcanzado su nivel de saturación, se caracteriza por el dinamismo de la demanda, con expectativas de tasas de crecimiento elevadas¹¹. Así lo demuestra el bajo nivel de penetración de las conexiones de banda ancha en España, que le sitúa lejos de países como Suecia, Holanda, Bélgica y Dinamarca. Aún más, la cada vez mayor relevancia de la Sociedad de la Información augura unos niveles de demanda crecientes, sobre todo a medida que se generalice el uso de Internet y se exploten todas las posibilidades que ofrece¹². Todos estos factores tienen una especial trascendencia sobre la posición de dominio de una empresa ya que cuanto más dinámica sea la demanda, más competidores se sentirán atraídos hacia el mercado y más complicado resultará que sobre dicho mercado se ejerza una dominancia¹³. Por tanto difícilmente se puede hablar de falta de competencia potencial¹⁴, tal y como señala Wanadoo, máxime en un mercado donde los avances y cambios tecnológicos no son nada desdeñables (el desarrollo de las tecnologías PLC, UMTS y la oferta conjunta de acceso a Internet de alta velocidad, telefonía por

¹⁰ El Tribunal de Defensa de la Competencia concluyó en su resolución del Expediente R 279/97 Comercial Potasas 2 que la empresa no tenía posición de dominio en el mercado de la comercialización de potasas debido, entre otros factores, a que la cuota de mercado de la empresa había descendido en dos años del 86% al 54%.

Tribunal de Defensa de la Competencia, Expediente R 279/97 *Comercial Potasas*, 11 de mayo de 1998, disponible en [http:// www.tdcompetencia.org](http://www.tdcompetencia.org)

¹¹ Mercedes Pastor, directora comercial de red fija de Alcatel España, estima que el ADSL crecerá un 50% anual hasta 2006; para el caso de España estima que el crecimiento en este año estará cercano al 60% y para el próximo que va a mantenerse, coincidiendo con las previsiones que los operadores han realizado. Expansión: "El ADSL crecerá un 50% anual hasta 2006", 22 de octubre de 2004.

¹² En el año 2002 se lanzó el Plan eEurope 2005 (que viene a sustituir al Plan de Acción eEurope 2002) que contempla la difusión y disponibilidad de accesos de banda ancha en condiciones asequibles como un elemento clave en el desarrollo económico y social de un país.

¹³ En similares términos se manifestó el regulador británico Oftel (en la actualidad Ofcom) al señalar que en el caso de un mercado emergente (o de gran crecimiento) unas cuotas de mercado elevadas son menos indicativas de la existencia de poder de mercado que en el caso de un mercado más maduro o de crecimiento lento (*"Where markets are emergent o growing more quickly, high market shares are less indicative of market power than in more mature or show-growth markets"*.)

Ofcom (2002): "Oftel's market review guidelines: criteria for the assessment of significant market power". Issued by the Director General of Telecommunications. 5 de agosto de 2002.
http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/about_oftel/2002/smpg0802.htm

¹⁴ "La operadora de telecomunicaciones Jazztel prevé invertir entre 50 y 70 millones de euros en despliegue de red y conectividad de clientes de ADSL en 2005, para aprovechar el crecimiento de este segmento de negocio" (subrayado nuestro). Expansión: "Jazztel invertirá 70 millones en ADSL para duplicar sus ingresos en dos años", 23 de octubre de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Internet con el sistema VoIP y servicios multimedia de video y televisión, con tecnología ADSL constituyen una buena prueba aunque su impacto en el mercado sea aún difícil de valorar)¹⁵.

Tabla II.4.3: Tasa de penetración de la banda ancha en Europa (en %).

GR	IRL	LUX	IT	PO	RU	ES	AL	EU	FR	FI	AU	SU	HO	BE	DI
0,1	0,9	2,8	4,8	4,9	5,3	5,6	5,7	6,1	6,2	9,5	7,6	10,4	11,9	12,1	12,7

Fuente: Comisión Europea (2004): "Connecting Europe at High Speed: National Broadband Strategies", 5 de mayo de 2004. Datos correspondientes a enero de 2004

El incremento de la presión competitiva que se deriva de una demanda dinámica y en expansión reduce la magnitud de las barreras de entrada, que como ya se ha señalado juegan un papel relevante en la determinación de una posición de dominio. En este sentido, factores como los señalados por Wanadoo (acceso privilegiado a los mercados de capital, economías de escala, red de distribución y venta muy desarrollada y, en menor medida, la envergadura global de la empresa¹⁶) pueden constituir posibles barreras de entrada así como una ventaja sobre los competidores presentes en el mercado. Sin embargo, esta Comisión no comparte la valoración que Wanadoo hace de las mismas.

- Con respecto a la envergadura global de la empresa lo relevante no es tanto el tamaño de una empresa en sí mismo (en términos absolutos) sino en relación con sus competidores (en términos relativos) y en qué medida este tamaño permite a una empresa disfrutar de una ventaja competitiva considerable. Un análisis comparativo de esta variable muestra que si bien el Grupo Telefónica es uno de los mayores grupos empresariales del país, no es menos cierto que algunos de sus rivales como Wanadoo y Ya.com, son filiales de grandes grupos empresariales del sector de las telecomunicaciones (antiguos monopolios en sus países) como France Telecom y Deutsche Telecom y que los operadores de cable (grupo Auna y ONO) son operadores de tamaño significativo y creciente, como es el caso de ONO. Por tanto no se puede concluir que la envergadura del Grupo

¹⁵ Así lo reconoce la Comisión Europea: "...las barreras, aun las elevadas, pueden perder importancia en relación con los mercados caracterizados por un progreso tecnológico permanente. En los mercados de comunicaciones electrónicas, pueden ser fuente de condicionantes competitivos las amenazas innovadoras de competidores potenciales aún no presentes en el mercado."

Directrices de la Comisión sobre 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 (2002/C 165/03).

¹⁶ Las ventajas que una empresa puede obtener sobre la base de su tamaño empresarial (en relación a sus competidores) se refieren a las economías de escala, capacidad financiera, poder de compra con respecto a otros agentes, capacidad de producción y capacidad de comercialización/marketing (factores que se pueden considerar como posibles barreras de entrada así como ventajas sobre los competidores presentes en el mercado).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica pueda ser considerada un factor relevante a la hora de justificar su posición de dominio.

- Siguiendo esta misma línea argumental, tampoco cabe hablar del acceso privilegiado al mercado de capitales como otro factor relevante, cuando Wanadoo y Ya.com son filiales de France Telecom y Deutsche Telecom, y los operadores de cable cuentan entre sus accionistas con grandes grupos empresariales del sector energético, bancario y de la construcción (ver Tabla II.4.4). En definitiva un análisis comparativo de este factor tampoco permite concluir que el Grupo Telefónica goce de un acceso privilegiado al mercado de capitales (del que sus rivales adolecen) en medida suficiente como para que contribuya a justificar la posición de dominio del Grupo Telefónica¹⁷.

Tabla II.4.4: Accionistas de los principales competidores del Grupo Telefónica

Auna	Endesa, Unión FENOSA, BSCH
Ono	Caisse de Dépôt et Placement du Québec, GE Capital Services, Bank of America (vía Spaincom), BSCH, Ferrovial.
Ya.com	Deutsche Telekom
Wanadoo	France Telecom
Tiscali	Renato Soru, Sandoz Family Foundation, Fidelity Investments
Euskaltel	BBK, Kutxa, Telecom. Italia (vía Stet), Endesa, Iberdrola

Fuente: Operadores

- El hecho de que el Grupo Telefónica disponga de una red de venta más desarrollada no constituye una barrera de entrada relevante ya que este mercado se caracteriza por la variedad de posibles canales de distribución y, sobre todo, por la gran facilidad que hay en la utilización de algunos de ellos (por ejemplo, “call center”, para los que se ha previsto la asignación de números cortos, o una página Web), que precisamente son los más utilizados por los usuarios a la hora de contratar un producto de banda ancha.

¹⁷ La presencia del estado en la composición accionarial de las de la empresa matriz de Wanadoo (France Telecom) o de Ya.com (Deutsche Telecom), con un participación accionarial que supera el 50% en los dos casos, sí es especialmente importante en lo que respecta al acceso al mercado de capitales ya que es factible que puedan tener acceso a unas fuentes de financiación a las que un operador privado no puede, caso de las determinadas ayudas públicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La gran relevancia que Wanadoo otorga a las economías de escala como factor que explique la posición de dominio no es tal ya que la existencia de servicios mayoristas “bit stream” reduce el impacto de las economías de escala asociadas a una red de acceso como barrera de entrada. Está claro que dependiendo de los servicios de red y funcionalidades que incluya el servicio mayorista menor es la inversión en infraestructura (con los importantes costes fijos que ello supone) que debe acometer el operador alternativo y en consecuencia menor es la importancia de las economías de escala. De hecho, la OBA impone a TESAU la obligación de ofrecer los servicios mayoristas a unos precios regulados con el objeto de transferir parte de las ventajas derivadas de las economías de escala de que disfruta TESAU en la prestación de los servicios de acceso. En definitiva, no se puede concluir que el Grupo Telefónica goce de unas economías de escala lo suficientemente grandes como para que constituyan una barrera de entrada determinante.

Por último, la Comisión no acepta que el bajo poder compensatorio sea un factor que contribuya a justificar la posición de dominio del Grupo Telefónica. Por un lado, es cierto que el nivel de concentración de la demanda no es lo suficientemente alto como para identificar determinados demandantes con un poder de compra que individualmente les permita ejercer una influencia sobre el precio, calidad y condiciones de suministro del bien adquirido. Sin embargo, a la hora de valorar el poder compensatorio de la demanda también se debe analizar la existencia de alternativas de suministro y los costes de cambio ya que la capacidad de los demandantes para disciplinar el comportamiento de los oferentes dependerá de su capacidad para desviar sus compras hacia proveedores alternativos. Por tanto, es necesario que haya proveedores alternativos y que sea factible cambiar de proveedor, esto es, que los costes de cambio no sean tan elevados que imposibiliten dicho cambio. Este el caso del mercado de banda ancha, que se caracteriza por (i) la presencia de operadores alternativos al Grupo Telefónica, con red propia o que prestan su servicio por medio de los servicios mayoristas y (ii) unos bajos costes de cambio debido al elevado grado de transparencia existente, como consecuencia del fácil acceso a la información pública sobre las ofertas del mercado y su baja complejidad, lo cual permite su comparación¹⁸.

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 de la doctrina de los mercados conexos, tal y como ya fue analizado en la Resoluciones de esta Comisión, de 19 de septiembre de 2002, sobre presuntas

¹⁸ Existen costes de cambio como resultado de las obligaciones contractuales de permanencia que establecen los operadores en contraprestación por la subvención de los terminales y las cuotas de alta. En cualquier caso, su efecto queda mitigado por las continuas promociones que lanzan los operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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)¹⁹.

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 expediente²⁰. Así, de acuerdo con la Resolución del Tribunal en el asunto Tetra Pak II²¹, 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.

¹⁹ Este aspecto sí guarda relación con el criterio restante considerado por Wanadoo: la integración vertical. Una empresa verticalmente integrada puede ostentar una posición de dominio, bien dificultado la entrada de nuevas empresas al mercado debido a su control en el mercado ascendente o descendente, bien a través de su capacidad para trasladar su posición de mercado a los mercados ascendentes o descendentes, incidiendo negativamente sobre la competencia.

²⁰ 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)

²¹ Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, TESAU mantenía en diciembre de 2003²² 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 primero²³.

En lo que respecta a TERRA, esta Comisión sostiene que dado que las empresas del Grupo Telefónica se comportan como una unidad económica, ésta 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 proveedores²⁴.

²² Datos provisionales del Informe Anual 2003.

²³ 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.

²⁴ 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, 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].



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”²⁵.

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/Lince²⁶, “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 descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente.” (punto 118)

²⁵ Casos T 24-26 y 28/93 Compagnie Maritime Belge.

²⁶ 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

Mediante Resolución de 15 de julio de 2004²⁷, 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.*
- 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.*

A continuación, se explica la aplicación de esta metodología sobre la promoción y la oferta habitual del producto “ADSL HOME” denunciadas en el marco del presente expediente:

1. Estimación del importe total de la promoción.

²⁷ 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

La promoción incluye una cuota mensual de 27,9€ para los tres primeros meses y 29,9€. Asumiendo un ingreso mensual por cliente por el tráfico fuera de horario igual a 3€ mensuales²⁸, para un periodo de dos años el importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a $(39,07-30,90)*3+(39,07-32,90)*21=154,08€$. Del mismo modo, para el caso de la oferta habitual del producto “ADSL HOME” el importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a $(39,07-32,90)*24=148,08€$.

De acuerdo con la Resolución sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado de Telefónica de España, SAU. Actualizada a 31 de marzo de 2004 el regalo de la cuota de alta asciende a 41,83€. Por último el regalo del módem se ha valorado a 25€. Por tanto, y teniendo en cuenta que TERRA cobra al cliente 18€ por gastos de envío (tal y como ha señalado en sus alegaciones)²⁹, el importe de la promoción asciende a $154,08 + 41,83 + 25 - 18 = 202,91 €$ y el correspondiente a la oferta habitual del “ADSL HOME” a $148,08 + 41,83 + 25 - 18 = 196,91$.

2. Estimación del importe mensual de la promoción

Dado que el periodo establecido para la recuperación de los costes de captación del cliente es de dos años, los importes mensuales de la promoción y de la oferta habitual ascienden a 8,45€ y 8,20€, respectivamente.

3. Estimación del margen de la promoción denunciada

Se estima el margen que representa el importe mensual con respecto a la cuota mensual de referencia, esto es:

Margen de la promoción = $8,45/39,07 = 21,6\%$

Margen de la oferta habitual = $8,20/39,07 = 21,0\%$

4. Valoración del margen de la promoción

Se constata que para el producto “ADSL HOME” el margen de la promoción del 21,6% supera el porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a

²⁸ En contra de lo que sugiere TERRA, esta Comisión sostiene que, a la vista de las estimaciones aportadas por TERRA y Wanadoo, un ingreso por cliente por el tráfico fuera de horario de 3€ mensuales es una estimación razonable para un operador rentable. Para ello, se ha tomado en consideración que TERRA señala que para el periodo comprendido entre enero y julio este ingreso es en media igual a [CONFIDENCIAL] mientras que Wanadoo ha sostenido que las variables de consumo del tramo de tarificación variable (8:00-18:00 horas en días laborales) no exceden de [CONFIDENCIAL]€ (siendo únicamente el [CONFIDENCIAL]% de los clientes de esta oferta los que consumen dentro del tramo de tarificación variable).

²⁹ Los costes derivados del envío de terminal al domicilio del cliente ya han sido considerados en la mecanismo diseñado por esta Comisión para analizar la existencia de una práctica de estrechamiento de precios

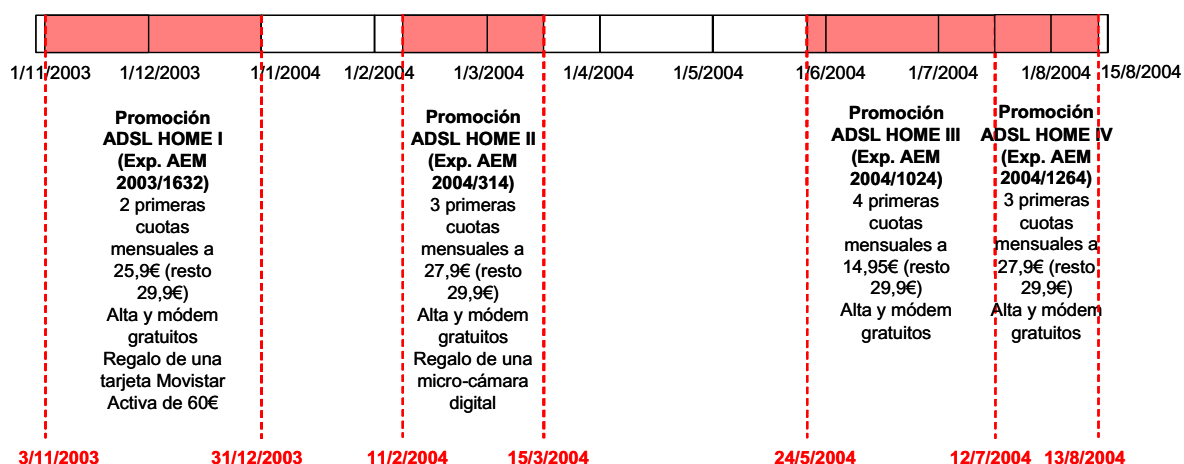


COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

promociones fijado en el 19,6%. Por tanto, la promoción del producto “ADSL HOME” presenta una reducción en el margen de tal magnitud que no permitiría a un operador eficiente replicarla de manera rentable.

También esta Comisión ha constatado que se ha producido una concatenación en el periodo señalado, por parte de TERRA, de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente. En concreto, TERRA ha lanzado de manera repetida promociones del producto “ADSL HOME” con margen insuficiente. A la vista del **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en los últimos 9,5 meses, han estado vigentes este tipo de promociones del producto “ADSL HOME” durante aproximadamente seis meses.

Gráfico II.5.1: Promociones con margen insuficiente lanzadas por TERRA (Periodo comprendido entre 1/11/2003 y 15/8/2004)



Igualmente, esta Comisión constata que TERRA incurre en una práctica de pinzamiento de precios por medio de su oferta habitual del producto “ADSL HOME” ya que presenta un margen del 21,0% que supera el porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a promociones fijado en el 19,6%. Este hecho reviste una especial gravedad por cuanto ya no se refiere al lanzamiento repetido de promociones con margen insuficiente sino a las condiciones habituales bajo las cuales TERRA comercializa el producto “ADSL HOME”.

A continuación se analizan las alegaciones presentadas con respecto a la existencia de estrechamiento de precios como consecuencia de las promociones.

Eventual vulneración del ordenamiento jurídico por parte de la Resolución que finalmente se adopte en el presente Expediente

De acuerdo con las alegaciones presentadas por TERRA:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“a la hora de dictar la Resolución de 15 de julio de 2004 y las posteriores adoptadas en ejecución de la anterior en el expediente AEM 2004/1264, - nos estamos refiriendo a la resolución de 28 de julio, de adopción de medidas cautelares, así como a la propuesta de resolución objeto de las presentes alegaciones- a juicio de esta parte la CMT ha incurrido en una completa confusión en materia de Derecho transitorio y título habilitante competencial que ha conducido a una resolución inicial, la de 15 de julio, indeterminada e incongruente, que vulnera frontalmente las normas del Ordenamiento Jurídico aplicables e incluso incurre en desviación de poder”.

La Resolución de 15 de julio mencionada por TERRA es la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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, adoptada en el Expediente 2004/609. En dicha Resolución se establece un mecanismo a aplicar por la CMT para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL comercializados por el Grupo Telefónica. El mencionado mecanismo ha sido utilizado por esta Comisión en el presente expediente para analizar la existencia de estrechamiento de márgenes en las ofertas de ADSL comercializadas por TERRA y que se describen en apartados anteriores de esta Resolución.

En este sentido, TERRA considera que la citada Resolución de 15 de julio es *“calificable de nula de pleno derecho y, por tanto, contagia de vicio de nulidad a todas las actuaciones de esta Comisión dictadas en ejecución de la misma, como son la resolución mencionada en segundo término y la totalidad de las actuaciones del presente Expediente AEM 2004/1264”.*

En respuesta a estas alegaciones, es preciso recordar que, de conformidad con los artículos 56 y 57 de la LRJPAC, los actos administrativos y, por tanto, la Resolución de 15 de julio de 2004 a la que alude TERRA, constituyen la manifestación de una decisión de la Administración, en este caso de la CMT, y se presumen válidos y son inmediatamente ejecutivos desde el momento en que dictan, siendo de obligado cumplimiento por parte de los administrados afectados. En consecuencia, la citada Resolución de 15 de julio se presume válida, eficaz e inmediatamente ejecutiva, desplegando de inmediato sus efectos desde el momento en que fue dictada y siendo de obligado cumplimiento para los interesados afectados por la misma, aunque éstos no reconozcan su validez.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, no cabe admitir la alegación de TERRA por la que, partiendo de la eventual nulidad de pleno derecho de la Resolución de 15 de julio de 2004³⁰ - cuestión que constituye el objeto del Expediente 2004/1407 relativo al recurso de reposición interpuesto por diversos operadores contra la ya citada Resolución de 15 de julio- considera que son asimismo nulas de pleno derecho las resoluciones adoptadas en aplicación de la misma y, en particular, la resolución que finalmente se adopte en el presente Expediente. En efecto, de conformidad con lo anterior, la mencionada Resolución de 15 de julio es válida, aplicable, inmediatamente ejecutiva y produce efectos desde el momento en que se dictó, de forma que la presunción de legalidad de dicha resolución jugará a favor de la misma mientras no se declare lo contrario en el correspondiente procedimiento de revisión de los actos administrativos - en estado actual de tramitación, como ya se ha mencionado - y es de obligado cumplimiento por parte de los administrados afectados.

Análisis de la oferta habitual del producto “ADSL HOME”

En contra de lo que señala TERRA³¹, esta Comisión considera que no hay razón objetiva para que no se analice la posibilidad de una práctica de estrechamiento de precios en la oferta habitual del producto “ADSL HOME”. De acuerdo con la Resolución, de 15 de julio de 2004, 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 (Expediente MTZ 2004/609) se establece que:

“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).”

Inclusión de los ingresos por publicidad on-line y otros servicios adicionales

Según TERRA “los ingresos derivados de la publicidad online directamente imputable a estos clientes, así como ingresos/costes de servicios adicionales al acceso (como kit seguridad, Disney, etc) deberían tenerse en cuenta”.

Como se ha definido con anterioridad, 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,

³⁰ La concurrencia en la Resolución de 15 de julio de 2004 de causas de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad es objeto del Expediente 2004/1407 en tramitación.

³¹ TERRA señala que no se entiende por qué la CMT aplica los criterios establecidos en la Resolución de 15 de julio de 2004 a la llamada “oferta habitual” de TERRA, toda vez que dicha resolución debería ser de aplicación únicamente a las promociones que ofrecen más allá de la oferta de referencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. De acuerdo con esta definición de mercado, quedan excluidos de él todos los servicios que se soportan en el anteriormente, como los llamados servicios de la sociedad de la información (contenidos, aplicaciones, publicidad on-line) o la prestación de servicios telefónicos sobre IP³². Por tanto, esta Comisión concluye que no deben tomarse en consideración estos ingresos señalados por TERRA.

Análisis agregado vs. Análisis por separado

TERRA considera que para realizar un análisis del tiempo de recuperación de los costes de captación, debería hacerse considerando los ingresos y costes derivados de ambos productos. Según TERRA, “debería considerarse en el cálculo también el ADSL Plus, ponderado por el porcentaje de altas que representa respecto al HOME, ya que son productos idénticos desde un punto de vista técnico y sólo constituyen diferencias en el plan de precios”. Para TERRA se debe tomar en consideración la propia definición del mercado de producto ya que los dos productos cumplen dicha caracterización: (i) comparten una misma tecnología y producto mayorista de acceso, (ii) están comercializados por una misma compañía y (iii) su diferencia es meramente comercial. Aún más, TERRA sugiere que “cualquier análisis de rentabilidad no debe ser parcial, ya que lo procedente debe ser el que se analice la rentabilidad de la cartera de ADSL de manera agregada para ambos servicios, incluyendo también la totalidad de los clientes existente.”

Tal y como se explica en la Resolución del Expediente AEM 2004/314 relativa a la denuncia presentada por WANADOO contra TERRA por la promoción del producto “ADSL HOME” de febrero de 2004, esta Comisión sostiene que el análisis por producto y 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 (por ejemplo a la hora de analizar bonos, planes de descuento).

Esta Comisión ha optado por analizar la existencia de un estrechamiento de precios de forma individual para cada producto con el objetivo de permitir que un nuevo entrante disfrute de un grado de flexibilidad tal que no tenga que replicar total, o en gran parte, el conjunto de productos ofrecido por el operador dominante. El objetivo último es permitir que la competencia no quede restringida por el conjunto de productos que ofrece el operador dominante. De esta forma, debería ser factible para un entrante no solo competir con el Grupo

³² Coherentemente, en el análisis de estrechamiento de precios no se consideran los costes derivados de la provisión de este tipo de servicios, tales como las plataformas o el pago de derechos sobre dichos contenidos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica en toda su gama de productos sino también ofreciendo un rango de productos más limitado.

Tal y como señala Ofcom, es preciso promover la competencia efectiva, al mismo tiempo que se impide el establecimiento de una determinada forma de competencia. De hecho, Ofcom explica que para realizar un test con un nivel de agregación mayor se deberían especificar qué productos se van a considerar y el peso relativo de cada uno de los productos para su agregación. Esta manera de proceder llevaría asociada el riesgo de impedir determinadas oportunidades de entrada. Por el contrario, realizar el análisis de estrechamiento de precios por producto posibilita la existencia de un rango de resultados competitivos³³.

Por tanto, y en consonancia con este razonamiento, no cabe hacer el análisis teniendo en cuenta los productos ADSL HOME y ADSL PLUS de manera conjunta, según las ponderaciones sugeridas por TERRA (esto es, el porcentaje de altas). Menos aún, argumentándolo sobre la base de la definición de mercado ya que en dicha definición entran los productos señalados por TERRA así como otros productos de mayor velocidad que pueden estar ofreciendo otros operadores (incluso la misma TERRA, caso del “ADSL CLASS” y “ADSL PREMIUM”).

En resumen, se debe garantizar que no hay estrechamiento de precios para cada producto o servicio individual para impedir que un entrante tenga que replicar el mix de productos ofrecidos por el Grupo Telefónica para alcanzar su viabilidad en el mercado.³⁴

No sólo eso sino que, tal y como se explica en la Resolución del Expediente AEM 2004/314, 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. El siguiente ejemplo resulta revelador. Supongamos que el operador dominante denunciado

³³ “At the same time that Ofcom is seeking to promote effective competition, it is conscious of the need to avoid determining the form of competition. To conduct a test at a more aggregated level would require Ofcom to specify the products to be aggregated and the relative weights of the individual products in the aggregation. This would run the risk of deterring some entry opportunities. In contrast, carrying out the margin squeeze analysis at the individual product level provides for a range of different competitive outcomes. Ofcom therefore considers that analysing the margin squeeze at the individual product is consistent with its objective of promoting competition.” (subrayado nuestro)

Ofcom (2003): “Direction setting the margin between IPStream and ATM interconnection prices”, 26 de agosto de 2004.

³⁴ “Ensuring that there is no margin squeeze on any individual product level should avoid an entrant having to replicate BT’s product mix in order to be viable. Conducting the margin squeeze at the level of the individual product would also prevent BT from targeting particular competitors.”

Ofcom (2003): “Direction setting the margin between IPStream and ATM interconnection prices”, 26 de agosto de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. Por tanto bajo el enfoque propuesto por TERRA sería muy difícil valorar si se produce un estrechamiento de precios y la probabilidad de cometer un error aumentaría.

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 habitual. Por todo ello, esta Comisión concluye que cada una de las promociones debe ser analizada de forma individual.

Carácter dinámico y variable de los ingresos por cliente

Al igual que en el marco del Expediente AEM 2004/314, 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 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. En base a los datos sobre altas correspondientes a esta promoción, se considera que el [CONFIDENCIAL]% de las altas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.
- Escenario 3: Rentabilidad dinámica de los nuevos clientes captados en la promoción. A diferencia del escenario 1 no se mantiene para todos los años 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 el porcentaje de clientes de “ADSL HOME” se va reduciendo progresivamente. Como consecuencia de esto los ingresos bajo el escenario 3 son superiores a los ingresos del escenario 1.

En consonancia con lo establecido en el marco del Expediente AEM 2004/314, 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 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.
- El escenario 3 además incorpora previsiones sobre el modo en que 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 la crítica del punto anterior, el análisis realizado bajo este escenario presenta deficiencias adicionales ya que constituye un análisis dinámico parcial, sujeto a unas estimaciones discutibles.

Duración limitada de la promoción



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con TERRA la promoción objeto del presente expediente ha sido lanzada en un periodo temporal muy limitado, del 13 de julio al 13 de agosto, y por tanto no representa una acción duradera y planificada. Además, TERRA considera que el reducido volumen de contratación de esta promoción la convierte en una acción no susceptible de eliminar ningún competidor en el mercado.

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 las promociones del producto “ADSL HOME” lanzadas por TERRA en los periodos comprendidos entre el 3 de noviembre y el 31 de diciembre de 2003, entre el 11 de febrero y el 15 de marzo de 2004 y entre el 24 de mayo y 12 de julio de 2003. Con respecto a las dos primeras esta Comisión concluyó que presentaba una reducción en el margen de tal magnitud que no podía ser replicada por un operador eficiente y con respecto a la última esta Comisión impuso a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción de verano del producto “ADSL HOME” (ver Gráfico II.5.1). A la vista de este comportamiento, 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 12 de agosto de 2004 (9 meses y medio) durante prácticamente 6 meses han estado vigentes promociones con estas características.

Por esta misma razón carece de relevancia el carácter estacional de la demanda de los servicios de banda ancha a la hora de justificar el lanzamiento de estas promociones. Si bien es verdad que esta Comisión ha reconocido que los meses de verano se caracterizan por un descenso acusado en el demanda, no es menos cierto que en la Resolución del Expediente 2003/1632 esta Comisión concluía que el hecho de que sea una promoción no impide al Grupo Telefónica estar incurriendo en una práctica de estrechamiento de márgenes si se produjera una concatenación de promociones con el objetivo de debilitar la competencia e incluso expulsar a sus competidores. A la vista de la evidencia recabada por esta Comisión, ésta es la estrategia seguida por TERRA al lanzar continuamente promociones no emulables por un operador eficiente, con independencia de las particularidades estacionales de los diferentes periodos del año en que se han producido.

Siguiendo la misma línea argumental, no cabe tampoco señalar la magnitud del número de altas registradas en una promoción aislada como prueba del poco impacto que ello tiene en el mercado por cuanto la evidencia relevante muestra que durante un periodo de duración considerable un porcentaje muy importante de estos nuevos clientes han sido logrados por medio de promociones cuya replicabilidad no es viable para un operador eficiente, máxime en un mercado en el que precio (concretamente la gratuidad del terminal y la cuota de alta y el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precio de la cuota mensual) es la variable más importante que los consumidores tienen en cuenta a la hora de tomar una decisión.

Aún más, todos estos argumentos válidos se ven reforzados (quedando incluso en un segundo plano) por el hecho de que esta Comisión ha constatado que las condiciones habituales en que TERRA comercializaba el producto “ADSL HOME” no permitían su emulabilidad a un operador eficiente.

Por tanto no cabe hablar de la duración limitada 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 la oferta habitual del producto “ADSL HOME” también presentaba un margen insuficiente y (ii) el objetivo de estas promociones no debe ser únicamente la 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.

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.

Al igual que en el marco del Expediente 2004/314, 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:

- El efecto de la expulsión de los competidores no es el único considerado, sino también el debilitamiento de la competencia 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.³⁵ (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 constituía 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 constatado que se han repetido promociones con márgenes reducidos en un periodo de duración suficientemente prolongado y además la oferta habitual del producto “ADSL HOME” presenta un margen insuficiente.

En definitiva, esta Comisión ha comprobado que, en el periodo comprendido entre Noviembre de 2003 y mediados de agosto de 2004 durante seis meses las altas del “ADSL HOME” registradas por TERRA se han producido a través de promociones cuya emulabilidad por parte de operadores alternativos eficientes no era factible. No solo eso sino que además, esta Comisión ha constatado que seguramente un porcentaje muy elevado (probablemente cerca de la totalidad) de las restantes altas registradas por TERRA se han producido a través de la oferta habitual cuya emulabilidad tampoco 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). 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 vuelve a no admitir las alegaciones de TERRA consideradas en este punto.

³⁵ “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 exit 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 razón de las consideraciones de Hecho y de Derecho, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

ACUERDA

Primero.- Con respecto de la promoción del producto “ADSL HOME” llevada a cabo por TERRA, se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

Segundo.- Con respecto de la oferta habitual del producto “ADSL HOME” comercializada por TERRA, se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

Tercero.- Acordar la apertura de información previa por el posible incumplimiento por parte de TERRA de las medidas cautelares impuestas en el marco del Expediente AEM 2004/1024.

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.

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Carlos Bustelo García del Real

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda