



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 CONTRA TERRA POR LA PROMOCIÓN DE VERANO DE LOS PRODUCTOS “ADSL PLUS” Y “ADSL HOME”

Expediente AEM 2004/1024

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- DENUNCIAS DE WANADOO ESPAÑA S.L.

Con fecha 7 de junio de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de D. Ludovic Pech, en nombre y representación de la entidad Wanadoo España S.L (en adelante WANADOO), por la que venía a denunciar las promociones de los servicios “ADSL Home” y “ADSL Plus” lanzadas por Terra Networks España S.A.U (en adelante TERRA).

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 cuatro primeros meses de servicio, el precio mensual se reduce un 50%, a 14.95€. 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio “ADSL Plus” proporciona un acceso ADSL a Internet con una velocidad máxima de recepción de datos de 256 kbps durante 24 horas, 365 días al año. El precio de venta de este producto en la nueva oferta es de 21.02€ al mes durante los primeros 4 meses y el resto de cuotas a 42.04€/mes.

Estas promociones incluyen (i) cuota de alta gratis, (ii) cuota de baja gratis, (iii) kit auto-instalable gratis. El periodo de vigencia de las mismas es del 24 de mayo hasta el 15 de julio de 2004.

WANADOO solicita a esta Comisión que:

- Se declare la ilegalidad de esta oferta y se inste al Grupo Telefónica a no reiterar ofertas similares que incurran en pinzamientos de precios.
- En sede cautelar se imponga la obligación de suspender la oferta denunciada.
- Que se proceda a ampliar el margen de retail minus en la definición del precio del servicio GigADSL a fin de hacer posible la replicabilidad de las promociones del Grupo Telefónica y esta modificación se aplique retroactivamente a los plazos en que las promociones objeto de esta denuncia están teniendo lugar.»

SEGUNDO. APERTURA DEL EXPEDIENTE AEM 2004/1024

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 2004/1024 con fecha 7 de junio 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

Con fecha 8 de julio de 2004 esta Comisión impuso a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le hubiera 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.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

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

Asimismo, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LJRPAC) 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.1 Conducta denunciada: Práctica de pinzamiento de precios realizada por TERRA, a través de las promociones de sus ofertas de “ADSL PLUS” y “ADSL Home”.

Con respecto a las nuevas promociones de “ADSL PLUS” y “ADSL HOME” WANADOO denuncia que partiendo de la oferta mayorista de TESAU sobre la que TERRA construye sus ofertas (Megabase) ni TERRA, ni un ISP alternativo pueden cubrir los costes de la prestación de los servicios minoristas ofrecidos en las condiciones definidas en las ofertas objeto de las denuncias.

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 de acuerdo con los precedentes establecidos por la Comisión Europea, el desarrollo de una práctica de pinzamiento de precios por parte de una entidad económica dominante tanto en el mercado ascendente como en el mercado descendente constituye per se un abuso de posición de dominio, sin que resulte necesario constatar el efecto en el mercado.

Por todo ello, Wanadoo concluye que:

- Que el Grupo Telefónica insiste en ligar las promociones objeto de la presente denuncia. Con anterioridad el Grupo Telefónica lanzó la promoción de verano a través de TESAU, las promociones de Navidad a cargo de TESAU y TERRA y la promoción de febrero a cargo de TERRA.
- Que esa Comisión debería adecuar inmediatamente los precios del servicio GigADSL a los precios minoristas del Grupo Telefónica ya que la sistemática reducción de márgenes derivada de las promociones concatenadas no ha tenido efecto sobre los precios de GigADSL.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.2 Caracterización de la oferta de TERRA

Las características del servicio prestado con estas nuevas promociones son las mismas que las de la oferta comercial habitual de los servicios “ADSL PLUS” y “ADSL HOME”, comercializados por TERRA.

El servicio “ADSL PLUS” se caracteriza por el pago de una cuota mensual que da derecho al cliente al uso de la conexión (tarifa plana) en cualquier momento del día a velocidad 256 kbps/128kbps, sin que exista limitación en cuanto a tiempo de utilización. 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, 5 Mb de espacio para disco duro virtual en Internet, cuenta de acceso banda estrecha adicional así como el compromiso de calidad consistente en una garantía de instalación en menos de 15 días, ampliación de garantía de equipamiento proporcionado en 12 meses adicionales y 48 horas laborables de tiempo de resolución de incidencia. 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: 4 meses a 21,02€/mes y resto a 42,04 (precio habitual).
- Tiempo mínimo de contratación: 1 año¹.

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 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.

¹ Si el cliente se da de baja antes de esa fecha, se le aplica una penalización de 98,10€, correspondientes a los conceptos ofrecidos de manera gratuita al cliente en el momento de alta, en concreto: alta línea (38,10€) y módem(60€)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La promoción consiste en:

- Cuota de alta gratis (oferta habitual)
- Módem USB gratis (oferta habitual)
- Cuota mensual: 4 meses a 14,95€/mes y resto a 29,9 (oferta habitual)
- Tiempo mínimo de contratación: 1 año.

Para la prestación de estos dos servicios 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 último 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 2004/1024 es el servicio de acceso a Internet de banda ancha al por menor, que se define como aquél que permite a un usuario final, utilizando un terminal específico situado en una ubicación fija, disponer de una conexión, generalmente permanente, de capacidad de transmisión elevada para acceder a los servicios de Internet.

Este mercado ha sido definido por esta Comisión en su Resolución de 19 de septiembre de 2002² y en su Resolución de 18 de diciembre de 2003³. 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

² 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.

³ 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

(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%		
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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 concreto⁴. 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 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

⁴ Ver Caso T-125/97, Coca-Cola v Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 diferencias⁵.

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 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

⁵ 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

mercado, constituye una unidad económica junto con la sociedad matriz⁶. 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	
	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%		

⁶ 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

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 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 Directrices⁷, “puede presumirse que una empresa con una

⁷ 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

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.

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 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).

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 expediente⁸. Así, de acuerdo con la Resolución del Tribunal en el asunto Tetra Pak II⁹, 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

⁸ 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)

⁹ Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

En efecto, TESAU mantenía en diciembre de 2003¹⁰ 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 primero¹¹.

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

¹⁰ Datos provisionales del Informe Anual 2003.

¹¹ Argumentos similares fueron utilizados por la Comisión Europea en la Decisión de 21 de mayo de 2003, Asunto COMP/C-1/37.451, Deutsche Telekom, AG.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 proveedores¹².

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”¹³.

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/Lince¹⁴, “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.

¹² 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].

¹³ Casos T 24-26 y 28/93 Compagnie Maritime Belge.

¹⁴ 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

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)

Mediante Resolución de 15 de julio de 2004¹⁵, 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.*

¹⁵ 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

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 las promociones denunciadas en el marco del presente expediente.

1. Estimación del importe total de la promoción.

La promoción del producto “ADSL HOME” incluye una cuota mensual de 14,95€ para los cuatro primeros meses y 29,90€ las restantes. Asumiendo un ingreso mensual por cliente por el tráfico fuera de horario igual a 3€ mensuales, para un periodo de dos años el importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a $(39,07-17,95)*4+(39,07-32,90)*20=207,88€$.

La promoción del producto “ADSL PLUS” incluye una cuota mensual de 21,02€ para los cuatro primeros meses y 42,09€ las restantes. Para un periodo de dos años el importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a $(39,07-21,02)*4+(39,07-42,09)*20=11,80€$.

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 en el marco del Expediente AEM 2004/1264) el importe de las promociones de los productos “ADSL HOME” y “ADSL PLUS” ascienden a $207,88 + 41,83 + 25 - 18 = 256,71 €$ y $11,80 + 41,83 + 25 - 18 = 60,63€$.

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, el importe mensual de las promociones de los productos “ADSL HOME” y “ADSL PLUS” ascienden a 10,70€ y 2,53€.

3. Estimación del margen de la promoción denunciada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Margen de la promoción de “ADSL HOME”= $10,70/39,07 = 27,4\%$

Margen de la promoción de “ADSL PLUS”= $2,53/39,07 = 6,5\%$

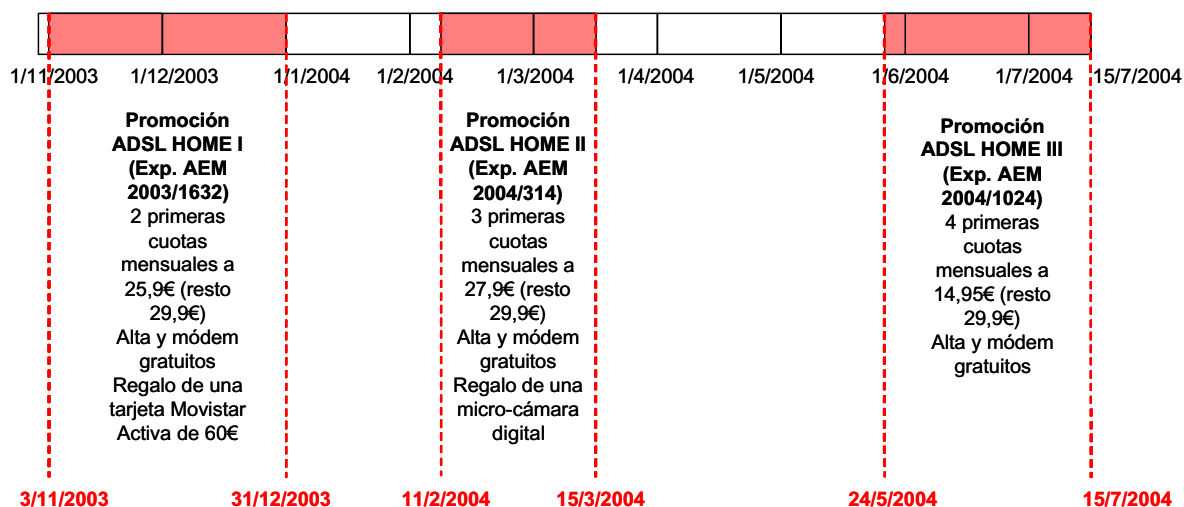
4. Valoración del margen de la promoción

Para el producto “ADSL HOME” el margen de la promoción del 27,4% supera el porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a promociones fijado en el 19,6%, mientras que para el producto “ADSL PLUS” el margen (6,5%) es inferior a dicho porcentaje máximo.

A la vista del análisis anterior, se comprueba que la promoción del producto “ADSL PLUS” no constituye una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de precios.

Por el contrario, 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. Asimismo, Si bien su duración es limitada esta Comisión constata que el Grupo Telefónica (por medio de su filial TERRA) ha lanzado de manera repetida promociones del producto “ADSL HOME” con margen insuficiente. A la vista del Gráfico II.5.1 en los últimos 8,5 meses, han estado vigentes este tipo de promociones del producto “ADSL HOME” durante aproximadamente cinco meses.

Gráfico II.5.1: Promociones con margen insuficiente lanzadas por TERRA (Periodo comprendido entre 1/11/2003 y 15/7/2004)





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de la concatenación en el periodo señalado, por parte de TERRA, de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente esta Comisión concluye que la promoción del producto “ADSL HOME” constituye una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de precios.

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

Margen de referencia

Esta Comisión no comparte la opinión de TERRA según la cual “no cabe comparar la rentabilidad comercial de un ISP frente a la oferta de referencia más allá de los precios de OBA, es decir más allá del margen obligado por la regulación sectorial”. Esta Comisión sostiene que en caso de ser así no se podría valorar realmente si la replicabilidad de una oferta y/o promoción queda asegurada. Según esta Comisión, sólo la estimación del margen resultante entre los ingresos derivados de la promoción y el coste del servicio mayorista GigADSL no permitiría determinar si un operador eficiente es capaz de cubrir los restantes costes necesarios para la prestación del servicio final y operar de manera rentable en el mercado. Esta manera de proceder contravendría lo establecido por la Comisión Europea en la Comunicación de Acceso con respecto al estrechamiento de precios, y que se ha señalado con anterioridad.

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, “cualquier análisis de rentabilidad no debe ser parcial, sino a nuestro juicio resulta procedente analizar la rentabilidad de la cartera de ADSL de manera agregada para ambos servicios, incluyendo la totalidad de los clientes existente en ese momento, con independencia de la fecha en que se contrataron el servicio”.

La Comisión sostiene que el análisis para cada promoción ha sido y es la práctica habitual seguida por la CMT a la hora de estudiar la emulabilidad de las ofertas y promociones lanzadas por TESAÚ en los diferentes mercados en que actúa (por ejemplo a la hora de analizar bonos, planes de descuento).

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que el operador dominante denunciado tiene una base de 1.000.000 clientes que ha contratado el servicio de ADSL en las condiciones normales (las aprobadas por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y que garantiza un margen del 40%). Ahora bien supongamos que lanza una promoción sobre el mismo producto que le permite captar 100.000 clientes con un margen muy bajo, por ejemplo del 5%. En este escenario el nuevo análisis que se plantea nos llevaría a concluir que el margen existente es igual a:

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

y que por tanto no existe una práctica de estrechamiento. Este ejemplo llevado al extremo permitiría al operador dominante lanzar ofertas y/promociones con márgenes nulos e incluso negativos sin el temor de ser acusado de haber llevado a cabo una práctica de estrechamiento de precios. Además la posibilidad de cometer este error sería mayor cuanto mayor fuera la diferencia entre la base de clientes existentes y los nuevos clientes captados con motivo de las promociones. 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 convencional. 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 (p.e. el kit de seguridad) y (ii) la migración a servicios de mayor valor (p.e pasando de ser cliente de “ADSL HOME” a serlo del producto “ADSL PLUS”). Bajo estas premisas TERRA estima el margen aplicando la metodología desarrollada por esta Comisión pero modificando los ingresos por cliente de acuerdo con los siguientes escenarios:

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

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 qué migrarán los clientes de TERRA hacia productos de mayor valor, esto es, sobre el porcentaje sobre el total que representan los clientes de los productos “ADSL HOME” y “ADSL PLUS” en los diferentes años. Aparte de lo discutible que puedan resultar estas previsiones, con el impacto que ello tienen sobre la fiabilidad de las estimaciones, esta Comisión considera que el modelo desarrollado por TERRA sólo tiene en cuenta el carácter dinámico de la composición de la cartera de clientes. De esta forma, se obvian las posibles modificaciones que se puedan producir en variables, como mínimo, igual de relevantes como por ejemplo el precio de la cuota mensual (en este sentido, sería previsible que la competencia tendiera a reducir el precio de la misma). Además de las críticas señaladas en los puntos anteriores, el análisis realizado bajo este escenario presenta las deficiencias adicionales ya que constituye un análisis dinámico parcial, sujeto a unas estimaciones discutibles.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La estimación de los ingresos por servicios adicionales (derivados de la contratación del kit seguridad), que TERRA sugiere que se deberían tomar en consideración, es muy criticable ya que parece haber sido calculado tomando como referencia el porcentaje esperado a final del año de clientes con el kit Terra Disney (fijado en el [CONFIDENCIAL]%). De acuerdo con la información ofrecida por TERRA en las alegaciones aproximadamente el [CONFIDENCIAL]% de su base de clientes tiene contratado este servicio adicional, cuyo precio asciende a 4€. Asumiendo que la probabilidad de que un nuevo cliente contratara el “kit seguridad” fuera igual al [CONFIDENCIAL]% (con la información disponible es la mejor estimación posible), el ingreso por cliente ascendería a [CONFIDENCIAL]€. Esta cifra es muy inferior a la considerada por TERRA en sus análisis de escenario, que se sitúa en [CONFIDENCIAL]€.

Carácter puntual y limitado en el tiempo de las promociones.

Nuevamente TERRA considera que “las promociones son ofertas temporales, acciones marginales o puntuales, que se realizan en un periodo concreto, muy limitado en el tiempo, generalmente en épocas de estacionalidad de la demanda en las que es común en el mercado la profusión de promociones”. De acuerdo con TERRA la promoción objeto del presente expediente ha sido lanzada en un periodo temporal muy limitado, del 24 de mayo al 15 de julio y si bien no está sometida a una restricción en cuanto al número de unidades, se considero el número de unidades máximas a vender que podrían ser asumidas (alcanzándose únicamente el [CONFIDENCIAL]% de las altas presupuestadas).

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, y entre 11 de febrero y 15 de marzo de 2004, sobre las cuales esta Comisión concluyó que presentaba una reducción en el margen de tal magnitud que no podía ser replicada por un operador eficiente (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 15 de julio de 2004 (8 meses y medio) durante prácticamente 5 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Por tanto, al igual que se concluía en el marco del Expediente 2004/314, no cabe hablar de carácter puntual de la promoción y ausencia de posibilidad de eliminar a los competidores porque (i) se ha producido una repetición de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente (que han estado vigente la práctica totalidad de los últimos meses analizados) y (ii) el objetivo de estas promociones no debe ser únicamente la 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:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 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.*¹⁶ (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.

En definitiva, esta Comisión ha comprobado que en el periodo comprendido entre Noviembre de 2003 y mediados de julio de 2004 durante cinco meses las altas registradas por TERRA se han producido a través de promociones cuya emulabilidad por parte de operadores alternativos eficientes no era factible. Este tipo de acciones comerciales por parte del Grupo Telefónica no parecen propias de un operador que está utilizando “medios que no difieren de una

¹⁶ Ofcom (2003): “Analytical Framework for New Freeserve Case”, 14 de agosto de 2003.

“38. Another analytical distinction is that predation involves the likely elimination of a competitor (see the definition in paragraphs 14 and 15), whereas this is not a necessary effect of margin squeeze for it to be anti-competitive. A margin squeeze may distort the terms of competition, e.g. by raising rivals’ costs and thereby weaken competitive pressures. A margin squeeze might often result in the risk of likely exit of competitor(s), but an anti-competitive effect can be found even if this risk of likely 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

competencia normal de productos” (como se señalaba en el Expediente AEM 2003/1632). El hecho de que con esta promoción TERRA haya pretendido dirigirse a un segmento concreto de usuarios carece de relevancia en la medida que el margen resultante de la promoción es insuficiente para un operador eficiente, tal y como se ha demostrado¹⁷. 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.

Grado de aceptación de una promoción

TERRA señala que a su juicio el incumplimiento de los objetivos iniciales formulados en función de las altas registradas en idéntico periodo en 2003¹⁸ demuestra que dicha promoción no ha sido agresiva.

Tal y como sostiene esta Comisión en la Resolución del Expediente AEM 2004/314, en la medida que se constate que las promociones denunciadas presentan un margen suficiente para un operador eficiente, el impacto que ellas tengan sobre el número de altas de unos y otros operadores es irrelevante para esta Comisión. Aun más, el hecho que una promoción tenga tal grado de aceptación que permita al operador que la ha lanzado captar un volumen muy importante de clientes no debe constituir un indicador sobre su carácter anticompetitivo. Por tanto y con el objeto de ser consistente con este argumento esta Comisión no admite la alegación prestada por TERRA ya que el nivel de captación de clientes no constituye un indicador sobre el carácter anticompetitivo de una promoción (tanto en un sentido como en otro).

En otras palabras, esta Comisión debe velar porque en el mercado se den las condiciones idóneas para el desarrollo de una competencia efectiva y sostenible, y para ello debe garantizar que las promociones lanzadas por el Grupo Telefónica puedan ser replicadas por un operador eficiente. El mayor o menor éxito comercial que tengan las promociones va más allá del ámbito de actuación de esta Comisión y supera los objetivos de la misma.

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

ACUERDA

¹⁷ Además se ha constatado que las estimaciones de los ingresos por este concepto aportadas por TERRA son discutibles.

¹⁸ Según TERRA: “Los costes propios de la campaña de junio de ADSL se planificaron para un total de [CONFIDENCIAL] altas, habiéndose obtenido un grado de cumplimiento del [CONFIDENCIAL]% sobre dichos objetivos internos”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- Con respecto de la promoción del producto “ADSL PLUS” llevada a cabo por TERRA esta Comisión concluye que no se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

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

Tercero.- Con respecto a la promoción del producto “ADSL HOME” se impone a TERRA la obligación de cesar en el lanzamiento de promociones similares, esto es, promociones que no puedan ser replicadas de forma rentable por un operador alternativo eficiente.

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