



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 24/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de junio de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LAS DENUNCIAS PRESENTADAS POR WANADOO CONTRA TERRA POR LAS PROMOCIONES DE NAVIDAD DE LOS PRODUCTOS “ADSL PLUS” Y “ADSL HOME” Y CONTRA TESAÚ POR LA PROMOCIÓN DE NAVIDAD DE LA OFERTA “Kit ADSL USB”.

Expediente AEM 2003/1632

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 7 de noviembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito remitido por Don Ludovic Pech, actuando en nombre y representación de WANADOO España S.L. (en adelante WANADOO) denunciando «la nueva modalidad de “ADSL PLUS” lanzada por Terra Networks España S.A.U (en adelante TERRA). Este servicio proporciona un acceso ADSL a Internet con una velocidad máxima de recepción de datos de 256 kbps durante 24 horas, 365 días al año. El precio de venta de este producto en la nueva oferta es de 19,9€ al mes durante los primeros 5 meses y el resto de cuotas a 42,04€/mes (la oferta incluye el coste de alta y el modem -"Kit ADSL USB"- gratis)».

Segundo.- El día 14 de noviembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito remitido por Don Ludovic Pech, actuando en nombre y representación de WANADOO denunciando «la nueva modalidad de “ADSL HOME” lanzada por TERRA. Este servicio proporciona un acceso ADSL a Internet con una velocidad máxima de recepción de datos de 256 kbps. Por un precio mensual de 29,9€ se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 festivo, 365 días al año. Durante los dos primeros meses de servicio, el precio mensual se reduce a 25,9€. El tiempo de acceso a Internet durante la franja horaria de 8:00 a 18:00 durante días laborables es facturado a 0,06€/min, siendo el límite máximo de 45€ mensuales a pagar por cliente. La promoción incluye (i) cuota de alta gratis, (ii) kit auto-instalable gratis, y (iii) regalo de Línea MoviStar Activa con 60€ en llamadas. La promoción está vigente desde el 3 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2003».

Tercero.- El día 18 de noviembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito remitido por Don Ludovic Pech, actuando en nombre y representación de WANADOO denunciando «la nueva promoción, denominada “de Navidad”, de la oferta ““Kit ADSL USB”” lanzada por TESAU, que ofrece un servicio de acceso a Internet con ADSL a una velocidad de 256 Kbps las 24 horas del día. Esta promoción contempla la gratuidad de las cuotas mensuales hasta el 31 de enero de 2004 para todos los usuarios que contraten el servicio entre el 15 de noviembre de 2003 y el 7 de enero de 2004. Por lo demás, se mantiene el pago de una cuota de alta de 38,10€ y de cuotas mensuales de 39,07€».

WANADOO solicitó que se incorporara este último escrito en el Expediente OM 2003/1095 relativo a la promoción de verano de TESAU consistente en la oferta gratuita de dos cuotas mensuales del servicio “Kit ADSL USB”. No obstante, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) consideró que era preferible que este análisis se realizara conjuntamente con las denuncias presentadas por WANADOO en relación con las promociones ofrecidas por TERRA. Por tanto, este escrito se incorporó en el Expediente AEM 2003/1632.

Cuarto.- En los anteriores escritos WANADOO solicita a esta Comisión que:

- «Se declare la ilegalidad de estas ofertas y se inste al Grupo Telefónica a no reiterar ofertas similares que incurran en pinzamientos de precios.
- Se aplique el mecanismo de retail minus tal y como está definido en la OBA a los precios efectivamente requeridos por TESAU por la prestación del servicio minorista ADSL.
- En sede cautelar, se imponga la obligación de suspender las ofertas denunciadas.
- Se introduzca una revisión urgente de la Oferta de Bucle de Abonado (OBA) a fin de que la definición de los precios de acceso indirecto al bucle de acuerdo con el principio de retail minus resulte aplicable a todos los elementos de coste (cuota mensual y cuota de alta) y también resulte



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicable a todas las ofertas minoristas del Grupo Telefónica, incluyendo no sólo las de TESAU sino, y de forma especialmente relevante, las de TERRA. A fin de que esta modificación resulte efectiva, todas las filiales del Grupo Telefónica deberían informar de sus ofertas minoristas ADSL a esta Comisión con un plazo más amplio, no sólo de 10 días, sino de mínimo 2 meses, a fin de que esa Comisión pueda valorar la necesidad de aplicar una revisión de la OBA.»

Sexto.- 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 2003/1632 con fecha 7 de noviembre de 2003.

Séptimo.- Con fecha 25 de noviembre de 2003, esta Comisión requirió a TERRA para que aportara la siguiente información: (i) bases de la promoción de la nueva modalidad de la oferta “ADSL PLUS” (incluyendo características del servicio al cliente final, identificación de los destinatarios y periodo de vigencia de la promoción, plazo mínimo de contratación y calidad del servicio, esto es, si se garantiza una velocidad mínima al usuario), (ii) bases de la promoción de la nueva modalidad de la oferta “ADSL HOME” (incluyendo características del servicio al cliente final, plazo mínimo de contratación y calidad del servicio, esto es, si se garantiza una velocidad mínima al usuario), (iii) características técnicas y económicas del producto mayorista de ADSL contratado por TERRA para cada uno de los productos, (iv) descripción y estimación de todos los costes incurridos por TERRA además de los correspondientes al producto ADSL mayorista y (v) estimación del periodo requerido para la recuperación de los costes correspondiente a cada uno de los productos.

Octavo.- Asimismo. con fecha 25 de noviembre de 2003, esta Comisión requirió a TESAU para que aportara la siguiente información: (i) bases de la nueva promoción de la oferta “Kit ADSL USB” (incluyendo características del servicio al cliente final, plazo mínimo de contratación y calidad del servicio, esto es, si se garantiza una velocidad mínima al usuario), (ii) descripción y estimación de todos los costes incurridos por TESAU incluyendo los correspondientes al producto ADSL mayorista, y (iii) estimación del periodo requerido para la recuperación de los costes.

Noveno.- Con fecha 17 de diciembre de 2003, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la respuesta al requerimiento de información solicitado por esta Comisión a TERRA. Igualmente, con fecha 19 de diciembre de 2003, tuvo entrada en el Registro la respuesta al requerimiento de información solicitado a TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Décimo.- Conforme al artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en el marco de la instrucción del procedimiento y con anterioridad a la redacción de la propuesta de resolución correspondiente, el procedimiento instruido fue puesto de manifiesto a los interesados mediante escrito de 19 de enero de 2004 a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

Undécimo.- Mediante escrito con fecha de Registro 9 de febrero de 2004, WANADOO presenta alegaciones en el trámite de audiencia del presente procedimiento, a las cuales se hará referencia en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo. Las denuncias de WANADOO desde la perspectiva de la salvaguarda de la libre competencia

II.1 Conducta denunciada: Prácticas de pinzamiento de precios realizadas por TERRA, a través de las nuevas modalidades de su oferta de “ADSL PLUS” lanzada en el SIMO y de “ADSL HOME”, y por TESAU, a través de la nueva promoción de su oferta “Kit ADSL USB”.

Con respecto a las nuevas modalidades 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 la oferta objeto de las denuncias¹. Con respecto a la nueva promoción de la oferta “Kit ADSL USB” de Navidad realizada por TESAU, WANADOO denuncia que, partiendo de la oferta mayorista de acceso indirecto de ATM, y, en concreto, en relación con la oferta GigADSL, no es posible cubrir los costes de prestación del servicio minorista. En todas ellas la recuperación de los costes exige unos periodos de tiempo como usuario excesivamente largos, dado el grado de sofisticación y dinamismo de los mismos y la continua mejora de las ofertas en el mercado. Por todo ello, las ofertas de TERRA y TESAU incurren en una práctica de pinzamiento de precios.

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, y 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.

En cuanto a la existencia de similares promociones lanzadas al mercado por otros ISPs, WANADOO sostiene que es igualmente irrelevante. La razón es que un operador dominante, como es el Grupo Telefónica, tiene una responsabilidad que no tienen los operadores alternativos, motivo por el cual pueden embarcarse en prácticas prohibidas para el operador dominante.

¹ En relación con esto WANADOO sostiene que la pinza de precios no sólo se produce respecto al mercado mayorista de acceso indirecto IP, sino también con respecto al mercado mayorista de acceso indirecto en ATM y, en concreto, en relación con la oferta GigADSL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, WANADOO concluye que:

- Estas ofertas demuestran la existencia de un grave problema en la definición de los precios mayoristas regulados de TESAU ya que el Grupo Telefónica puede desarrollar prácticas de pinzamientos de márgenes a través de filiales del Grupo Telefónica diferentes de TESAU, como es el caso de TERRA.
- El Grupo Telefónica insiste en concatenar las promociones ya que la promoción de verano de TESAU es sustituida por las nuevas promociones del Grupo como las del “ADSL PLUS”, ofrecida en el SIMO, y “ADSL HOME”.
- La Orden de la CDGAE que liberaliza los precios minoristas de ADSL de TESAU extiende el riesgo de pinzamiento de precios a las ofertas del Grupo Telefónica, dada la inseguridad jurídica que deriva de la relación entre los precios minoristas y los precios mayoristas regulados por la OBA.
- El plazo de diez días que la Orden de la CDGAE, que liberaliza los precios minoristas de ADSL de TESAU, proporciona a esta Comisión resulta insuficiente.
- Resulta urgente introducir con carácter inmediato una revisión en la OBA como medida cautelar. En concreto, los precios de acceso indirecto al bucle deberían ser el resultado de aplicar el mecanismo de retail minus de acuerdo con los siguientes principios:
 - Aplicable a todos los elementos de coste, cuota mensual y cuota de alta.
 - Aplicable a todas las ofertas minoristas del Grupo Telefónica.
 - Obligación de las filiales del Grupo Telefónica de informar de sus ofertas minoristas ADSL a esta Comisión con un plazo mínimo de 2 meses.

II.2 Caracterización de las ofertas

II.2.1 Promociones de TERRA

La nueva modalidad de la oferta “ADSL PLUS” del SIMO no constituye una modalidad contractual nueva, sino sólo una promoción esporádica o puntual, esto es, de duración limitada. Por tanto, las características de esta nueva modalidad son las mismas que las de la Oferta Comercial del servicio TERRA “ADSL PLUS”, esto es, pago de una cuota mensual que al cliente le da derecho al uso de la conexión (tarifa plana) en cualquier momento del día a velocidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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: 5 meses a 19,9€/mes y resto a 42,04 (precio habitual)
- Opción, dirección IP Estática: 15€/mes
- Tiempo mínimo de contratación: 2 años
- Público objetivo: Solamente visitantes de la feria SIMO (en general como profesionales) en los días 4-9 noviembre que lo solicitan en el stand de TERRA.

De igual modo la nueva modalidad de la oferta “ADSL HOME” de Navidad no constituye una modalidad contractual nueva, sino una promoción del TERRA “ADSL HOME”. Por tanto las características de esta nueva modalidad son las mismas que las de la oferta comercial del servicio TERRA “ADSL HOME”, esto es, el pago de una cuota mensual que al cliente le da derecho al uso de la conexión (tarifa plana) a velocidad 256 kbps/128kbps dentro de un horario determinado del día (de lunes a viernes de 18:00 hasta las 8:00 y fines de semana y festivos de carácter nacional durante las 24 horas) y fuera de este horario abonando un importe adicional variable, facturado por minuto, de 0.06 €/min. Además, TERRA proporciona los mismos servicios de valor añadido: 5 buzones de correo de 25 Mb cada uno, 10 Mb de espacio para página personal, Kit autoinstalable USB, 5 Mb de espacio para álbum de fotos en Internet y 5 Mb de espacio para disco duro virtual en Internet. TERRA ofrece un servicio de atención al cliente, 24 horas al día, 7 días a la semana a través del teléfono 902 10 80 10.

La promoción consiste en:

- Cuota de alta gratis (oferta habitual)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Módem USB gratis (oferta habitual)
- Cuota mensual: 2 meses a 25,9€/mes y resto a 29,9 (precio habitual)²
- Tarjeta Movistar Activa de 60€
- Tiempo mínimo de contratación: 2 años
- Periodo promocional comprendido entre el 3 de noviembre y el 31 de diciembre de 2003

Para la prestación de estos servicios al cliente final, TERRA contrata a Telefónica de España el servicio ADSL IP no tunelizado cuya cuota de abono mensual asciende a 27.80€ para la velocidad de 256 kbps. Por 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.2.2 Promoción de TESAU

La modalidad objeto de la promoción es el servicio de acceso a Internet mediante ADSL, en su modalidad comercial Kit ADSL; es decir, una conexión permanente (always-on) y con tarifa plana, con una velocidad de 256 Kbit/s en sentido red a usuario y 128 Kbit/s sentido usuario a red. La velocidad mencionada es máxima en la capa ATM. La velocidad en capa IP, y por lo tanto del acceso a Internet, dependerá en cada momento del tráfico de Internet, del número de internautas simultáneos y de otros factores técnicos asociados a esa red (ocupación de servidores, puertos, etc).

La promoción consiste en la gratuidad de las cuotas mensuales hasta el 31 de enero de 2004 para todos los nuevos clientes que contraten el Kit ADSL con TESAU (siendo válidas solamente para las altas con direccionamiento dinámico) y que lo hayan solicitado entre el 15 de noviembre de 2003 y el 7 de enero de 2004. El equipamiento del módem USB se adquiere de forma gratuita.

En cuanto al plazo mínimo de contratación, el acuerdo entre TESAU y el cliente entrará en vigor a partir de la fecha en qué se produzca el alta en el servicio y tendrá una duración mínima inicial de un año.

Los compromisos de calidad siguen siendo los mismos que los aprobados en su día para esta modalidad; no existiendo ningún compromiso ni garantía sobre la velocidad SCR.

² La oferta habitual es los tres primeros meses a 27,9€ y el resto a 29,9€.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 2003/1632 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 2002³ y en su Resolución de 18 de diciembre de 2003⁴. 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

³ 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.

⁴ 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

más actual y paradigmático es el ADSL (Asymetric 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 acceso⁵

	2001	%/Total	2002	%/Total	2003	%/Total
ADSL	392.900	72,7%	898.541	72,0%	1.565.140	73,8%
Cable Modem	111.066	20,5%	344.981	27,7%	551.495	26,0%
LMDS	-	0,0%	818	0,1%	2.164	0,1%
Otros	36.545	6,8%	3.156	0,3%	3.131	0,1%
Total	540.511	100,0%	1.247.496	100,0%	2.121.930	100,0%

De los datos anteriores, cabe concluir, por tanto, que la solución ADSL es la tecnología que predomina en la prestación al público de servicios de acceso de banda ancha, representando dicha tecnología más del 70% del total de esos accesos actualmente en servicio en España.

La práctica del Derecho de la Competencia exige que la definición del mercado de referencia y el análisis de la posición que ocupa una determinada empresa en el mismo se realice en el marco de cada caso concreto⁶. En este sentido, cabe decir que las condiciones del mercado, por lo que se refiere a la sustituibilidad de la demanda, se mantienen desde aquellos expedientes. Así, los servicios de banda ancha vienen a satisfacer las necesidades de una tipología de usuario caracterizada por: (i) un uso intensivo de transmisión de datos y de prestaciones con determinados dimensionamientos de capacidad, y (ii) una necesidad de conexión permanente de datos y prestaciones con capacidades de transmisión elevadas. Desde este punto de vista, no se han

⁵ Datos provisionales del Informe Anual 2003.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, 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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Asimismo, según la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), puntos 57 y 58, se dice, por ejemplo, que puede darse el caso de sustitución en cadena cuando una empresa que presta servicios a nivel nacional presiona sobre los precios aplicados por las empresas que prestan servicios en mercados geográficos distintos. Tal puede ser el caso cuando los precios aplicados por las empresas que suministran redes de cable en determinadas zonas se ven influidas por una empresa que opera al nivel nacional. Así, 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 al nivel nacional. Por tanto, se da una sustitución en cadena entre los productos de estos operadores y los de Telefónica de España, cuyos precios se han formado de manera independiente a las condiciones particulares de la zona en cuestión.

En otras palabras, Telefónica de España, en la práctica, calcula una tarifa promedio (que tenga en cuenta, entre otros aspectos, las condiciones competitivas presentes en las diferentes zonas geográficas) para sus productos de banda ancha, de forma que la oferta es homogénea en el territorio nacional. Debido a esto, los operadores alternativos (con independencia de su tamaño y el alcance geográfico de su actividad) fijan sus precios teniendo presente esta oferta homogénea de Telefónica. Dado que los consumidores son sensibles al precio, y obviando otras variables competitivas que puedan ser relevantes, estos operadores alternativos deben fijar sus precios de tal modo que iguale o mejore la oferta de Telefónica de España. Por ello, 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 diferencias⁷.

⁷ 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

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.

Esta Comisión constata que las promociones “ADSL HOME” Navidad y del “Kit ADSL USB” se han llevado a cabo homogéneamente en la totalidad del territorio nacional. Por el contrario, el alcance geográfico de la promoción “ADSL PLUS” de TERRA se limitó a la feria del SIMO, que tuvo lugar en Madrid. No obstante, debido a que la principal diferencia radica en que TERRA ha optado por un canal de distribución alternativo y que las presiones que enfrenta TERRA en esta promoción son básicamente las mismas que enfrentaría una oferta de ADSL a escala nacional (en el sentido de que un usuario optará por esta promoción una vez haya considerado las ofertas alternativas, las cuáles son homogéneas en el territorio nacional), esta Comisión concluye que el ámbito geográfico del mercado de referencia definido en el presente procedimiento es el de la totalidad del territorio español.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado, constituye una unidad económica junto con la sociedad matriz⁸. En ese sentido, cuando la participación es del 100% o de la mayoría absoluta 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 operador⁹

Operador	Año 2002	%/Total	Año 2003	%/Total
TESAU	606.417	48,60%	1.069.223	50,40%
AUNA TELECOMUNICACIONES	151.675	12,20%	242.694	11,40%
WANADOO	99.271	8,00%	190.088	9,00%
CABLEEUROPA	117.305	9,40%	186.447	8,80%

⁸ 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".

⁹ Datos provisionales del Informe Anual 2003.



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	

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

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

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

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

¹⁰ Datos provisionales del Informe Anual 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico II.4.1: Tasa de crecimiento mensual del número de clientes de ADSL

Los datos anteriores muestran algunas de las características propias de un mercado en expansión como el mercado minorista de servicios de acceso de banda ancha, como son la existencia de tasas de crecimiento positivas y la fluctuación de las mismas. En consecuencia, resulta conveniente acudir a otros elementos de juicio para valorar si procede establecer, finalmente, la posición de dominio de un operador con cuotas de mercado como las del Grupo Telefónica.

Dado lo anterior, la calificación de la posición de dominio del Grupo Telefónica en el mercado de servicios de acceso de banda ancha resulta de la aplicación 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del presente expediente¹¹. Así, de acuerdo con la Resolución del Tribunal de Justicia de la CE en el asunto Tetra Pak II¹², 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: 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 2003¹³ 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

¹¹ 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)

¹² Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.

¹³ Datos provisionales del Informe Anual 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 primero¹⁴.

II.5 Efectos de las promociones para la competencia en el mercado de referencia

II.5.1 Análisis del posible estrechamiento de precios por parte de TERRA y TESAU

En el contexto que se describe en el Fundamento de Derecho II.5.2 es en el que se deben situar las promociones de TERRA Y TESAU. En efecto, la jurisprudencia europea considera legítimos los descuentos y otras estrategias de precios similares que 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”¹⁵.

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/Lince¹⁶, “en las denominadas conductas eliminatorias”. En relación con las promociones de TERRA y TESAU, 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

¹⁴ 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.

¹⁵ Casos T 24-26 y 28/93 Compagnie Maritime Belge.

¹⁶ 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

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)

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

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

$$\frac{\text{Ingresos oferta} - \text{Ingresos Oferta referencia}}{\text{Ingresos oferta referencia}} \geq \text{Margen referencia}$$

donde

$$\text{Margen referencia} = \frac{\text{Ingresos Oferta referencia} - \text{Costes Oferta referencia}}{\text{Ingresos Oferta referencia}}$$

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ingresos

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

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

Donde,

PA: Precio de la cuota de Alta.

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

PI: Precio de la cuota de Instalación.

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

PM: Precio de la cuota Mensual.

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

VC: Vida media del consumidor contratando el servicio.

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

IC: Ingresos adicionales por conceptos diferentes al acceso a Internet

Con respecto a los ingresos adicionales que los operadores recibirán por la venta de otros servicios telemáticos, no se tomarán en consideración dado que conllevan, en muchos casos, costes diferenciales con respecto a los servicios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de acceso a Internet de banda ancha. Coherentemente, no se considerarán los costes derivados de la provisión de este tipo de servicios, tales como las plataformas o el pago de derechos sobre dichos contenidos.

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

Costes

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

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

Donde,

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

Por coste no recurrente se entiende el pago único que un operador debe abonar para acceder a los servicios mayoristas de banda ancha sobre ADSL. Para la determinación del coste relevante para este concepto, es necesario tener en cuenta lo que esta Comisión expuso en su Resolución de 4 de diciembre de 2003¹⁷. Así, se consideró que *“en el mercado de provisión de servicios ADSL mayoristas mediante el acceso indirecto al bucle con conectividad ATM, se mantenga TESAU como único agente presente en el mismo —hecho explicable precisamente por la considerable barrera de entrada a este último mercado que supone tener que contar con una infraestructura de bucles telefónicos desplegada y dotada asimismo de cierto grado de capilaridad”*.

Por tanto, dado que no existen alternativas a la provisión por parte de TESAU de estos servicios, será su precio mayorista el coste relevante para los mismos. En este caso, el servicio mayorista de acceso indirecto o servicio GigADSL, en su denominación comercial, es el relevante para la determinación de los costes de acceso. En conclusión, y dado lo anterior, se consideran los precios

¹⁷ Resolución de 4 de diciembre de 2003, sobre la presunta comisión por parte de Telefónica de España, S.A.U. de prácticas contrarias a la libre competencia en la comercialización del servicio mayorista que da soporte al producto “ADSL HOME” de Terra Networks, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

regulados para el servicios GigADSL en la Oferta del Bucle del Abonado^{18,19}. Por tanto, la cuota de alta correspondiente a la oferta de referencia asciende a 38,10€ (sin instalación de splitter)

CM: Costes recurrentes relacionados con las actividades de red.

Por coste recurrente se entiende la cuota mensual correspondiente a los servicios mayoristas GigADSL y los costes correspondientes al resto de actividades necesarias para proveer los servicios minoristas: concentración troncal, equipos y salida a Internet. En lo que respecta a los servicios de concentración, la existencia de alternativas hace necesario el análisis de márgenes a partir de los costes de prestación de los servicios de concentración IP de un operador eficiente y no únicamente a partir de las ofertas mayoristas. Así, se hace necesaria una estimación de costes para un operador eficiente referente a esta actividad. Esta estimación se basa en la modelización de una red IP dimensionada eficientemente para un operador como TESAU. Los costes estimados por estos conceptos para la oferta de referencia son:

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

CG: Costes generales de comercialización y estructura.

Por costes de comercialización y estructura se entienden los costes de comercialización directamente asignables a los servicios ADSL distintos a los de red (gestión y cobro,...), como la aportación que estos servicios deben realizar al mantenimiento de la estructura de la empresa. En este sentido, y a partir de los datos de la contabilidad de TESAU, se estima que dicha aportación se encuentra en torno al [CONFIDENCIAL] % de los ingresos minoristas.

¹⁸ Resolución por la que se insta la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001.

¹⁹ Resolución sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U., para la inclusión de una nueva modalidad ADSL a 1 Mbit/s – 300 Kbit/s.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CCu: Costes de captación del cliente.

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

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

Tabla II.5.1: Estimación del margen de referencia

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

Las siguientes tablas muestran los márgenes por cliente para cada una de las promociones para diferentes horizontes temporales. Para el análisis del margen correspondiente al producto “ADSL HOME” se ha supuesto que el consumo del cliente final fuera de horario representa unos ingresos medios adicionales al mes por valor de [CONFIDENCIAL] €.

Tabla II.5.2: Margen de un operador alternativo con respecto a la promoción del “ADSL PLUS”

	Tiempo de permanencia						
	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años	7 años
Ingresos Oferta Referencia							



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ingresos Promoción ²⁰							
Reducción Ingresos ²¹							
Reducción margen ²²							
Margen promoción ²³							

Tabla II.5.3: Margen de un operador alternativo con respecto a la promoción del “ADSL HOME”

	Tiempo de permanencia						
	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años	7 años
Ingresos Oferta Referencia							
Ingresos Promoción							
Reducción Ingresos							
Reducción margen							
Margen promoción							

Tabla II.5.4: Margen de un operador alternativo con respecto a la promoción del “Kit ADSL USB”

	Tiempo de permanencia						
	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años	7 años
Ingresos Oferta Referencia							
Ingresos Promoción							

²⁰ Los ingresos de la promoción se calculan restando a los ingresos que el operador obtiene por cada cliente de la promoción (esto es, una vez se han tenido en cuenta los regalos de cuotas de alta, cuota mensuales o descuentos en las cuotas mensuales) el coste que le supone los regalos (modem, tarjeta telefónica, etc). Los regalos se han valorado al coste en que incurre el operador en su compra: el módem a [CONFIDENCIAL] € y el regalo de la línea Movistar Activa a [CONFIDENCIAL] €.

²¹ Se calcula del siguiente modo: Ingresos de la promoción – Ingresos de la oferta de referencia.

²² Se calcula del siguiente modo: (Ingresos promoción – Ingresos oferta referencia) / Ingresos de la oferta de referencia.

²³ Se calcula del siguiente modo: Margen de referencia – Reducción del margen (en valor absoluto).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reducción Ingresos							
Reducción margen							
Margen promoción							

De los cálculos anteriores se deduce que:

- Para el producto “ADSL PLUS”, el margen de la promoción es positivo a partir del periodo de amortización contemplado (dos años), de manera que los ingresos recurrentes mensuales permiten cubrir la totalidad de los costes recurrentes mensuales y los costes de captación en que debe incurrir un operador eficiente para prestar el servicio de ADSL al cliente final en un periodo de tiempo razonable.
- Para el producto “ADSL HOME”, el margen de la promoción es positivo para un periodo de amortización de 5 años para el cliente medio representativo de TERRA. Los ingresos recurrentes mensuales permiten cubrir la totalidad de los costes recurrentes mensuales y los costes de captación de cliente si el periodo mínimo de permanencia es, como mínimo, de 5 años.
- Para la promoción de “Kit ADSL USB”, el margen es positivo para un periodo de permanencia del cliente de dos años, de manera que los ingresos recurrentes mensuales permiten cubrir la totalidad de los costes recurrentes mensuales y los costes de captación en que debe incurrir un operador eficiente para prestar el servicio de ADSL al cliente final en un periodo de tiempo razonable.

A la vista del análisis anterior, se comprueba que las promociones de los productos “ADSL PLUS” y “Kit ADSL USB” no constituyen una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de precios. A diferencia de las anteriores, 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.

No obstante, se debe tener presente que una estrategia de estrechamiento de precios debe ser suficientemente prolongada en el tiempo para ser considerada una conducta eliminatoria, que tenga el efecto de debilitar la competencia e incluso de expulsar a los competidores. En otras palabras, cambios en los precios relativos en el mercado ascendente y en el descendente temporales no tienen efectos anticompetitivos. Ésta es la razón por la que resulta necesario completar el análisis anterior de márgenes con otras consideraciones relativas a su duración y posible concatenación de promociones así como a la situación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de competencia en el mercado, con el fin de distinguir claramente el legítimo derecho de defensa de la empresa dominante de las prácticas dirigidas hacia la consolidación de su posición.

Con este propósito, esta Comisión analiza otros aspectos relevantes tales como (i) el contexto en que se producen estas promociones y la existencia de ofertas alternativas similares, (ii) su duración y la posibilidad de concatenación de las mismas con efectos anticompetitivos y (iii) el posible efecto fidelizador derivado del establecimiento de un periodo mínimo de permanencia como cliente de dos años. De esta forma el análisis conjunto de todos estos elementos de juicio permite a esta Comisión adoptar una decisión concluyente con respecto a la posible práctica de estrechamiento de precios en que haya podido incurrir el Grupo Telefónica por medio de la promoción del “ADSL HOME”

II.5.2 Análisis del contexto en que tienen lugar las promociones

El análisis que se ofrece en este apartado está dirigido a examinar el contexto general en el que han tenido lugar las prácticas que constituyen el objeto del presente expediente, así como los aspectos comerciales que rodearon las ofertas llevadas a cabo por las sociedades integrantes del Grupo Telefónica, con el fin de evaluar sus eventuales efectos nocivos sobre la competencia en este mercado de referencia.

Las ofertas lanzadas por el Grupo Telefónica tienen lugar en un contexto de intensificación de la competencia en el mercado minorista de los servicios de acceso de banda ancha por medio de la solución ADSL como consecuencia de las decisiones estratégicas adoptadas por los operadores alternativos en aras de captar nuevos clientes e incrementar su cuota de mercado, que se ven agudizadas por la inminencia de la Navidad, caracterizada por un mayor dinamismo de la demanda de los bienes y servicios de ocio. Por ello, las empresas presentes en éste y otros mercados diseñan ofertas lo más atractivas posibles de cara a captar esa demanda y competir con un mayor número de productos en comparación con un periodo normal del año²⁴.

Como consecuencia de esto, se ha producido una generalización por parte de los operadores de ofertas de cuotas de alta, instalación y módem gratis así como el regalo de equipos inalámbricos (por ejemplo, las ofertas realizadas por Ya.com) y una bajada en el precio de la cuota mensual, cuyo caso más

²⁴ Debido a que este periodo del año es costumbre realizar regalos, bienes y servicios que, por su uso, no son sustitutivos para los consumidores en fechas normales, pueden pasar a serlo con el incremento en la competencia que ello conlleva. Por ejemplo, una persona puede pensar en regalar una conexión de banda ancha de Internet o por el contrario un teléfono móvil o el servicio de televisión digital; como consecuencia de esto las empresas aprovechan este tirón de la demanda y también de la competencia para ofrecer sus productos en las condiciones más atractivas posibles y lograr que se convierta en “uno de los regalos de Navidad”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reseñable es la oferta de ADSL por parte de Arsys a 29,90 €/mes (ver Tabla II.5.5). Por otro lado, Tiscali, al igual que WANADOO, han introducido modalidades de servicio de acceso a Internet de banda ancha de tarifa plana en horario restringido (ver Tabla II.5.6) que facilita una sensible reducción de la cuota recurrente de abono mensual.

Todo ello ha producido un incremento notable del número de clientes de ADSL y la reducción de los márgenes. En este sentido, esta Comisión reconoció “la existencia temporal de márgenes económicos estrechos, que pudieran ser incluso negativos, sin que ello suponga de manera automática la comisión de práctica contraria a la libre competencia y, por tanto, de distorsión del mercado alguna, máxime cuando en el desarrollo de un mercado como el analizado, los agentes que operan en el mismo deben actuar con un esfuerzo económico inicial que implique pérdidas o conlleve márgenes estrechos”²⁵.

Tabla II.5.5: Ofertas de acceso de Internet de banda ancha de tarifa plana de 24 horas al día (Velocidad 256/128 Kbit/s)

Operador	Servicio	Duración Promoción	Cuota de alta (€)	Cuota de abono (€)	Equipo	Precio del equipo (€)	Coste (€) **
ARSYS	“ADSL 256K”	-	0	29,90	Modem o router	0	358,80
Ya.com	“ADSL HOME 24” *	Desde 22/9/2003 hasta 31/12/2003	0	29,90 (hasta diciembre de 2003). Resto 32,90	Router	0	391,80
TERRA	“ADSL PLUS”	Feria del SIMO (4-9 noviembre 2003)	0	19,9 (5 primeros meses). Resto 42,04	Modem USB	0	393,78
WANADOO	“ADSL Speed”	Desde 15/9/2003 hasta 31/12/2003	0	24,00 (hasta 29 febrero 2004). Resto 39	Modem USB	0	423,00
TESAU	“Kit ADSL USB”	Desde 15/11/2003 hasta 7/1/2004	38,10	Gratis hasta 31 enero 2004). Resto 39,07	Modem USB	0	428,80
Tiscali	“ADSL TOP”	-	0	38,95	Modem USB	0	467,40

²⁵ Informe Anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (2002). Pág. 51



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Jazztel	"ADSL 256 Módem"	-	0	39,00	Modem USB	0	468,00
Arrakis	"Arrakis ADSL kit 256 kbps"	-	0	37,00	Modem USB	30	474,00
TERRA	"ADSL PLUS"	Promoción válida desde 5 de noviembre hasta 31 de diciembre 2003	0	35,90 (3 primeros meses) Resto 42,04	Modem USB	0	486,06

* Este servicio ofrece una velocidad de 128 Kbit/s tanto en sentido red a usuario como en sentido usuario red;

** Coste incurrido por un usuario que se da de alta en diciembre de 2003 para un periodo de 12 meses

Tabla II.5.6: Ofertas de acceso a Internet de banda ancha modulares (Velocidad 256/128 Kbit/s)

Operador	Tiscali	WANADOO	TERRA
Servicio	"ADSL ON"	"ADSL GO"	"ADSL HOME"
Duración promoción	-	Desde 15/9/2003 hasta 31/12/2003	Desde 3/11/2003 hasta 31/12/2003
Cuota de alta (€)	0	0	0
Cuota de abono (€)	31,5	24(hasta 29 febrero 2004).Resto 29,9	25,9 (2 primeros meses).Resto 29,9
Horario	De lunes a viernes de 15:00 h hasta las 8:00 h. Fines de semana y festivos nacionales durante las 24 horas	De lunes a viernes de 18:00 h hasta las 8:00 h. Fines de semana y festivos nacionales durante las 24 horas.	De lunes a viernes de 18:00 h hasta las 8:00 h. Fines de semana y festivos nacionales durante las 24 horas.
Tarifa fuera de horario (€/min)	0,06	0,06	0,06
Límite máximo de facturación mensual (€)	41,95	42	45
Número máximo minutos fuera de horario	2090	2715	3153
Modem	Modem USB	Modem	Modem USB
Coste mínimo (€)*	378,0	341,1	350,8



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Coste máximo (€)*	503,4	504,0	540,0
-------------------	-------	-------	-------

* Coste incurrido por un usuario que se da de alta en diciembre de 2003 para un periodo de 12 meses

La fuerte competencia en precios y la consiguiente reducción de los márgenes es consecuencia lógica del modelo de competencia establecido en el mercado de banda ancha. Dado que la solución tecnológica predominante es el ADSL y el Grupo Telefónica controla la mayor parte del mercado de acceso tradicional, los competidores deben acceder a sus diferentes servicios mayoristas para prestar servicio a los usuarios. Esto hace que las posibilidades de diferenciación frente a TESAU se reduzcan notablemente y, por tanto, que la principal variable donde se centre la competencia sea en el precio. Así lo reconoce esta Comisión en la Resolución de 18 de diciembre de 2003: "el acceso a Internet por ADSL es un producto indiferenciado, en el que se compite en precios principalmente, lo que obliga a los operadores a adoptar estrategias de penetración diversas con el fin de ganar cuota de mercado".

En cualquier caso, los operadores han tratado de diferenciarse en la medida de lo posible por medio de la oferta de servicios adicionales, regalos promocionales o un servicio técnico de calidad para el usuario que solicite el alta en el servicio de acceso de Internet de banda ancha. Por ejemplo, Tiscali ofrece minutos gratis en comunicaciones telefónicas (20 min./día en llamadas a teléfonos fijos nacionales y 10 min./día en llamadas a teléfonos fijos internacionales -en 15 países) así como servicios de comunicación por Internet mediante Vídeo Conferencias hasta con 4 personas, de recepción de faxes en el e-mail y acceso a servicios como messenger, agenda, e-mail con una sola identificación; Ya.Com ofrece servicio técnico 24 horas así como servicios de antivirus y antispam. En consonancia con lo anterior y con el objeto de diferenciar su oferta y alcanzar nuevos segmentos de mercado, se han introducido productos innovadores por su estructura tarifaria, como la oferta lanzada por Tiscali en octubre (destinado a un segmento del mercado de menor disponibilidad a pagar) consistente en una conexión ADSL sin cuota mensual por la que los clientes pagan un máximo de cinco céntimos por minuto durante un periodo de seis meses²⁶. Además Tiscali ofrece otra modalidad de servicio de Internet de banda ancha de 24 horas denominada "ADSL Libre", caracterizada por la gratuidad de la cuota de alta, el pago de una cuota mensual de 19,95€ (si el usuario compra el módem) y una tarifa por minuto de 0,024€.

²⁶ El alta de este servicio, denominado ADSL Prueba, cuesta 39,90 € y el precio máximo se sitúa en 39,95 € al mes. Esta oferta ha tenido un impacto significativo: "Estamos atendiendo una media de cuatro mil solicitudes de alta al día, el doble que hasta el momento" afirma Michele Lavizzari, máximo responsable de Tiscali en España. Expansión, 21 de noviembre de 2003, "El precio del ADSL en España, entre los más caros de Europa", Pág. 2.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De todas formas, tal y como se ha explicado, su capacidad de diferenciarse frente a TESAU es limitada y sus ofertas relativamente fáciles de replicar. Son los operadores de cable, a partir de su propia red, quienes son capaces de ejercer una presión competitiva más fuerte sobre el operador incumbente ya que están en disposición de hacer una oferta diferenciada a través de la oferta conjunta de servicio telefónico, Internet de banda ancha y televisión digital.

Finalmente, y con el objeto de completar la descripción del escenario donde se producen estas promociones, destaca la aparición de nuevos agentes al margen de los operadores de telecomunicaciones e Internet, con el efecto sobre la competencia que de ello se deriva. Este es el caso del Corte Inglés, que desde el inicio de la campaña de Navidad no sólo se limita a la reventa de conexiones de banda ancha de operadores como TESAU, TERRA o WANADOO sino que comercializa su propio producto de conexión de banda ancha. El pack se denomina ADSL Quick Telecor y ofrece acceso a Internet de banda ancha las 24 horas del día en la modalidad de tarifa plana²⁷.

En un mercado como el mercado de servicios de banda ancha (aún en expansión, pero con una base de clientes suficientemente importante como para ser considerado un mercado de masas) donde la competencia en precios es intensa, la estrategia basada en la supresión de la cuota de alta, la reducción y/o eliminación de las primeras cuotas mensuales y la realización de regalos promocionales seguida por el Grupo Telefónica, y denunciada por uno de sus competidores, puede ser perfectamente consistente con el modelo de competencia vigente en este mercado y no tener efectos anticompetitivos.

Abundando en lo anterior, la jurisprudencia comunitaria establece que:

*El concepto del uso abusivo es un concepto objetivo que hace referencia a las prácticas de una empresa en posición dominante que pueden influir sobre la estructura de un mercado en el que la competencia ya está debilitada precisamente por la presencia de dicha empresa y que obstaculizan el mantenimiento o desarrollo del grado de competencia que aún subsiste en el mercado al utilizarse medios que difieren de los medios de una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los operadores.*²⁸ [subrayado nuestro]

Tal y como se ha demostrado, no se puede concluir que el Grupo Telefónica esté utilizando medios que difieren de una competencia normal de productos. Además, se comprueba (ver Tabla II.5.5 y la Tabla II.5.6) que en el mercado de servicios de banda ancha existen ofertas más ventajosas a las ofertadas por el

²⁷ El precio del paquete es de 59,9 euros y la cuota mensual de 39 euros. Los dos primeros meses de conexión son gratuitos y permite el disfrute de minutos gratis de comunicaciones telefónicas a través de la tarjeta recargable de Telecor, filial del Corte Inglés dedicada a las telecomunicaciones.

²⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 85/76, Hoffmann/La Roche, apartado 91, Rec. 1979, p. 461.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Grupo Telefónica. En este sentido, resulta esclarecedora la campaña publicitaria lanzada por Ya.com durante el mes de enero en la que recuerda que esta empresa ha sido la primera en regalar el módem, posteriormente la primera en regalar el router y, en la actualidad, la primera en regalar un router inalámbrico²⁹. Por tanto, y más allá de las motivaciones y el efecto del mensaje publicitario, este hecho constituye una prueba más del modo en que se está desarrollando la competencia en este mercado, en el que los competidores de Telefónica están facilitando el acceso al mismo a través del regalo de equipos, la gratuidad de cuotas de alta y descuentos en las cuotas mensuales iniciales. En este contexto es el que el Grupo Telefónica debe competir y, por ello, las promociones realizadas están en línea con las restantes ofertas presentes en el mercado, si bien no son las más ventajosas.

II.5.3 Duración y concatenación de las promociones

Tal y como se ha señalado anteriormente, se debe tener presente que una estrategia de estrechamiento de precios debe ser suficientemente prolongada en el tiempo para ser considerada una conducta eliminatoria. La promoción del producto “ADSL HOME”, al igual que las restantes, tienen una duración delimitada. Además, tiene lugar en un periodo concreto del año con unas características muy particulares, como es el de Navidad: de 3 de noviembre a 31 de diciembre de 2003. Asimismo, los descuentos de los que puede disfrutar el cliente se aplican de forma limitada: reducción del precio de las dos primeras cuotas mensuales.

En cualquier caso, 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. Esta Comisión considera que no se ha producido tal concatenación de promociones: la única promoción que ha tenido lugar hasta la fecha relevante (Navidad de 2003) corresponde a la realizada por TESAU en el verano, que era igual a la promoción del “Kit ADSL USB” de Navidad denunciada por Wanadoo en el marco de este expediente. Una vez comprobado (en el Fundamento de Derecho II.5.1) que la promoción del “Kit ADSL USB” es replicable por operador eficiente no se puede

²⁹ Anuncio en el diario El País del día 26 de enero de 2004:

“Si nuestros competidores quieren seguirnos, tendrán que ponerse en forma. En Ya.com ADSL comenzamos regalando un Módem. Y después lo regalaron todos. Más tarde, el Router, y ya lo regalaron algunos. Ahora, regalamos el Router Wi-Fi, y suponemos que los demás lo harán algún día [...] En Ya.com vamos tan adelantados que nuestros competidores tendrán que sudar lo suyo para alcanzarnos, si pueden”.

Ya.com lanza una oferta de conexión ADSL 24 horas hasta el 30 de junio de 2004, en la que regala el router inalámbrico y las tres primeras mensualidades son de una cuantía de 19,90€ (las restantes de 39,07€). El coste durante un año que supone para un usuario es igual a 411,33€, lo cual hace de esta oferta la más ventajosa del mercado en su modalidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concluir que se haya producido una concatenación de promociones con márgenes lo suficientemente reducidos como para que constituya una práctica de estrechamiento de precios por parte del Grupo Telefónica.

Por tanto, esta Comisión concluye que, dada la duración limitada de la promoción del producto “ADSL HOME” y que hasta ese momento no se han producido otras promociones con márgenes insuficientes para un operador eficiente, el Grupo Telefónica no está incurriendo en una práctica anticompetitiva basada en el estrechamiento de precios.

II.5.4 Sobre el posible efecto fidelizador derivado del establecimiento de un periodo mínimo de contratación de dos años por parte de TERRA

Esta Comisión ha constatado que es práctica generalizada, por parte de los operadores presentes en el mercado de servicios de banda ancha, la imposición de una obligación de permanencia como cliente de un año, con la excepción de TERRA que impone un periodo mínimo de contratación superior, en concreto de dos años. A continuación se explican las razones por las que esta Comisión considera que, a tenor de las condiciones presentes en este mercado, este tipo de prácticas comerciales no tienen un impacto negativo sobre la competencia y, por el contrario, facilitan el acceso de nuevos clientes al mismo.

En un mercado como el de los servicios de banda ancha, cuyos servicios, contenidos y aplicaciones son novedosas y, en cierto grado, desconocidos para el cliente potencial, los operadores han seguido la estrategia de facilitar el acceso al mismo a través del regalo del terminal (módem, en sus diferentes modalidades), descuentos en las cuotas iniciales y regalos promocionales. De esta manera, los operadores contrarrestan las reticencias que pueden tener los usuarios a la hora de contratar un servicio de banda y facilitan el despegue del mismo con las ganancias de eficiencia que de ello se derivan (economías de escala, desarrollo de mejores contenidos por parte de los proveedores de los mismos dado que hay más clientes, etc). En contraprestación, los operadores exigen un periodo mínimo de contratación que les permita financiar los elevados costes de captación a los que deben hacer frente. Esto quiere decir que el usuario puede dejar de serlo cuando lo desee; sin embargo, en el caso de hacerlo con anterioridad a este periodo mínimo de contratación, tendrá que abonar al operador el pago por los descuentos correspondientes a la promoción³⁰.

³⁰ En el Anexo 1 se muestran las condiciones que fija TERRA para el disfrute de estos descuentos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, existen argumentos económicos que justifican la imposición de estas obligaciones. Los potenciales perjuicios sobre la competencia, derivados de la fidelización del cliente, no son tales debido a que existen alternativas de suministro del mismo servicio y el usuario puede comparar y elegir la que considere más ventajosa. Dicho de otro modo, en caso de no existir estos periodos mínimos de contratación, los descuentos sobre el acceso serían menores y la introducción e implantación de los servicios de banda ancha se ralentizaría³¹.

Con respecto el caso que nos ocupa, ante la obligación de permanencia como cliente de dos años que impone TERRA, un cliente puede contratar el acceso con otro operador si considera que no le compensa o, por el contrario, aceptarla si valorando la oferta en su conjunto considera que se adecua mejor a su perfil de usuario.

II.6 Sobre la petición de revisión de la OBA

Por otra parte, WANADOO pide en sus escritos de denuncia de las promociones de TERRA y TESAU que:

“Se introduzca una revisión urgente de la Oferta de Bucle de Abonado (OBA) a fin de que la definición de los precios de acceso indirecto al bucle de acuerdo con el principio de retail minus resulte aplicable a todos los elementos de coste (cuota mensual y cuota de alta) y también resulte aplicable a todas las ofertas minoristas del Grupo Telefónica, incluyendo no sólo las de TESAU sino, y de forma especialmente relevante, las de TERRA. A fin de que esta modificación resulte efectiva, todas las filiales del Grupo Telefónica deberían informar de sus ofertas minoristas ADSL a esta Comisión con un plazo más amplio, no sólo de 10 días, sino de mínimo 2 meses, a fin de que esta Comisión pueda valorar la necesidad de aplicar una revisión de la OBA”.

Con relación a la modificación de la OBA y, concretamente, el análisis de lo solicitado por WANADOO a este respecto, esta Comisión ha resuelto el Expediente MTZ 2003/1000, en fecha 31 de marzo de 2004, porque no procede hacer pronunciamiento alguno al respecto.

II.7 Sobre el establecimiento de un precio mayorista no orientado a costes

En su escrito de alegaciones al informe de audiencia, WANADOO alega que, dado que esta Comisión optó por un modelo de retail minus y no por la fijación

³¹ En el mercado de la telefonía móvil los operadores han aplicado este tipo de prácticas a través de fuertes subsidios de terminales móviles para los clientes de contrato a cambio de aceptar la obligación de permanencia como clientes durante un año.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del precio del servicio GigADSL de TESAU en función de sus costes reales, podría existir un amplio margen entre el coste de dicho servicio y el precio al cliente final que oferta TESAU que, a su vez, podría permitir a TESAU sustentar estrategias de estrechamiento de precios por cuanto las pérdidas en que incurrirían las divisiones del monopolista tradicional dedicadas a la comercialización de los servicios minoristas podrían ser financiadas mediante los márgenes excesivos que habría en la prestación de los servicios minoristas.

A este respecto, en primer lugar, debe señalarse que las alegaciones de WANADOO parten de una presunción incorrecta: asociar el establecimiento de precios mediante el mecanismo de retail minus con la subsiguiente existencia de amplios márgenes para el operador que presta el servicio mayorista. Sin embargo, lo cierto es que, en ausencia de información fiable sobre los costes de los elementos de red, la regulación basada en un retail minus establece un precio para los servicios mayoristas restando al precio final del servicio un margen, en forma de porcentaje, que recoge los costes que se evita el operador incumbente propietario de la red al no prestar tan sólo el servicio mayorista (costes tales como facturación y cobro, marketing, etc.). En la medida en que estos costes estén correctamente estimados, no existe margen excesivo, quedando a la eficiencia de cada operador el reducir sus costes de comercialización minorista y poder, consecuentemente, trasladar rebajas en precio a los usuarios. De este modo, el método de retail minus no sólo asegura la inexistencia de márgenes excesivos sino que, además, incentiva la eficiencia entre los distintos operadores en cuanto a la mejora en sus procesos de comercialización y optimización de sus costes derivados.

Es más, podría darse el supuesto de que el porcentaje que se fijara para el retail minus fuera excesivo y resultara que el operador que prestara el servicio mayorista no recuperara siquiera sus costes operativos mayoristas. En todo caso, el porcentaje establecido para la fijación del retail minus, e incluso la decisión por este método de fijación del precio mayorista frente a otros posibles, se ha analizado por esta Comisión en el procedimiento de modificación de la OBA (Expediente MTZ 2003/1000).

Así, por tanto, en el presente procedimiento se analiza la posible existencia de un pinzamiento en precios por parte de TESAU en las ofertas denunciadas a partir de los precios mayoristas actualmente vigentes y, en este sentido, como se ha mostrado en los anteriores apartados de esta Resolución, procede declarar la inexistencia de dichas prácticas.

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

ACUERDA



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- Con respecto de la promoción del producto “ADSL PLUS” llevada a cabo por TERRA durante la feria del SIMO, no se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

Segundo.- Con respecto a la promoción del producto “ADSL HOME” llevada a cabo por TERRA para el periodo comprendido entre el 3 de noviembre y el 31 de diciembre de 2003, no 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 “Kit ADSL USB” llevada a cabo por TESAU para el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2003 y el 7 de enero de 2004, no se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la 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

Jaime Velázquez Vioque