



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

DON JAIME VELAZQUEZ 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 Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### **CERTIFICA**

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de julio de 2004, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCION DE LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LAS ENTIDADES WANADOO ESPAÑA, S.L. Y TISCALI ESPAÑA, S.L.U. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 18 DE DICIEMBRE DE 2003, RELATIVO A 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.**

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades Wanadoo España, S.L. y Tiscali España, S.L.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones relativa a 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, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm.26/04, la siguiente Resolución:

Resolución de 1 de julio de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/52

### **HECHOS**

**PRIMERO.** En fecha 18 de diciembre de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo relativo a la promoción de verano de Telefónica de España, S.A.U. consistente en la oferta gratuita de dos



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuotas mensuales del servicio Kit ADSL-USB. La citada Resolución, acordaba, entre otras cosas, lo siguiente:

**“Segundo.-** Respecto de la promoción de Kit ADSL-USB “Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto” llevada a cabo por TESAU, concluir que no se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

**Tercero.-** No se considera que la promoción de Kit ADSL-USB “Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto” haya constituido un gasto excesivo, según se define en la Circular 1/1998 ni, por tanto, un abuso o reforzamiento de la posición de TESAU y/o el Grupo Telefónica en el mercado de referencia considerado.”

**SEGUNDO.** Mediante escrito de fecha de 9 de enero de 2004, con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, Wanadoo España, S.L. (en adelante, Wanadoo) interpuso recurso potestativo de reposición contra la resolución antes referida, solicitando que se revisara el contenido de la misma sobre la base de las siguientes alegaciones:

- 1. Que la campaña “Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto” promovida por TESAU ha provocado un pinzamiento de precios y, consecuentemente un abuso de posición de dominio por parte de este operador.**

Al respecto, Wanadoo manifiesta que la resolución recurrida, en la que se afirma que la campaña de referencia no ha supuesto la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte TESAU, contiene un somero análisis del pinzamiento de precios. Considera la recurrente que “*esa Comisión se limita a realizar un mero ejercicio de determinación del margen existente entre los costes del servicio minorista objeto de la promoción y los costes del servicio de acceso indirecto recogidos en la OBA, (...) sin incluir el resto de costes que deben asumir los PSIs para poder comercializar el servicio final de acceso a Internet con banda ancha*”. (...) Al ser este margen positivo esa Comisión concluye que no puede sostenerse que la promoción objeto del expediente produzca la expulsión del mercado”.

Frente al análisis realizado por esta Comisión, Wanadoo alega que “*el margen entre el producto mayorista de TESAU y el precio del producto minorista no es un margen de beneficios, sino el margen disponible para financiar los otros costes de prestación del servicio minorista y los costes de adquisición. Detraídos esos costes entonces sí se obtiene un “margen de beneficios (...)* Es



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*necesario determinar e incorporar el análisis todos los costes necesarios que ha de asumir un PSI (independientemente si es Wanadoo o la propia TESAU) para la prestación del servicio y para la captación de clientes. Tan sólo de esta forma puede constarse si existe o no un pinzamiento de precios”.*

Ante tales circunstancias, la recurrente estima que el desarrollo de la campaña denunciada implica un pinzamiento de precios, lo cual constata un comportamiento anticompetitivo de TESAU en el mercado de referencia evidenciando, por tanto, la existencia de un abuso.

- 2. Que no se ha tenido en cuenta en la resolución recurrida la concatenación de ofertas, a la hora de valorar el impacto que, sobre la competencia en el mercado de referencia, ha tenido la promoción realizada por TESAU.**

En relación con la duración y el carácter continuado de la oferta. expone Wanadoo, que esta Comisión en su informe sometido a trámite de audiencia afirmó que *“la proliferación concatenada de este tipo de práctica comercial podría llegar a constituir un abuso de posición de dominio por parte del operador que la ostente (...) lo que en su caso podría requerir un análisis propio.”* No obstante lo anterior, la recurrente alega que se ha optado por cerrar el expediente sin considerar la concatenación de la oferta de verano con la oferta de navidad, también denunciada por Wanadoo. Ante ello, la citada entidad entiende *“que un hecho tan relevante como la aparición de una oferta claramente concatenada justificaba la revisión del expediente a fin de resolver un grave problema de competencia como el que se presenta”.*

Junto a las dos alegaciones expuestas, en el citado escrito de interposición de recurso Wanadoo realiza la siguiente alegación, que en nada tienen que ver con la revisión de la legalidad de la resolución impugnada:

- 3. Que se proceda a aplicar el mecanismo de retail minus a los precios minoristas de TESAU recogidos en las promociones, modificando, consecuentemente, la OBA.**

Wanadoo considera que *“estas promociones de TESAU demuestran la existencia de graves problemas en la definición de los precios mayoristas regulados de TESAU. La OBA (...) define los precios del servicio de acceso indirecto al bucle en función de un retail minus a partir de la oferta minorista de TESAU”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En opinión de la citada entidad, la Oferta del Bucle de Abonado ha de modificarse, entre otros aspectos, la aplicación del mecanismo de retail minus a los precios del acceso indirecto al bucle.

**TERCERO.** Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 27 de enero de 2004, se cumplió el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC. Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 27 de enero de 2004, se dio traslado a las entidades interesadas del recurso de reposición interpuesto por la entidad Wanadoo para que alegasen lo que estimasen conveniente.

**CUARTO** Mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2003 con entrada en el Registro de esta Comisión el 27 de enero de 2004, Tiscali España, S.L.U. (en adelante, Tiscali) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución referida en el antecedente de hecho primero.

En el citado escrito de interposición se expone, en relación con la revisión del acto, básicamente lo siguiente:

### **1. Que no existe análisis de competencia que motive la Resolución.**

Tiscali sostiene que *“la Resolución excluye realizar análisis alguno de competencia en relación al pinzamiento de precios de la oferta denunciada y sus efectos en las condiciones de competitividad del mercado.”*

Al respecto, la recurrente reproduce las alegaciones formuladas por Wanadoo relativas a que *“el margen entre el producto mayorista de TESAU y el precio del producto minorista no es un margen de beneficios, sino el margen disponible para financiar los otros costes de adquisición”*, siendo necesario detraer los costes inherentes a la prestación del servicio y a la captación de clientes para obtener un margen de beneficios y poder constatar así la existencia o no de una situación de pinzamiento de precios.

### **2. Que no se ha tenido en cuenta la concatenación de ofertas, a la hora de valorar el impacto que, sobre la competencia en el mercado de referencia, ha tenido la promoción realizada por TESAU.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tíscali reproduce de forma literal las alegaciones expuestas por Wanadoo en el epígrafe que bajo idéntica denominación se resume en el antecedente de hecho segundo.

### **3. Que la resolución recurrida omite la necesaria motivación de todo acto que se separa de actuaciones precedentes.**

A juicio de la recurrente, *“la CMT no motiva la separación de esta Resolución de los criterios seguidos por esta Comisión en sus resoluciones precedentes (especialmente, las resoluciones de 19 de septiembre de 2001 y 16 de enero de 2003)”*.

En los fundamentos de derecho de dichas resoluciones se establecía, entre otras cosas, lo siguiente:

*“En efecto, la política comercial que se ha generalizado en este mercado se basa en realizar promociones paquetizadas, en las que se ofrecen o pueden ofrecerse regalos tanto de las cuotas de alta como del equipamiento físico asociado al servicio, o incluso de otros productos o servicios que no están relacionados directamente con el servicio ADSL (dispositivos para ordenadores personales como discos duros, cámaras de video, etc.) Por tanto, las ofertas de los operadores alternativos siempre podrán ser más agresivas que las que pueda realizar TELEFÓNICA, en cuanto a que este operador no tiene la posibilidad de regalar la cuota de alta en los paquetes de promoción que oferte, debido a la regulación de precios que le resulta de aplicación. En razón de ello TELEFÓNICA únicamente tiene a su alcance la opción de configurar ofertas comerciales que contemplen regalos de equipamientos o de otros productos similares, pero en ningún caso las cuotas correspondientes al servicio, ya sean éstas recurrentes o no recurrentes.*

*(...)”*

**QUINTO.** Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de enero de 2004, se cumplió el trámite de información a Tíscali previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

**SEXTO.** Mediante escrito de fecha 5 de febrero de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el 9 de febrero del mismo año se recibieron alegaciones de Tíscali al recurso potestativo de reposición interpuesto por Wanadoo. Mediante dicho escrito la citada entidad se limita a reproducir literalmente los argumentos expuestos en su recurso de reposición.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SEPTIMO.** Con fecha 18 de diciembre de 2003 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de TESAU al recurso potestativo de reposición interpuesto por Wanadoo, en el que se solicita que se desestime el mismo.

En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:

En relación con el supuesto pinzamiento de precios así como con la supuesta concatenación de promociones, TESAU manifiesta que en la Resolución recurrida se *“realiza un acertado análisis de las condiciones de mercado en las que se inserta la actuación de Telefónica de España para concluir afirmando que no se ha incurrido en prácticas contrarias a la libre competencia por la promoción del Kit ADSL-USB (consistente en el regalo de las cuotas mensuales correspondientes a los meses de julio y agosto)”* ya que en el mercado minorista de los servicios de acceso de banda ancha, la competencia es intensa, siendo la promoción de verano *“perfectamente consistente con el modelo de competencia vigente en este mercado sin que tenga efectos anticompetitivos”*. Asimismo, abunda la citada entidad *“a la vista del mínimo descuento que podría ser percibido por el nuevo cliente y dado el periodo de tiempo en el que se comercializó la promoción y las cuotas a las que se aplicó (...) cabe inferir que no es lo suficientemente prolongado como para suponer efectos fidelizadores de los clientes que representen una restricción de la competencia”*. *“Y en cuanto a la concatenación de promociones (...) no existía oferta previa alguna a la que la promoción objeto del presente expediente se concatenara.”*

Por otro lado, TESAU recuerda que *“aunque empresas perteneciente al Grupo Telefónica ofrezcan servicios sustentados con tecnología ADSL a nivel minorista sin que sus precios se utilicen para aplicar el mecanismo del retail minus de la OBA, eso no ha impedido que otras empresas ofrezcan ofertas incluso a precios más bajos que los de las primeras, ni que exista un más que razonable nivel de competencia en este mercado”*.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

#### **Primero.- Acumulación de procedimientos.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ha dispuesto la acumulación del recurso interpuesto por la entidad Tiscali tramitado bajo el número de expediente AJ 2004/141, al interpuesto por la entidad Wanadoo tramitado con número de referencia AJ 2004/52. El citado acuerdo se dicta habida cuenta la íntima conexión existente entre ambos procedimientos.

#### **Segundo.- Calificación.**

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de diciembre de 2003.

#### **Tercero.- Competencia y plazo para resolver.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el art. 117.2 de la misma ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

#### **Cuarto.- Admisión a trámite.**





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El recurso de reposición de la entidad Wanadoo ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.1 de la LRJPAC, el plazo para la interposición del recurso de reposición es de un mes, si el acto fuera expreso. Por su parte, el artículo 48.2 de la LRJPAC establece que, si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación del acto que se trate.

En el caso de Tiscali, el acto recurrido fue notificado el día 26 de diciembre de 2003, tal y como consta acreditado fehacientemente en el expediente. En consecuencia, el plazo para la interposición del recurso se comenzó a computar el día 27 de diciembre de 2003, por tratarse del día siguiente a aquel en el que tuvo lugar la notificación, finalizando el día 26 de enero de 2004, tratándose de un día hábil, en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 48 de la LRJPAC.

Resultando que el citado escrito de interposición se presentó en el Registro de esta Comisión en fecha 27 de enero de 2004, es manifiesto que el recurso se interpuso fuera del plazo legalmente establecido, por lo que procede su inadmisión a trámite.

### B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

#### **1. Sobre la alegación de que la campaña “*Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto*” promovida por TESAU ha provocado un pinzamiento de precios y, consecuentemente un abuso de posición de dominio por parte de este operador.**

El principal motivo de impugnación alegado por las entidades Wanadoo y Tiscali parte del presupuesto de que la campaña “Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto”, promovida por TESAU, ha producido en el mercado de referencia (banda ancha minorista) un pinzamiento de precios, en contra de lo establecido en la resolución de esta Comisión de 18 de diciembre de 2004. Pinzamiento de precios que supone un abuso de posición de dominio por parte de TESAU y repercute directamente en las condiciones de este mercado.

Al respecto, las citadas entidades consideran que la resolución no realiza el análisis de costes necesario para determinar la existencia de un posible pinzamiento de





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precios, sino que limita toda su actuación a realizar un mero ejercicio de determinación del margen existente entre los costes del servicio minorista objeto de la promoción y los costes del servicio de acceso indirecto recogidos en la OBA, sin incluir el resto de costes que deben asumir los PSIs para poder comercializar el servicio final de acceso a Internet con banda ancha. Determinación que resulta insuficiente para poder valorar el impacto de la promoción que se analiza dentro del mercado de referencia.

En concreto, Wanadoo afirma que *“esa Comisión no puede ignorar que el margen entre el producto mayorista de TESAU y el producto minorista no es un margen de beneficios, sino el margen disponible para financiar los otros costes de prestación de servicio minorista y los costes de adquisición. Detraídos esos costes, entonces sí se obtiene un “margen de beneficios. Es por este motivo que resulta tan insuficiente evaluar únicamente los costes del servicio de acceso indirecto para constatar la existencia o no de una situación de pinzamiento de precios”*.

En el mismo sentido, Tiscali reproduce literalmente lo alegado por Wanadoo a este respecto y considera que *“la Resolución excluye realizar análisis alguno de competencia en relación al pinzamiento de precios de la oferta denunciada y sus efectos en las condiciones de competitividad del mercado.”* Por ello concluye manifestando que *“esta Comisión debe confirmar cuáles son los costes más allá del acceso indirecto que deben ser asumidos por un operador alternativo y confirmar entonces si el precio minorista de TESAU deja algún margen”*

Frente a lo anterior, cabe indicar a ambas entidades, que si bien es cierto que el margen de 27.7% determinado por esta Comisión en la resolución recurrida no constituye un margen de beneficios, sino un margen comercial del cual hay que detraer el resto de costes que son inherentes a un proveedor de servicios de Internet, no es menos cierto que dicho margen comercial resultó ser lo suficientemente amplio como para servir de base a la conclusión alcanzada en la Resolución objeto de recurso, sin que fuera necesario especificar expresamente el margen de beneficios resultante de la sustracción entre el 27.7% aludido y los demás costes alegados por Wanadoo y Tiscali para afirmar que, en este caso concreto, no existía pinzamiento de precios.

En efecto, la existencia de un margen positivo tan extenso entre el producto mayorista de TESAU y el producto minorista de los PSI, ya evidenciaba por sí mismo que era suficiente para garantizar la replicabilidad de oferta -y, por tanto, que no afectaba de forma negativa a la competencia efectiva en el mercado de referencia-, sin que la posterior detracción de los costes de prestación del servicio y



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de captación de clientes fuera a tener como resultado un margen negativo del que pudieran resultar indicios de un pinzamiento de precios por parte de TESAU.

No obstante lo anterior, a la vista de las alegaciones de las partes sobre el escaso análisis realizado por esta Comisión a la hora de determinar la inexistencia de prácticas restrictivas de las competencia en la promoción “Navega todo lo que quieras sin pagar las cuotas de julio y agosto” promovida por TESAU, esta Comisión, no tiene inconveniente alguno en poner de manifiesto, a través del oportuno análisis de costes, aquello que ya se manifestaba en la resolución recurrida, corroborando así la adecuada motivación de la misma, en contra de lo alegado por Wanadoo y Tiscali. Esto es, que un margen del 27,7% entre el precio mayorista de TESAU en OBA y el precio minorista de los ISP a sus clientes, resulta bastante para entender que no se produce pinzamiento de precios en la campaña aludida.

De conformidad con la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 24 de junio de 2004, relativa 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” (Exp. 2003/1632) *“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/Lince<sup>1</sup>, *“en las denominadas conductas eliminatorias”*. En relación con la promoción de 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 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).*

<sup>1</sup> 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 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 ha incurrido en una práctica de estrechamiento de precios en la promoción 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 si la 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:

$$\frac{| \text{Ingresos oferta} - \text{Ingresos Oferta referencia} |}{\text{Ingresos oferta referencia}} \leq M \text{ arg en referencia}$$

donde

$$M \text{ arg en Re ferencia} = \frac{\text{Ingresos Oferta Re ferencia} - \text{Costes Oferta Re ferencia}}{\text{Ingresos Oferta Re ferencia}}$$

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.

### Ingresos



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:

<b>Precio Minorista = PA + PI + VC * (PM + IC)</b>
--

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 de acceso a



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:

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

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 2003<sup>2</sup>. Así, se consideró que “en el mercado de provisión de servicios ADSL mayoristas mediante el acceso indirecto al bucle con conectividad ATM, se mantenga TESAÚ 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 TESAÚ 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

<sup>2</sup> Resolución de 4 de diciembre de 2003, sobre la presunta comisión por parte de Telefónica de España, S.A.U. de prácticas contrarias 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

acceso. En conclusión, y dado lo anterior, se consideran los precios regulados para el servicios GigADSL en la Oferta del Bucle del Abonado<sup>3,4</sup>. 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 1: Estimación del margen de referencia (CONFIDENCIAL)**

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

La siguiente tabla muestra los márgenes por cliente para la promoción de verano objeto de análisis para diferentes horizontes temporales. (.....)





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Tabla 2: Margen de un operador alternativo con respecto a la promoción del “Kit ADSL USB” (CONFIDENCIAL)**

	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							

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 la promoción “Kit ADSL USB” no constituye una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de precios”.*

Se han de rechazar, por tanto, las alegaciones de Wanadoo y Tiscali relativas a que la resolución recurrida establece sin motivación la inexistencia de un pinzamiento de precios sobre la base de un margen que resulta insuficiente para determinar el impacto sobre el mercado de referencia de la campaña de verano denunciada.

**2. Sobre la falta de consideración de la concatenación de ofertas, a la hora de valorar el impacto que, sobre la competencia en el mercado de referencia, ha tenido la promoción realizada por TESAU.**

Coinciden Wanadoo y Tiscali en afirmar que se debería haber tenido en cuenta al analizar la posible existencia de un pinzamiento de precios en la resolución recurrida la clara concatenación de la oferta de verano con la oferta de navidad, también denunciada por Wanadoo.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ante dicha alegación, resulta necesario señalar que las alegaciones formuladas por Wanadoo en las que se denunciaba la promoción de ADSL de Navidad no fueron tenidas en cuenta en la resolución recurrida debido al momento procedimental en que fueron presentadas ante esta Comisión. En efecto, dichas alegaciones fueron remitidas a esta Comisión una vez finalizado el plazo de instrucción del expediente, cuando el mismo ya se encontraba en fase de propuesta de Resolución, lo cual impidió un adecuado análisis de las circunstancias concurrentes sobre el particular, en los términos establecidos en el artículo 78.1 de la LRJPAC.

El artículo 79 de la LJPAC establece que *“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.”*

De acuerdo con el artículo transcrito, han de ser tenidos en cuenta en la propuesta de Resolución todas aquellas alegaciones recibidas en cualquier momento anterior al trámite de audiencia. En el presente caso la denuncia presentada por Wanadoo sobre la campaña de navidad, en la que se alegaba la posibilidad de que existiera una concatenación de ofertas, fue presentada ante esta Comisión el día 18 de noviembre de 2003, habiéndose notificado la audiencia a los interesados el día 10 de octubre de 2003.

Fue por dicho motivo que esta Comisión estimó que el estudio de una eventual concatenación de ofertas debía realizarse al analizar la promoción de navidad, en el marco del expediente AEM 2003/1632, el cual se encontraba en fase de instrucción en dicho momento.

Determinado lo anterior, no cabe sino recordar la argumentación esgrimida por esta Comisión en el Fundamento de Derecho segundo de la Resolución de 24 de junio de 2004, recaída en el citado expediente AEM 2003/1632, en cuyo apartado 5.3, al analizar la promoción de Navidad “ADSL HOME”, se hacía referencia expresa a la incidencia en el mercado de referencia de una eventual concatenación de las ofertas de verano y navidad. En concreto, el mencionado apartado, bajo el epígrafe *“Duración y concatenación de las promociones”* establecía lo siguiente:

*“(…) 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*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*a la promoción del “Kit ADSL USB” de Navidad denunciada por Wanadoo (...). 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 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 todo ello, se han de rechazar las alegaciones realizadas por Wanadoo y Tíscali en el presente motivo del recurso y, por consiguiente, se confirma el contenido de la Resolución en este aspecto por estar plenamente ajustado a Derecho.

### **3. Sobre la alegación relativa a que la resolución recurrida omite la necesaria motivación de todo acto que se separa de actuaciones precedentes.**

Tíscali expone en su recurso de reposición, reiterándolo en su escrito de alegaciones al recurso presentado pro Wanadoo, que la resolución recurrida carece de la necesaria motivación de todo acto que se separa de los criterios seguidos en resoluciones precedentes, particularmente, en el presente caso, de las resoluciones de 19 de septiembre de 2002 y 16 de enero de 2003.

Las citadas resoluciones establecían que TELEFÓNICA, no tenía la posibilidad de regalar la cuota de alta en los paquetes de promoción que oferta, debido a la regulación de precios que le resultaba de aplicación, teniendo dicho operador únicamente la opción de configurar ofertas comerciales que contemplaran regalos de equipamientos o de otros productos similares, pero en ningún caso las cuotas correspondientes al servicio, ya fueran éstas recurrentes o no recurrentes.

En relación con la alegación expuesta, en primer lugar, es preciso señalar que el recurso de reposición ha de resolverse en los estrictos términos de legalidad del acto recurrido, previa su admisión. Pues bien, haciendo abstracción de la inadmisión del recurso interpuesto por Tíscali, por haber sido éste interpuesto fuera del plazo legalmente establecido para ello, lo cual, tal y como se ha indicado en el cuarto fundamento jurídico procedimental constituye un obstáculo insalvable para su admisión e implica la imposibilidad de un pronunciamiento sobre el fondo, ha de afirmarse que la alegación de fondo vertida por Tíscali en sus escritos en nada afecta a lo establecido por esta Comisión en el acuerdo recurrido.

El artículo 54.1 c) de la LRJPAC establece lo siguiente:

*“Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (...)*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”*

Es cuestión aceptada en la jurisprudencia<sup>5</sup> que la motivación de los actos sólo ha de ser suficiente para que los interesados puedan conocer la fundamentación fáctica y jurídica de los actos de la Administración y puedan impugnarlas con conocimiento adecuado de aquellas.

A la luz de lo anterior, resulta necesario tener en cuenta que la resolución recurrida fue aprobada por el Consejo de esta Comisión con la necesaria exposición de los hechos y fundamentos de derecho en que se basa la decisión adoptada en la misma, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54.1 c) de la LRJPAC.

Por último, cabe señalar que la eventual fuerza del precedente alegado por Tiscali derivaría, en su caso, del principio de igualdad, sin embrago en las alegaciones de Tiscali no han sido aportados datos que permitan concluir la concurrencia de la completa similitud de circunstancias entre los procedimientos finalizados mediante las resoluciones invocadas y la resolución objeto del presente recurso, lo cual unido a la justificación contenida en los fundamentos de derecho de esta última, hace que no pueda aceptarse este motivo de recurso.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**PRIMERO.** Inadmitir a trámite el recurso potestativo de reposición interpuesto por Tiscali España, S.L.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de diciembre de 2003, en relación con la promoción de verano de Telefónica de España, S.A.U. consistente en la oferta gratuita de dos cuotas mensuales del servicio Kit ADSL-USB.

**SEGUNDO.** Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad Wanadoo España, S.L. y contra la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de diciembre de 2003, respecto a 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 estar plenamente ajustada a derecho.

---

<sup>5</sup> STS de 11 de septiembre de 1995, Sala 3ª, Sección 4ª; S. de 26 de enero de 1996, Sala 3ª, Sección 4ª



## 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real