



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

DON ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por 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 30 de diciembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD WANADOO ESPAÑA, S.L. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, DE FECHA 28 DE JULIO DE 2004, SOBRE LAS DENUNCIAS PRESENTADAS POR WANADOO ESPAÑA, S.L. Y LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA PROMOCIÓN DEL SERVICIO “KIT ADSL USB” Y EL BONO METROPOLITANO I (AEM 2004/1406).**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad WANADOO ESPAÑA, S.L. (en adelante, WANADOO) contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 28 de julio de 2004, sobre las denuncias presentadas por WANADOO y la Asociación de Empresas Operadoras de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) contra Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) en relación con la promoción del servicio “Kit ADSL USB” y el Bono Metropolitano I (AEM 2004/654), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 46/04 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 30 de diciembre de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1406.

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de julio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución sobre las denuncias presentadas por WANADOO y ASTEL contra TESAU en relación con la promoción del servicio “Kit ADSL USB” y el Bono Metropolitano I.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la citada Resolución se acordó lo siguiente:

**“Primero.-** No se estima que Telefónica de España, S.A.U. haya vulnerado las obligaciones que tiene impuestas en virtud de la PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.

**Segundo.-** Con respecto de la promoción del servicio “Kit ADSL USB” y el Bono Metropolitano I, llevada a cabo por Telefónica de España, S.A.U., no se han identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador”.

**SEGUNDO.-** Con fecha 1 de septiembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de esa misma fecha presentado por Don Cristian Hacker, en virtud del cual interponía, en nombre y representación de la entidad WANADOO recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 28 de julio de 2004 mencionada anteriormente.

La entidad solicitante muestra su disconformidad con la Resolución impugnada con base en las siguientes alegaciones:

1ª.- La Resolución recurrida incurre en graves distorsiones en la interpretación de la normativa comunitaria sobre prácticas contrarias a la libre competencia.

a) Posición de dominio del Grupo Telefónica.

Se alega que la cuota de mercado que ostenta el Grupo Telefónica debería dar lugar a la presunción *iuris tantum* de dominancia en el mercado de referencia, que sólo en circunstancias probadas y excepcionales podría desvirtuarse.

b) Doctrina de las autoridades europeas sobre promociones y descuentos ofrecidos por un operador dominante.

Afirma la recurrente que, de acuerdo con la Jurisprudencia comunitaria habida al respecto, la ausencia de una prohibición general de ofrecimiento de descuentos o promociones por el operador dominante, no puede justificar en ningún caso un abuso de posición dominante.

2ª.- Cálculo del margen de la promoción denunciada.

Sostiene WANADOO que resulta inadmisibles que “el cálculo del coste de la prestación de Bono Metropolitano (que esa Comisión considera como una parte de la promoción y no como un producto vinculado separado)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*se realice sobre la base exclusivamente de un precio de interconexión de terminación y acceso del nivel local, supuestamente en base a espúreas consideraciones de “eficiencia” que no se razonan sino simplemente se concluyen*”. Según la recurrente, ello contradice lo dispuesto el punto 1.1.4 del Anexo 2 del texto consolidado de la OIR vigente.

Tras efectuar las alegaciones a las que se ha hecho referencia anteriormente, la entidad recurrente solicita, además de que se tenga por presentado el recurso, que se estime el mismo anulando total o parcialmente la Resolución impugnada.

**TERCERO.-** Mediante escrito de fecha 11 de octubre de 2004, que tuvo entrada en el Registro de la Comisión el mismo día, Don Daniel Escoda Villacorta vino, en nombre y representación de TESAU, a presentar las siguiente alegaciones en relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por WANADOO:

1ª.- Inadmisibilidad del recurso interpuesto por WANADOO, al no fundamentarse en alguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

2ª.- Adecuada valoración por la Comisión de la inexistencia tanto de posición de dominio de TESAU en el mercado de acceso minorista a Internet en banda ancha tras el análisis de la evolución de las cuotas de mercado, como de una estrategia eliminadora de los competidores.

3º.- En relación con la metodología del cálculo del margen de la promoción denunciada y la referencia a la OIR, desde el año 2002 los operadores alternativos cuentan con la Interconexión por capacidad, y que si la Comisión realizara el análisis de replicabilidad con los costes de dicho servicio el coste del Bono Metropolitano asociado a dicha promoción prácticamente sería bastante menor que el que está aplicando la Comisión para valorar la promoción de TESAU.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

#### PRIMERO.- Calificación.



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

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.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito de fecha 8 de noviembre de 2004 como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 28 de julio de 2004.

### **SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC exige, como requisito indispensable para la interposición del recurso potestativo de reposición, que el recurrente tenga la condición de interesado.

A su vez, el artículo 31 de la LRJPAC prevé que se considerarán interesados en el procedimiento administrativo a aquellos que los promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos (individuales o colectivos).

En atención a lo anterior, la entidad recurrente debe ser considerada como titular de derechos o intereses legítimos para promover el procedimiento de recurso objeto del presente informe, por lo que está legitimada para la interposición del recurso.

### **TERCERO.- Admisión a trámite.**

El recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad WANADOO ha sido presentado en esta Comisión el día 1 de septiembre de 2004. Por lo tanto, y habida cuenta de que la notificación de la resolución de fecha 28 de julio de 2004 ahora recurrida se produjo el día 6 de agosto de 2004, el mismo ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha en la que la entidad recurrente ha tenido conocimiento de la Resolución impugnada, previsto en el artículo 117 de la LRJPAC, y cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma.

Asimismo, el recurso interpuesto por WANADOO cumple con el requisito previsto en el artículo 107.1 de la LRJPAC sobre la alegación de alguno de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJOAC, ya que se fundamenta en la infracción de lo dispuesto por las autoridades comunitarias en su práctica decisoria sobre la aplicación de la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

normativa de competencia y de la regulación sectorial aplicable, por lo que procede su admisión a trámite.

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

La competencia para resolver el presente recurso potestativo de reposición corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, 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 artículo 117.2 de la misma Ley.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **Primero.- Sobre la posición de dominio del grupo Telefónica.**

Sostiene WANADOO que la Resolución recurrida incurre en graves errores conceptuales *“que contradicen lo dispuesto por las autoridades comunitarias en su práctica decisoria sobre aplicación de la normativa de competencia y también la regulación sectorial”*.

Según la operadora, en base a las cuotas de mercados sostenidas por el Grupo Telefónica (siempre sustancialmente por encima del 50%) y a los demás criterios considerados como relevantes por la doctrina de la Comisión Europea para establecer la dominancia de un actor en el mercado, resulta indudable que el Grupo Telefónica es dominante en el mercado minorista de acceso de banda ancha, sin que una merma paulatina de la cuota de mercado excluya que se declare la existencia de poder de mercado pues tan solo significa que el mercado está volviéndose más competitivo.

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

Sin embargo, frente a lo expuesto por la recurrente, cabe señalar que el concepto de posición de dominio que se recoge en el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, ha sido consolidado por la Jurisprudencia comunitaria en varias de sus Sentencias. La Comisión Europea en el asunto Hoffman-La Roche estableció que:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“La posición de dominio (...) hace referencia a una posición de fortaleza económica que disfruta una empresa y que le posibilita impedir la competencia efectiva en el mercado relevante y le otorga la capacidad de comportarse ostensiblemente con independencia de sus competidores, sus clientes y en último extremo de los consumidores. Esta posición no impide el desarrollo de una cierta competencia, como sería el caso en una situación de monopolio o cuasi-monopolio, pero permite a la empresa que se beneficia de la misma, si no determinar, sí al menos tener una influencia apreciable sobre las condiciones en las que se desarrollará dicha competencia y, en cualquier caso, actuar en gran medida sin tenerla en consideración”.<sup>1</sup>*

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

De este argumento se desprende que la cuota de mercado constituye un indicador necesario para valorar la posición de dominio; pero, únicamente con su análisis no es suficiente para valorar el efecto que tienen las restricciones competitivas presentes y futuras sobre la empresa que presumiblemente puede gozar de una posición de dominio<sup>2</sup>. El Tribunal de Defensa de la Competencia español concluyó en el caso Bacardí que:

*“...una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante”<sup>3</sup>.*

Sobre la base de estas consideraciones, y en lo que respecta al análisis de la evolución de la cuota de mercado del operador dominante esta Comisión ha constatado que dicha cuota se ha reducido significativamente, por lo que puede

---

<sup>1</sup> Tribunal de Justicia Europeo, Caso C 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission, [1979] ECR 461, 520:3 CMLR 211, 274.

<sup>2</sup> Se debe tener en cuenta que la cuota de mercado de una empresa es resultado, entre otras variables, de factores endógenos, esto es, de las acciones estratégicas que haya tomado por propia iniciativa (políticas de precios, gestión interna de la empresa, políticas de marketing, etc). Por ejemplo, una empresa más eficiente en la prestación de un servicio presentará unos costes más bajos que las empresas y en consecuencia podrá establecer un precio menor y obtener una mayor cuota de mercado. Sin embargo, esto no implica que esta empresa sea dominante ya que en caso de fijar un precio superior al de sus competidores perdería clientes y su cuota se reduciría significativamente.

<sup>3</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia, Expediente R 362/99 Bacardí, 30 de septiembre de 1999.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pensarse que existen factores que están restringiendo el comportamiento competitivo de dicha empresa<sup>4</sup>.

Además, conviene destacar que el mercado de banda ancha, lejos de haber alcanzado su nivel de saturación, se caracteriza por el dinamismo de la demanda, con expectativas de tasas de crecimiento elevadas. Este aspecto del crecimiento elevado tiene una especial trascendencia en relación con la posición de dominio de una empresa, ya que cuanto más dinámica sea la demanda, más competidores se sentirán atraídos hacia el mercado y más complicado resultará que sobre dicho mercado se ejerza una dominancia.

Por tanto, difícilmente se puede hablar de falta de competencia potencial, tal y como señala WANADOO, máxime en un mercado donde los avances y cambios tecnológicos no son nada desdeñables (el desarrollo de las tecnologías PLC, UMTS y la oferta conjunta de acceso a Internet de alta velocidad, telefonía por Internet con el sistema VoIP y servicios multimedia de video y televisión, con tecnología ADSL constituyen una buena prueba de ello, aunque su impacto en el mercado sea aún difícil de valorar)<sup>5</sup>.

El incremento de la presión competitiva que se deriva de una demanda dinámica y en expansión reduce la magnitud de las barreras de entrada, que como ya se ha señalado, también juega un papel relevante en la determinación de la existencia de una posición de dominio.

En este sentido, factores como los señalados por WANADOO (acceso privilegiado a los mercados de capital, economías de escala, red de distribución y venta muy desarrollada y, en menor medida, la envergadura global de la empresa<sup>6</sup>) pueden constituir posibles barreras de entrada así como una ventaja sobre los competidores presentes en el mercado.

Sin embargo, esta Comisión no comparte la valoración que WANADOO hace de los mismos.

Con respecto a la envergadura global de la empresa lo relevante no es, como parece señalar la recurrente, el tamaño de una empresa en sí mismo (en

---

<sup>4</sup> El Tribunal de Defensa de la Competencia concluyó en su resolución del Expediente R 279/97 Comercial Potasas 2 que la empresa no tenía posición de dominio en el mercado de la comercialización de potasas debido, entre otros factores, a que la cuota de mercado de la empresa había descendido en dos años del 86% al 54%. Tribunal de Defensa de la Competencia, Expediente R 279/97 Comercial Potasas, 11 de mayo de 1998.

<sup>5</sup> Así lo reconoce la Comisión Europea: "...las barreras, aun las elevadas, pueden perder importancia en relación con los mercados caracterizados por un progreso tecnológico permanente. En los mercados de comunicaciones electrónicas, pueden ser fuente de condicionantes competitivos las amenazas innovadoras de competidores potenciales aún no presentes en el mercado." Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03).

<sup>6</sup> Las ventajas que una empresa puede obtener sobre la base de su tamaño empresarial (en relación a sus competidores) se refieren a las economías de escala, capacidad financiera, poder de compra con respecto a otros agentes, capacidad de producción y capacidad de comercialización/marketing (factores que se pueden considerar como posibles barreras de entrada así como ventajas sobre los competidores presentes en el mercado).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

términos absolutos) sino en relación con sus competidores (en términos relativos) y en qué medida este tamaño permite a una empresa disfrutar de una ventaja competitiva considerable.

Un análisis comparativo de esta variable muestra que si bien el Grupo Telefónica es uno de los mayores grupos empresariales del país, no es menos cierto que algunos de sus rivales como WANADOO y Ya.com, son filiales de grandes grupos empresariales del sector de las telecomunicaciones (antiguos monopolios en sus países) como France Telecom y Deutsche Telekom, respectivamente, y que los operadores de cable (grupo Auna y ONO) son operadores de tamaño significativo y creciente, como es el caso de ONO. Por tanto, no se puede concluir que la envergadura del Grupo Telefónica pueda ser considerada un factor relevante a la hora de justificar su posición de dominio.

Siguiendo esta misma línea argumental, tampoco cabe hablar del acceso privilegiado al mercado de capitales como otro factor relevante a tener en cuenta, cuando WANADOO y Ya.com son filiales de France Telecom y Deutsche Telekom, respectivamente, y los operadores de cable cuentan entre sus accionistas con grandes grupos empresariales del sector energético, bancario y de la construcción (ver Tabla 1).

**Tabla 1: Accionistas de los principales competidores del Grupo Telefónica**

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

Fuente: Operadores

En definitiva, un análisis comparativo de este factor tampoco permite concluir que el Grupo Telefónica goce de un acceso privilegiado al mercado de capitales en medida suficiente como para que contribuya a justificar la posición de dominio del Grupo Telefónica<sup>7</sup>.

Por otro lado, el hecho de que el Grupo Telefónica disponga de una red de venta más desarrollada que la de otros operadores no constituye una barrera de entrada relevante ya que este mercado se caracteriza por la variedad de posibles canales de distribución y, sobre todo, por la gran facilidad que existe en la utilización de algunos de ellos (por ejemplo, “call center”, para los que se ha previsto la asignación de números cortos, o una página Web), que

<sup>7</sup> La presencia del Estado en la composición accionarial de la empresa matriz de WANADOO (France Telecom) o de Ya.com (Deutsche Telekom), con un participación accionarial que supera el 50% en los dos casos, sí es especialmente importante en lo que respecta al acceso al mercado de capitales ya que es factible que puedan tener acceso a unas fuentes de financiación a las que un operador privado no puede, caso de determinadas ayudas públicas.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precisamente son los más utilizados por los usuarios a la hora de contratar un producto de banda ancha.

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

Por último, no puede aceptarse que el bajo poder compensatorio sea un factor que contribuya a justificar la posición de dominio del Grupo Telefónica.

Por un lado, es cierto que el nivel de concentración de la demanda no es lo suficientemente alto como para identificar determinados demandantes con un poder de compra que individualmente les permita ejercer una influencia sobre el precio, calidad y condiciones de suministro del bien adquirido. Sin embargo, a la hora de valorar el poder compensatorio de la demanda también se debe analizar la existencia de alternativas de suministro y los costes de cambio ya que la capacidad de los demandantes para disciplinar el comportamiento de los oferentes dependerá de su capacidad para desviar sus compras hacia proveedores alternativos. Por tanto, es necesario que haya proveedores alternativos y que sea factible cambiar de proveedor, esto es, que los costes de cambio no sean tan elevados que imposibiliten dicho cambio.

Este es el caso del mercado de banda ancha, que se caracteriza por (i) la presencia de operadores alternativos al Grupo Telefónica, con red propia o que prestan su servicio por medio de los servicios mayoristas y (ii) unos bajos costes de cambio debido al elevado grado de transparencia existente, como consecuencia del fácil acceso a la información pública sobre las ofertas del mercado y su baja complejidad, lo cual permite su comparación<sup>8</sup>.

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

<sup>8</sup> Existen costes de cambio como resultado de las obligaciones contractuales de permanencia que establecen los operadores en contraprestación por la subvención de los terminales y las cuotas de alta. En cualquier caso, su efecto queda mitigado por las continuas promociones que lanzan los operadores.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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)<sup>9</sup>.

### **Segundo.- Sobre la doctrina de las autoridades europeas en relación con las promociones y descuentos ofrecidos por un operador dominante.**

Alega WANADOO que la Resolución impugnada es contraria a la Jurisprudencia europea de competencia, al justificar un abuso de posición de dominio por parte de TESAU sobre la base de una ausencia de prohibición general sobre los descuentos.

Sobre este particular procede señalar que el análisis de WANADOO es desde todo punto de vista erróneo. La Resolución en ningún momento permite al Grupo Telefónica, en tanto operador dominante, realizar prácticas abusivas. Así, en primer lugar, se analiza si la promoción de TESAU objeto de denuncia es constitutiva de un abuso de posición de dominio (punto V.1., página 14). Una vez se ha mostrado que el descuento es perfectamente emulable por parte de terceros operadores, se analiza si TESAU se desmarca de las prácticas generales del mercado, esto es, si está compitiendo en méritos y respondiendo a sus competidores, o bien está liderando las reducciones de precios. Se demuestra así que WANADOO parte de un presupuesto incorrecto como es que la promoción de TESAU es abusiva, interpretando posteriormente que el hecho de no considerar anticompetitiva la oferta deriva de que TESAU está respondiendo a sus competidores. Pero en este punto, la Resolución es clara, al establecer que:

*“Dado que el porcentaje máximo estimado de acuerdo con el mecanismo Retail Minus se estima en un 19,6%, es claro que, la oferta de TESAU, en la que se promocionaba el Bono Metropolitano I, no es abusiva, por cuanto los operadores alternativos obtendrían beneficios positivos de su comercialización.”*

Por ello, en la medida en que la promoción de TESAU no constituye un abuso de posición de dominio, no puede tener acogida la afirmación de WANADOO según la cual la Resolución impugnada estaría dando *“una carta blanca para cometer abusos de posición dominante”*.

### **Tercero.- Sobre el cálculo del margen de la promoción denunciada.**

<sup>9</sup> Este aspecto sí guarda relación con el criterio restante considerado por WANADOO: la integración vertical. Una empresa verticalmente integrada puede ostentar una posición de dominio, bien dificultado la entrada de nuevas empresas al mercado debido a su control en el mercado ascendente o descendente, bien a través de su capacidad para trasladar su posición de mercado a los mercados ascendentes o descendentes, incidiendo negativamente sobre la competencia.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Manifiesta la recurrente su disconformidad con la Resolución de esta Comisión de 15 de julio de 2004, recaída en el expediente MTZ 2004/609, sobre la adopción de una metodología para analizar la existencia de pinzamientos de márgenes en las promociones lanzadas por el Grupo Telefónica en servicios ADSL, remitiéndose, en cuanto a las debilidades que a su juicio presenta dicho mecanismo, al recurso de reposición que en su momento interpuso contra la citada Resolución.

En relación con lo expuesto por WANADOO, procede señalar que todas las cuestiones relativas al modo en que esta Comisión ha estimado los costes correspondientes a la prestación del servicio de ADSL deben ser abordadas en el marco del Expediente AJ 2004/1407.

En efecto, como se ha señalado, mediante Resolución de 15 de julio de 2004 esta Comisión aprobó un mecanismo diseñado para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL (Expediente MTZ 2004/609) sobre la base del análisis de costes empleado para la resolución del Expediente AEM 2003/1632. Dicha Resolución ha sido recurrida por diversos operadores y está siendo estudiada por esta Comisión en el marco el Expediente AJ 2004/1407. Por tanto, todas las alegaciones que WANADOO pueda realizar con respecto a los costes considerados por esta Comisión a la hora de establecer el mencionado mecanismo son analizadas en el marco del citado recurso de reposición.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad WANADOO contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 28 de julio de 2004, sobre las denuncias presentadas por WANADOO y ASTEL contra TESAU en relación con la promoción del servicio "Kit ADSL USB" y el Bono Metropolitano I (AEM 2004/654).

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 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



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

noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real