



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS 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 2 de diciembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD WANADOO ESPAÑA, S.L. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 24 DE JUNIO DE 2004, RELATIVO A LAS DENUNCIAS PRESENTADAS POR WANADOO CONTRA TERRA POR LAS PROMOCIONES DE NAVIDAD DE LOS PRODUCTOS “ADSL PLUS” Y “ADSL HOME” Y CONTRA TESAU POR LA PROMOCIÓN DE NAVIDAD DE LA OFERTA “KIT ADSL-USB”.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Wanadoo España, S.L. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 TESAU por la promoción de navidad de la oferta “KIT ADSL-USB”, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. 43/04, la siguiente Resolución:

Resolución de 2 de diciembre de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/1295

HECHOS

PRIMERO. En fecha 24 de junio de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo en relación con las denuncias



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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". La citada Resolución, acordaba lo siguiente:

***"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".*

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 28 de julio 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 de 24 de junio de 2004 a la que se refiere el antecedente anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la resolución impugnada por entender que la misma no ha resuelto en su totalidad la denuncia de este operador y que se ha excluido, de la resolución publicada, todo el análisis de precios y costes en que se basa. Asimismo, sostiene que el análisis de márgenes efectuado incurre en graves errores que llevan a subestimar los costes de producción y sobreestimar los ingresos y, aunque se constata la existencia de un pinzamiento de precios, se excluye el carácter anticompetitivo del mismo dada su brevedad, utilizando argumentos sobre "el contexto en que tienen lugar las promociones" que difieren de los precedentes en materia de pinzamiento de la Comisión Europea. Considera, por tanto, que dicha resolución incurre en graves vicios que deben llevar a reconsiderar su contenido.

En concreto, se fundamenta básicamente en los siguientes motivos:

1ª.- Pinzamiento sobre Megabase.

Al respecto, Wanadoo manifiesta que la resolución recurrida no resuelve la denuncia de este operador relativa al pinzamiento de precios basado en los precios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayoristas del servicio en que se basa el servicio minorista de TERRA, esto es, el servicio Megabase. Considera que el Grupo Telefónica ostenta una clara posición de dominio en el mercado mayorista de acceso indirecto en IP, por lo que debería haberse extendido el análisis sobre el abuso de dicha posición, pinzamiento de márgenes, al mercado del servicio Megabase.

2ª.- Sobre la Confidencialidad del análisis de márgenes.

Wanadoo afirma que la Comisión no ha justificado la confidencialidad de las estimaciones de costes y precios que llevan a concluir la no existencia de pinzamientos y que la exclusión de tales datos le impide la defensa efectiva de sus derechos.

3ª.- Sobre los graves errores en que incurre el análisis de márgenes efectuado por la Comisión para detectar el pinzamiento denunciado.

Para Wanadoo el análisis de márgenes realizado incurre en graves errores al *ignorar ciertos elementos de costes, valorar otros con criterios inaceptables y aceptar en ocasiones datos aportados por el Grupo Telefónica sin someterlos al correspondiente análisis crítico.*

Así, considera que deberían haberse publicado los costes recurrentes relacionados con las actividades de red puesto que, de otro modo, no puede apreciarse si estos costes han sido determinados en función de la cuota desmesurada del Grupo Telefónica o para un operador eficiente con una cuota de mercado propia de un mercado competitivo, como ha confirmado el ERG. Por otro lado, en cuanto a los costes generales de comercialización y estructura, entiende que deberían delimitarse con mayor precisión y no estar referidos al precio minorista libremente fijado por TESAU. En relación a los costes de captación del cliente, alega que los costes específicos de publicidad del servicio de ADSL y de cada promoción concreta son una variable esencial para determinar un estrechamiento de márgenes y no parecen incluidos en el análisis efectuado por la Comisión. Asimismo, sostiene que el margen de referencia debería cubrir costes de comercialización y beneficios, lo que tampoco aparece considerado por esta Comisión. Finalmente, señala que la conclusión a que llega la Comisión en relación con la Promoción de TESAU "KIT ADSL USB" sólo puede basarse en una clara subestimación de los costes de producción del servicio.

4ª.- Sobre la prolongación en el tiempo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para la recurrente resulta inaceptable la reducción del periodo tomado en consideración (Navidad de 2003) para apreciar que la oferta de ADSL HOME no tiene efectos anticompetitivos. A su juicio, debía de haberse tenido presente que en el momento de adoptar la resolución impugnada se habían concatenado ya tres promociones diferentes y constatado el *efecto anticompetitivo de la "Promoción de invierno 2003"* en el informe de 22 de junio en el expediente AEM 2004/134.

5ª.- Sobre el análisis del contexto.

Wanadoo sostiene que el análisis del contexto, en que tienen lugar las promociones, realizado por esta Comisión, no está justificado y lleva a conclusiones contrarias al Derecho de la competencia. Alega que resulta irrelevante *"a los efectos de constatar la existencia y efecto de una práctica anticompetitiva, que el operador dominante haya liderado las ofertas o promociones en cuestión o se haya alineado con ofertas existentes en el mercado."* Es más, considera que se debe negar a la empresa dominante dicha facultad de alineación cuando le lleve a aplicar un precio que no cubriría todos los costes relevantes, *"puesto que ello refuerza automáticamente la dominancia existente y debilita estructuralmente el grado de competencia en el mercado."*

TERCERO. Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 6 de septiembre de 2004, se cumplió el trámite de información previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a las entidades interesadas del recurso de reposición interpuesto por la entidad Wanadoo para que alegasen lo que estimasen conveniente.

CUARTO. Con fecha 20 de septiembre de 2004 se recibió en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de Telefónica de España S.A.U. (en adelante TESAU) instando la desestimación del recurso potestativo de reposición interpuesto por Wanadoo.

En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:

1ª.- La resolución impugnada reúne los requisitos de legalidad exigidos por la LRJPAC, y en particular no acusa falta de motivación alguna.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A juicio de TESAU, la pretensión de Wanadoo de que la legalidad exige que se incluyan en la Resolución los datos pertenecientes al ámbito del secreto comercial de las empresas que fueron objeto de la denuncia, no es ajustada a derecho. Es evidente que la Comisión se ha alineado con la práctica comunitaria que considera confidencial todo tipo de información sensible que evidencie el posicionamiento de las empresas denunciadas; y dicha información es ahora la que reclama Wanadoo: datos sobre costes y análisis de márgenes comerciales.

2ª.- La resolución impugnada aplica la normativa y jurisprudencia vigente a la hora de analizar el supuesto pinzamiento de precios que Wanadoo denunció.

Para TESAU, en el caso concreto de su promoción de Navidad de 2004 del Kit ADSL USB, la resolución impugnada realiza un acertado análisis para identificar prácticas de estrechamiento de márgenes. De este modo considera:

i) Que el análisis de costes realizado ha sido exhaustivo y completo: Se detallan todos y cada uno de los costes que el ISP tiene que soportar a partir del precio mayorista. Por ello, el motivo alegado por Wanadoo respecto del pinzamiento sobre el Megabase carece de fundamento, pues lo importante es que se haya tenido en cuenta el coste de acceso indirecto IP, independientemente del nombre comercial que se le de. En cuanto a la pretensión de que se tomen en consideración los costes de Wanadoo para el análisis de *price squeeze*, de acuerdo con la legalidad vigente, no cabe cuestionarse que los costes que han de ser tenidos en cuenta son los del operador al que se imputa la conducta.

ii) Que se ha analizado el contexto y las condiciones de mercado donde se insertan las actuaciones de TESAU: La Comisión ha tenido en cuenta que las actuaciones denunciadas consistían en una promoción limitada en el tiempo (menos de dos meses), respecto de las que no había efecto concatenación, así como que la promoción estaba destinada a estimular la demanda en un período de estacionalidad muy concreto, sin que existiese riesgo de expulsión de los competidores a largo plazo. Por ello, pese a las manifestaciones de Wanadoo, la Comisión ha concluido de forma rigurosa que no concurren los elementos necesarios para apreciar una conducta anticompetitiva en forma de *price squeeze*.

3ª.- Falta de previsión normativa y de proporcionalidad de las medidas que pretende Wanadoo.

La pretensión de la recurrente de que se imponga a TESAU la obligación de reintegrar a Wanadoo los pagos excesivos en interconexión en el periodo de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

promoción denunciada, y de exigirle *que reintegre al menos una cantidad que permita obtener el margen de referencia definido en la OBA del 42%*, carece de la más total y absoluta cobertura legal. Así, TESAU sostiene que no mantiene con la recurrente ninguna relación contractual por servicios de ADSL y que fija sus precios del GigADSL *aplicando estrictamente un porcentaje corrector sobre el concepto de su cuota mensual minorista en los términos exigidos por la Ley*. A su juicio lo que Wanadoo pretende conseguir, es algo que ha sido rechazando sistemáticamente por esta Comisión, esto es, que la referencia del cálculo del *retail minus* para fijar los precios mayoristas del GigADSL incluya como cuotas no recurrentes las promociones.

QUINTO. El día 20 de septiembre de 2004 también se recibió en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de Terra Networks España, S.A.U. (en adelante TERRA) al recurso potestativo de reposición interpuesto por Wanadoo, solicitando su desestimación así como la confirmación en su integridad de la Resolución de 24 de junio de 2004 objeto del recurso.

En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:

1ª.- Sobre la queja de Wanadoo de que la Comisión no resuelve acerca de la existencia de una pinza de precios basada en los precios mayorista del servicio en que se basa el servicio minorista de TERRA, esto es, el servicio Megabase.

TERRA considera que en la resolución recurrida se ha realizado un examen pormenorizado del margen que, *“el precio de los servicios mayoristas de acceso a internet de TESAU, dejan a cualquier ISP para la prestación de sus servicios minoristas de acceso a internet”*. Aunque en ese análisis se parta del servicio mayorista de TESAU, el GigaADSL, la Comisión detalla todos los costes que el ISP tiene que soportar a partir de dicho servicio, entre los que se encuentra *la estimación del coste mensual por usuario correspondiente a la red IP, es decir, el coste de la parte del servicio Megabase que no está incluido en el servicio GigADSL*. Por lo tanto, la Comisión no se limita *a realizar una comparativa coste mayorista/coste minorista para comprobar si existe margen, sino que desarrolla todo un análisis de los costes que debe soportar el ISP*, por lo que este motivo carece totalmente de fundamento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2ª.-En relación con la no inclusión de las estimaciones sobre costes y precios.

TERRA al igual que TESAU entiende que para poder apreciar el estrechamiento de márgenes en una promoción comercial basta con identificar el periodo de amortización de las promociones y el contexto en que se realizan, como lo ha hecho la Comisión en la resolución controvertida (páginas 25 a 31), por lo que no cabe alegar que la resolución recurrida carezca de motivación. Asimismo, considera infundada la alegación de Wanadoo de que la legalidad exige que se incluya en la Resolución los datos sobre costes y análisis de márgenes comerciales, pertenecientes al ámbito del secreto comercial de las empresas denunciadas, puesto que se trata de una información sensible que evidencia el posicionamiento de las empresas denunciadas y que es adecuadamente calificada por la Comisión como confidencial.

3ª.- En cuanto al análisis de Wanadoo sobre “la prolongación del tiempo”.

A juicio de TERRA las apreciaciones de Wanadoo en este sentido no deben ser tenidas en cuenta. De un lado, porque pretende que se analicen actuaciones que son posteriores en el tiempo a la apertura del expediente y, de otro, porque no existía una promoción anterior sobre la que se hubiese cuestionado la *“hipotética existencia de pinzamiento de precios”*. Además, entiende que la promoción de verano de TESAU y las de Navidad a que hace referencia están dirigidas a clientes diferentes y las ofertas de TERRA pretenden *“captar nuevos clientes y no mantener los precios de oferta de los ya captados”*. Concluye señalando que no existe prolongación en el tiempo ya que cada promoción debe ser analizada de forma independiente.

4ª.- Sobre el contexto y las condiciones del mercado donde se insertan las actuaciones de TERRA.

Reproduce en este apartado las consideraciones efectuadas por TESAU en su escrito de alegaciones a las que nos remitimos.

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.- 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.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso 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 el escrito presentado como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 24 de junio de 2004.

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 artículo 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.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero. Sobre la ausencia en la resolución impugnada de un análisis de estrechamiento de precios tomando como referencia el servicio mayorista “Megabase”.

Considera Wanadoo que en la resolución recurrida no se ha realizado el oportuno análisis para detectar la existencia de un posible pinzamiento de precios sobre la oferta mayorista de acceso indirecto en IP, esto es, sobre el producto “Megabase”. A su juicio dicho análisis resulta indispensable dada la clara posición de dominio que ostenta el Grupo Telefónica en ese mercado.

Frente a esta alegación, ha de recordarse, una vez más, que ya en la 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, se acreditaba:

“La existencia de alternativas para la prestación de servicios ADSL mayoristas con conectividad IP, que viene avalada por la constatación de un cada vez mayor despliegue tanto en demarcaciones cubiertas como en porcentaje de población a la que es susceptible de prestar estos servicios”.

Ciertamente, desde el momento en que los operadores alternativos cuentan con otras opciones de suministro a escala nacional el operador verticalmente integrado no tiene incentivos para seguir una estrategia de estrechamiento de precios basada en una combinación de precios del servicio mayorista “Megabase” y del servicio final que deje un margen que impida a un operador eficiente operar de manera rentable. De hecho, en el caso de que el operador verticalmente integrado aplicara una estrategia de este tipo, los operadores alternativos estarían en disposición de no demandar este servicio mayorista ya que dispondrían de alternativas de suministro.

Partiendo de este planteamiento resulta razonable concluir, como ya se hizo en la Resolución de 22 de julio de 2004 ¹, que la existencia de tales alternativas de

¹ Resolución en relación con la denuncia presentada por Wanadoo por la promoción del producto “ADSL HOME” de febrero de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suministro no hace viable ni creíble la implementación de una estrategia de estrechamiento de precios como la explicada.

De ahí, que en la resolución impugnada no se haya realizado tal análisis pues, a partir de la Resolución de 4 de diciembre de 2003, anteriormente referida, en la que se acredita la existencia de alternativas para la prestación de servicios ADSL, tal y como se refleja en el cuadro siguiente, queda descartada esa posibilidad.

Operadores que suministran servicios mayoristas ADSL IP

OPERADOR	Nº demarcaciones cubiertas
TESAU	109
ALBURA	109
Telefónica Data	107
BT IGNITE	89
AUNA	62
COMUNITEL	27
LINCE	24
JAZZTEL	5

Se ha de rechazar, por tanto, este primer motivo de impugnación planteado por Wanadoo.

Segundo.- Sobre la confidencialidad de la información relativa a los costes de los operadores.

La recurrente reprocha a esta Comisión que no haya justificado la confidencialidad de las estimaciones de costes y precios que le lleva a concluir la inexistencia de una práctica anticompetitiva y sostiene que la exclusión de tales datos le impide una defensa efectiva de sus derechos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frente a lo anterior, TESAU y TERRA indican en sus escritos de alegaciones que se trata de una información sensible que evidencia su posicionamiento en el mercado por lo que ha sido adecuadamente calificado como confidencial por esta Comisión.

En este sentido, como ha manifestado la Comisión en reiteradas ocasiones, no existe en el Ordenamiento jurídico español norma jurídica alguna que regule de forma directa y exhaustiva el secreto comercial. A los efectos que aquí interesan, la única regulación se contiene de forma genérica en el artículo 32 del Código de Comercio al establecer que la contabilidad de los empresarios es secreta.

En relación con el concepto de secreto comercial o industrial aplicado al ámbito de las telecomunicaciones, podríamos remitirnos - de forma analógica - al ejemplo que utiliza el artículo 5.1 de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 19982, que establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares, incluyendo dentro del concepto de información amparada por el secreto profesional, en particular, la información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas.

Asimismo, con objeto de identificar las características que definen la información que debe ser calificada como confidencial por afectar al secreto comercial o industrial de las empresas resulta de interés la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de enero de 1997, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CEEA y del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, que desarrolla la práctica de ésta sobre la información confidencial. En la misma se manifiesta, que *“la no comunicabilidad de estas informaciones tiene por objeto garantizar la protección del legítimo interés de una empresa de que determinadas indicaciones estratégicas sobre sus intereses esenciales y sobre la marcha o el desarrollo de sus negocios no sean conocidos por terceros”*, aclarando a continuación, que se consideran indicaciones estratégicas, entre otras, los métodos de evaluación de los costes, las cuotas de mercado, la estrategia comercial, la estructura del precio de coste y la política de ventas.

Hecha esta precisión, ha de hacerse notar que en la resolución impugnada se ha tratado de preservar la confidencialidad de una información de especial

² Según establece el apartado 1 de la disposición transitoria primera de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, las normas dictadas en desarrollo del título II de esta Ley en relación con las autorizaciones y licencias individuales continuarán vigentes hasta que se apruebe la normativa de desarrollo prevista en el artículo 8 de la citada Ley 32/2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

trascendencia por cuanto hace referencia a los costes en que incurre un operador en el desarrollo de su actividad, esto es, de una información que claramente pertenece al ámbito del secreto comercial. De este modo, se ha considerado confidencial:

- Respecto a los costes recurrentes relacionados con las actividades de red: el coste mensual por usuario correspondiente a la red IP, el coste mensual por usuario de los servidores y de la red local interna y el coste mensual por usuario correspondiente a los servicios de acceso a Internet, ya que esta estimación se ha basado en la modelización de una red IP dimensionada eficientemente para un operador como TESAU.
- En lo que respecta a los costes generales de comercialización y estructura: el porcentaje que representan sobre los costes minoristas porque ha sido calculado a partir de los datos de la contabilidad de TESAU.

Sin embargo, a juicio de esta Comisión carece de relevancia la exclusión de los ingresos de referencia ya que se pueden calcular con la información disponible sobre los precios de la oferta de referencia del ADSL.

Puede observarse, por tanto que se ha tratado de preservar que la información más sensible de los operadores interesados en el procedimiento, como es la relativa a los costes y márgenes, no se hiciera pública por ser susceptible de revelar secretos comerciales dignos de protección. Por esta razón, el posible beneficio que obtendría Wanadoo al acceder al contenido de estas estimaciones, carecería de relevancia frente al claro perjuicio que, hipotéticamente, se podría producir sobre la estrategia comercial de los operadores afectados.

Este juicio de proporcionalidad impide apreciar la supuesta indefensión alegada por Wanadoo, pues el conocimiento de esos datos no es compatible con la debida confidencialidad de la estrategia comercial, por lo que procede rechazar este motivo de impugnación.

Tercero.- Sobre los graves errores apreciados en el análisis de márgenes efectuado por esta Comisión a fin de constatar el pinzamiento de precios denunciado por Wanadoo.

Como ha quedado anteriormente expuesto la recurrente considera que las conclusiones a que llega esta Comisión en relación con las promociones a que se refiere la resolución recurrida se han basado en un análisis de márgenes erróneo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frente a esta objeción, cabe señalar que el mecanismo aprobado por Acuerdo del Consejo de 15 de julio de 2004³, para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL, sobre la base del mismo análisis de costes empleado en la resolución recurrida, refrenda las conclusiones alcanzadas por la Comisión respecto a la existencia de un margen insuficiente en las promociones lanzadas por las empresas del Grupo Telefónica, que son objeto de la citada resolución recurrida.

Así, de acuerdo con la metodología diseñada en la Resolución de 15 de julio de 2004 los pasos que se deben seguir son los siguientes:

1. *Se calcula el importe total de la promoción, es decir, la suma de los descuentos o regalos aplicados a una nueva alta, valorados a precio mayorista. Para valorar los descuentos en las cuotas mensuales (en este caso se computan también los eventuales recargos minorando la cuantía de la promoción), se consideran las cuotas aplicadas a lo largo de todo el periodo de recuperación de costes de adquisición respecto de la cuota mensual minorista de referencia.*
2. *Se calcula el importe de la promoción por mensualidad, que se obtiene como el cociente de su importe total entre el número de meses del periodo de recuperación de costes de adquisición.*
3. *Se calcula el porcentaje que dicho importe mensual representa sobre la cuota mensual de referencia (la cuota mensual de referencia es el precio minorista aplicado por TESAU para la modalidad D, empleado en el cálculo retail minus).*
4. *Se analiza si dicho porcentaje supera el porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a promociones. Si lo supera, se considerará que dicha oferta provoca una situación de estrechamiento de márgenes, lo que será tenido en cuenta por esta Comisión a la hora de analizar si existe un comportamiento anticompetitivo.*

Asimismo, en la citada Resolución de 15 de julio de 2004 se señalaba que:

1. *Las ofertas a considerar son las de todas las empresas del Grupo Telefónica, con las características técnicas definidas por la modalidad D incluida en la OBA vigente (256 kbit/s – 128 Kbit/s sin garantía).*
2. *El porcentaje máximo de la cuota mensual minorista destinado a promociones es del 19,6 % para dicha modalidad D, de acuerdo con el retail minus vigente.*
3. *El periodo de recuperación de costes de adquisición se estima en 24 meses.*

De la aplicación de este mecanismo sobre las promociones que constituyeron el objeto de la denuncia por parte de Wanadoo en el marco del Expediente AEM 2003/1632, objeto de la resolución impugnada, resulta que:

1. Estimación del importe total de la promoción.

³ Resolución por la que se desestima la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante Retail Minus.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La promoción del producto ADSL PLUS incluye una cuota mensual de 19,9€ para los cinco primeros meses y 42,04€ para las restantes. Para un periodo de dos años el importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a $(39,07-19,9)*5+(39,07-42,04)*19=38,47$.

La promoción del producto ADSL HOME incluye una cuota mensual de 25,9€ para los cuatro primeros meses y 29,90€ para las restantes. Asumiendo un ingreso mensual por cliente por el tráfico fuera de horario igual a 3€ mensuales, para un periodo de dos años el importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a $(39,07-28,9)*2+(39,07-32,90)*22= 156,08€$.

La promoción del producto “Kit ADSL USB” incluye dos cuotas mensuales gratuitas como máximo. El importe de los descuentos sobre la cuota mensual asciende a $39,07*2=78,14€$.

El regalo de la cuota de alta asciende a 38,10€, mientras que el regalo del módem y de la tarjeta Movistar se han valorado a 25€ y a 38,40€, respectivamente. Por tanto, el importe de las distintas promociones asciende a:

Importe promoción “ADSL PLUS” = $38,47 + 38,10 + 25 - 18 = 83,57€$

Importe promoción “ADSL HOME” = $156,08 + 38,10 + 25 + 38,40 - 18 = 239,58€$

Importe promoción “Kit ADSL USB” = $78,14 + 25 = 103,14€$

2. Estimación del importe mensual de la promoción

Dado que el periodo establecido para la recuperación de los costes de captación del cliente es de dos años, el importe mensual de las promociones asciende a:

Importe mensual promoción “ADSL PLUS” = 3,48€

Importe mensual promoción “ADSL HOME” = 9,98€

Importe mensual promoción “Kit ADSL USB” = 4,30€

3. Estimación del margen de la promoción denunciada

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

Margen de la promoción de “ADSL PLUS” = $3,48/39,07 = 8,9\%$

⁴ Se ha tenido en cuenta que TERRA cobra al cliente 18€ por gastos de envío (tal y como ha señalado en sus alegaciones en el marco del Expediente AEM 2004/1264) y que los costes derivados del envío de terminal al domicilio del cliente ya han sido considerados en la mecanismo diseñado por esta Comisión para analizar la existencia de un práctica de estrechamiento de precios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Margen de la promoción de “ADSL HOME” = $9,98/39,07 = 25,5\%$

Margen de la promoción de “Kit ADSL USB” = $4,30/39,07 = 11,0\%$

4. Valoración del margen de la promoción

Para los productos “ADSL PLUS” y “Kit ADSL USB” el margen de la promociones es inferior al porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a promociones fijado en el 19,6% (8,9% y 11,0%, respectivamente). A la vista de estos resultados se constata que los ingresos derivados de las promociones “ADSL PLUS” y “Kit ADSL USB” permiten cubrir la totalidad de los costes en que debe incurrir un operador eficiente para prestar el servicio de ADSL al cliente final. En otras palabras, las promociones de estos dos productos no constituyen una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de precios.

Por el contrario, la promoción del producto “ADSL HOME” presenta una reducción en el margen de tal magnitud que no permitiría a un operador eficiente replicarla de manera rentable ya que el margen de dicha promoción supera el 19,6% (25,5%).

Por tanto, aplicando el mecanismo que se acaba de exponer se alcanzan las mismas conclusiones respecto de las promociones examinadas que en la resolución impugnada, esto es, se confirma el análisis de márgenes efectuado por la Comisión, por lo que tampoco cabe aceptar este motivo de impugnación.

Por lo que respecta al resto de alegaciones efectuadas por Wanadoo en relación con los costes, esta Comisión entiende que como el análisis de costes empleado en la resolución recurrida es la base del mecanismo diseñado para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios de ADSL, todas las cuestiones relacionadas con la legalidad de tal mecanismo serán analizadas conjuntamente en el marco del recurso de reposición interpuesto contra la citada Resolución de 15 de julio de 2004 por la que se aprueba dicho mecanismo.

Cuarto.- Sobre la duración y concatenación de las promociones.

Para Wanadoo resulta inaceptable que sólo se haya tomado en consideración el periodo “hasta la fecha relevante” (Navidad 2003). Entiende además, que se han concatenado hasta cuatro promociones si se tienen en cuenta las que el Grupo Telefónica, a través de TERRA, ha lanzado en marzo y en junio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, debe recordarse, que en la resolución recurrida se analizan ofertas con una duración delimitada, que tienen lugar en un periodo concreto del año, con unas características particulares, como es la navidad de 2003, por lo que es lógico que se enmarque dentro de esos límites el análisis de las promociones denunciadas y sea este periodo, por tanto, el considerado como fecha relevante.

Por otro lado, cabe precisar en relación con la oferta de TESAU, que no es necesario entrar a valorar si se ha producido tal concatenación de promociones al haberse comprobado en la propia resolución recurrida que dicha promoción es replicable por un operador eficiente. En cualquier caso, la única promoción que había tenido lugar hasta esa fecha, era la otra promoción del “Kit ADSL USB” lanzada por TESAU en verano de 2003, de idénticas características. Por esta razón, no puede concluirse que se haya producido una concatenación de ofertas con márgenes lo suficientemente reducidos como para que constituya una práctica de estrechamiento de precios por parte del Grupo Telefónica.

Respecto a la oferta de “ADSL HOME” lanzada por TERRA en Navidad, de la que si se aprecia la existencia de un pinzamiento de márgenes, ha de tenerse en cuenta que el análisis seguido por esta Comisión ha sido consecuente con el hecho de que tal promoción es la primera en que se aprecia un margen insuficiente, y no existe ninguna promoción anterior de las mismas características, por lo que no puede determinarse en ese momento una incidencia negativa sobre la competencia. Sobre todo, si tenemos en cuenta que en esa fecha la Comisión no se había pronunciado expresamente acerca de la legalidad del resto de ofertas denunciadas a que alude la recurrente. En cualquier caso, esto no ha impedido tomar en consideración dicha promoción de Navidad en expedientes posteriores, con el objeto de valorar la posible concatenación de promociones y sus efectos negativos sobre el desarrollo de la competencia.

En efecto, las ofertas señaladas por Wanadoo han provocado la apertura de una serie de procedimientos (Expediente 2004/314, Expediente 2004/1024 y posteriormente el Expediente 2004/1264), en los que se ha analizado el margen de las promociones y su posible concatenación, tal y como se muestra en la tabla siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Actuación de la CMT (promociones del “ADSL HOME”)

Expediente	Descripción Promoción	Argumentos	Resolución
AEM 2004/314	ADSL HOME Marzo '04 Cuota de Alta y MODEM USB gratuito 3 primeras cuotas mensuales a 27,9 euros (resto a 29,9 euros) Regalo de una micro-cámara digital Duración: Del 11/2/2004 hasta el 15/3/2004	A la vista de la concatenación por parte de TERRA de promociones con un margen insuficiente para que un operador eficiente opere de manera rentable en el mercado esta Comisión concluye que la promoción objeto del presente expediente constituye una práctica anticompetitiva basada en un estrechamiento de precios.	Se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador. Se impone a TERRA la obligación de cesar en el lanzamiento de promociones similares, que no puedan ser replicadas de forma rentable por un operador alternativo eficiente en los términos expresados en la Resolución. (Resuelto: 22/7/2004)
AEM 2004/1024	ADSL HOME Verano 2004 I Cuota de Alta y MODEM USB gratuito 4 primeras cuotas mensuales a 14,95 euros (resto 29,9 euros) Duración: Del 24/5/2004 hasta el 12/7/2004	La promoción presenta una reducción en el margen de tal magnitud que no permitiría a un operador eficiente replicarla de manera rentable. Se ha producido una concatenación en el periodo señalado, por parte de TERRA, de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente. En concreto, TERRA ha lanzado de manera repetida promociones del producto “ADSL HOME” con margen insuficiente.	Adopción de medidas cautelares (8/7/2004) Se impone a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le haya notificado la presente resolución, impidiéndose la comercialización de este producto en las condiciones establecidas en la promoción. (Resuelto: 11/11/2004)
AEM 2004/1264	ADSL HOME Verano 2004 II Cuota de Alta y MODEM USB gratuito 3 primeras cuotas mensuales a 27,9 euros (resto a 29,9 euros) Duración: Del 13/7/2004 hasta el 13/8/2004	El margen de la promoción supera el porcentaje máximo de la cuota mensual destinado a promociones fijado en el 19,6%. Se ha producido una concatenación en el periodo señalado, por parte de TERRA, de promociones con un margen insuficiente para un operador eficiente.	Adopción de medidas cautelares (28/7/2004) Se impone a TERRA, en sede cautelar, el cese de la promoción del producto “ADSL HOME” a partir del día siguiente en que se le haya notificado la presente resolución, impidiéndose la comercialización de este producto en las condiciones establecidas en la promoción. Asimismo se impide a TERRA regalar el módem y la cuota de alta, y fijar la cuota mensual en 29,9€ con el objeto de comercializar el producto “ADSL HOME”. (Resuelto: 11/11/2004) Se acuerda la apertura de información previa por el posible incumplimiento por parte de TERRA de las medidas cautelares impuestas en el marco del Expediente AEM 2004/1024.

A la vista de lo anterior, no procede tampoco admitir las alegaciones vertidas por la recurrente en el presente motivo de impugnación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Sobre el análisis del “contexto” en que tiene lugar las promociones denunciadas.

Wanadoo sostiene en su escrito de impugnación que el análisis de este contexto no está justificado y lleva a conclusiones contrarias al Derecho de la Competencia. En particular señala, que si la empresa que lleva a cabo el pinzamiento es dominante, el efecto competitivo se produce “*per se*”, como recoge la doctrina de la Comisión Europea en el asunto *Deutsche Telekom*⁵

Frente a este argumento, las operadoras denunciadas apoyándose en la misma Decisión, sostienen que “*la Comisión Europea siempre ha identificado como un elemento esencial la plausibilidad de la conducta para producir la expulsión de los competidores*”. A tal efecto, se cita el siguiente párrafo de la citada Decisión:

“(...) el abuso está suficientemente demostrado, desde un punto de vista jurídico, cuando una empresa en posición dominante realiza de forma duradera y planificada ventas con pérdidas que, debido a su volumen y naturaleza tienen la finalidad económica de eliminar a otros competidores de un mercado común (...)”

En este sentido, se manifiesta la resolución impugnada cuando considera que para poder valorar si una práctica de *price squeeze* tiene el efecto de debilitar la competencia e incluso provocar la salida de competidores, es preciso determinar la duración y la posible concatenación de promociones con efectos anticompetitivos así como, el contexto o situación de competencia en que se producen dichas promociones y el posible efecto fidelizador de las mismas. Ello se debe, básicamente, a que se trata de ofertas limitadas en el tiempo que por si mismas no pueden provocar la expulsión de los competidores. Esto es, a diferencia de los comportamientos analizados por la Comisión Europea, con largos efectos en el tiempo, donde el pinzamiento constituye por si mismo un comportamiento anticompetitivo, en nuestro mercado la existencia de una promoción con margen insuficiente no basta para presumir que se está utilizando la política de precios para eliminar a los competidores y favorecer su posición en el mercado. Para ello hace falta, como se señala en la propia Decisión de la Comisión Europea, una estrategia planificada y duradera que únicamente podrá apreciarse cuando se lancen varias promociones consecutivas con márgenes insuficientes o, al menos, cuando exista una anterior de las mismas características, lo que evidentemente justifica la

⁵ Decisión *Deutsche Telekom AG*, OJ 2003 L263/03.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesidad de examinar el contexto en que tienen lugar las promociones denunciadas.

Pues bien, en la resolución recurrida se comprueba, como ha quedado anteriormente expuesto, que no hay concatenación de promociones con margen insuficiente y, por tanto, no se puede concluir que esta estrategia haya sido lo suficientemente prolongada y reiterada en el tiempo como para tener efectos negativos sobre la competencia. Además, tales promociones han tenido 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. Se trata de decisiones estratégicas adoptadas por los operadores a fin 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 otros periodos normales del año.

En definitiva, el análisis conjunto de todos los factores considerados por esta Comisión le permite llegar a la conclusión de que la promoción del producto “ADSL HOME” no constituye una estrategia anticompetitiva, pese a que dicha promoción presenta un margen insuficiente para un operador alternativo, por varias razones : i) la ausencia de lanzamiento repetido de promociones con estas características (esta promoción es la primera con margen insuficiente), ii) el contexto en que tiene lugar (caracterizado por una intensificación de la competencia) y iii) la inexistencia de efecto fidelizador. Esto es, con la evidencia recabada hasta la fecha relevante no se puede concluir que el Grupo Telefónica esté lanzando esta promoción con el objeto de reforzar su posición dominante y abusar de ella.

Por todo ello, se han de rechazar las alegaciones realizadas por Wanadoo en el presente motivo del recurso y, por consiguiente, se confirma el contenido de la Resolución en este aspecto.

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad Wanadoo España, S.L. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 24 de junio de 2004, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU por la promoción de navidad de la oferta "KIT ADSL-USB", por estar plenamente ajustada a derecho.

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

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real