



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 10/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de marzo de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE LA PROMOCIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. PARA LOS NUEVOS CLIENTES QUE CONTRATEN UNA LÍNEA INDIVIDUAL RTB O UN ACCESO BÁSICO RDSI CONSISTENTE EN UN DESCUENTO DEL 100% DEL IMPORTE DE LOS 120 PRIMEROS MINUTOS DE LAS LLAMADAS METROPOLITANAS**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de diciembre de 2004, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) un escrito remitido por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, TESAU) por el que, en virtud del punto 1.4 del Anexo 1 de la Orden PRE/3103 de 5 de noviembre de 2003, se comunica a esta Comisión su intención de aplicar, a los nuevos clientes que contraten una Línea Individual RTB o un Acceso Básico RDSI, un descuento del 100% en el importe de las llamadas metropolitanas con una duración máxima de 120 minutos (incluidos el establecimiento de la comunicación), excepto llamadas a números 908 y de Red Inteligente, hasta el 31 de diciembre de 2005, realizadas de líneas a domingo, las 24 horas del día, aplicable a las líneas objeto de la promoción. El tiempo que exceda de los primeros 120 minutos de cada llamada se facturará de acuerdo con las tarifas vigentes.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los clientes se beneficiarán de dichos descuentos siempre y cuando contraten la nueva línea entre el 26 de enero de 2005 y 14 de febrero de 2005, ambos inclusive.

**SEGUNDO.-** Esta Comisión impuso, mediante Resolución de 20 de enero de 2005, la paralización, en sede cautelar, de la aplicación del descuento del 100% del importe de las llamadas metropolitanas con una duración máxima de 120 minutos (incluido el establecimiento de la llamada) para los clientes nuevos que contraten una Línea Individual RTB o un Acceso Básico RDSI, con el fin de poder determinar si se está ante una situación empaquetamiento anticompetitivo que cierra el mercado a los competidores y su efecto negativo sobre la competencia.

**TERCERO.-** Con fecha 14 de febrero de 2005 esta Comisión procedió a comunicar mediante escrito a TESAU el inicio del trámite de audiencia, incluyendo en dichos escritos una serie de consideraciones, con el objeto de que pudiera el interesado tenerlas en cuenta al cumplimentar dicho trámite.

**CUARTO.-** Con fecha 1 de marzo de 2005, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de TESAU en el que se exponían sus alegaciones. Éstas se han reproducido y contestado a lo largo de la presente resolución.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, en adelante), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Además, el artículo 11.4 de la Ley 32/2003 dispone que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3". Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley 32/2003 recoge los objetivos cuya consecución, de conformidad con el mencionado artículo 11.4., debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos "fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras".*

Asimismo, entre las funciones que la Ley 32/2003 otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.3 e), la de *"adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios..."*.

Por otra parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adecuará sus actuaciones a lo previsto en la en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LJPAC). Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la mencionada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene encomendadas.

## **II RESPECTO A LOS MERCADOS AFECTADOS POR LAS CONDUCTAS DEL GRUPO TELEFÓNICA Y SU POSICIÓN EN LOS MISMOS**

### **II.1 Mercado de referencia afectado**

En primer paso, a la hora de analizar presuntas conductas contrarias a la libre competencia por parte de un operador dominante, es determinar el mercado de referencia. En este sentido, de acuerdo con la normativa y consolidada jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, los mercados de referencia han de ser definidos caso por caso.

Por ello, de cara a evaluar si una determinada empresa disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, *"...de una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*instancia, de los consumidores*”<sup>1</sup>, la labor de definición del mercado afectado reviste una importancia esencial, puesto que la existencia de competencia efectiva sólo puede ser examinada por referencia a un mercado específico que debe ser previamente definido.

A este respecto, cabe tener en cuenta que la determinación del mercado de referencia no es un fin en sí mismo, sino que forma parte del proceso de evaluación del poder económico que ostenta una determinada empresa en ese mercado particular, así como de su capacidad para controlar el desarrollo de la competencia en el seno del mismo<sup>2</sup>.

De acuerdo con el Derecho de la Competencia, el mercado de referencia debe comprender la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideran sustituibles en razón de su precio, características o uso. Por tanto, el mercado de referencia a considerar en el presente procedimiento vendrá determinado por las posibilidades reales de sustitución, teniendo en cuenta las prestaciones obtenidas y el precio, todo ello referido a un ámbito geográfico determinado.

### II.1.1 Mercado de producto

De acuerdo con la normativa y la jurisprudencia comunitarias, el criterio más importante de definición del mercado de producto relevante es la intercambiabilidad de la demanda, aunque también habrá que tener en cuenta la intercambiabilidad de la oferta y la competencia potencial.

La Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 22 de agosto de 1998 (en adelante, “Comunicación de Acceso”) define el mercado de productos o servicios de referencia como aquél que *“comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*. Así, se considerará que los diferentes servicios de telecomunicaciones son sustituibles si presentan un grado suficiente de intercambiabilidad para el usuario final, lo que significa que puede desarrollarse una competencia efectiva entre los diferentes prestadores de tales servicios.

En el presente contexto, esta Comisión considera que las conductas realizadas por el Grupo Telefónica a las que se hace referencia se desarrollan, por las

---

<sup>1</sup> Caso 27/76 United Brands v. Comisión.

<sup>2</sup> Asunto C-242/95: GT-Link, apartado 36.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razones que se apuntarán, en el mercado de acceso a la red telefónica pública conmutada y en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público.

El mercado de acceso a la red telefónica fija ha de ser definido como el servicio consistente en el suministro al cliente de un punto de terminación de red fijo que le permita a éste el acceso a la red telefónica pública conmutada.

La falta del mencionado acceso o la provisión restringida de dicho acceso supone para el cliente la imposibilidad de acceder al servicio telefónico fijo, consistiendo un mercado claramente diferenciado en tanto que no existen alternativas para los clientes. Así, no se encuentra para el presente caso sustituibilidad de la demanda con otros servicios distintos que satisfagan la misma necesidad específica del cliente, siendo precisamente en el acceso donde la competencia tiene mayores dificultades para establecerse sin que pueda considerarse que los usuarios dispongan por el momento de alternativa sustitutiva real y válida.

El servicio telefónico fijo incluye, a los efectos que aquí interesan, tanto el prestado por operadores como el prestado a través de revendedores del servicio telefónico, en tanto que son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda. En efecto, los clientes considerados en sentido amplio pueden solicitar la prestación del servicio telefónico a los operadores directamente habilitados para ello o a los revendedores que a su vez lo adquieren de éstos. El cliente decidirá entre uno u otro en función de las distintas características del servicio y, singularmente, del precio, que ofrezca cada uno de ellos.

En conclusión, los mercados de referencia considerados en el presente procedimiento están constituidos por el mercado nacional de acceso a la red telefónica fija y por el mercado nacional del servicio telefónico fijo disponible al público.

### *II.1.2 Mercado geográfico*

Según jurisprudencia consolidada y tal como pone de manifiesto la Comisión Europea en las Directrices<sup>3</sup> en el párrafo 56, *“el mercado geográfico pertinente comprende un área en la cual las empresas afectadas participan en la oferta y la demanda de los productos o servicios pertinentes, las condiciones de*

---

<sup>3</sup> Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2002/C 165/03).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*competencia son similares y puede distinguirse de las zonas vecinas por ser considerablemente distintas de las condiciones de competencia prevalentes”.*

En el contexto de los criterios utilizados tradicionalmente por las autoridades de competencia para determinar el alcance geográfico del mercado de referencia es preciso valorar las condiciones competitivas en el mercado en cuestión a cuyos efectos se tendrán en cuenta entre otros<sup>4</sup>:

- La zona cubierta por una red. En el caso de los servicios minoristas de acceso, la existencia de una oferta mayorista regulada mediante la Oferta del Bucle del Abonado hace que, no puedan distinguirse ámbitos geográficos inferiores al nacional;
- Existencia de instrumentos legales. Respecto a este criterio cabe decir que la práctica totalidad de la regulación existente en estos mercados y en sus mercados mayoristas conexos, se aplica de forma homogénea en la totalidad del territorio nacional.

Por tanto, no cabe considerar la existencia de zonas geográficas más reducidas que ésta en las que, eventualmente, pudieran detectarse condiciones de competencia diferentes. Así, el mercado geográfico de referencia es nacional.

En el presente Expediente ha de considerarse el comprendido por el territorio nacional en su conjunto, en tanto que los agentes presentes en los mercados de producto pueden competir entre sí en todo el territorio nacional, sin diferencias sustanciales en las características de la demanda en el mismo y con sujeción además a una misma normativa. De esta forma y a los efectos que aquí interesan, puede afirmarse que las condiciones de competencia son similares en todo el territorio nacional y, por tanto, éste ha de ser el mercado geográfico considerado.

### ***II.2 Evaluación del poder de mercado ostentado por TESAU en los mercados de referencia considerados***

#### ***II.2.1 Posición de TESAU en el mercado de acceso a la red telefónica pública conmutada***

El mercado de acceso se ha caracterizado en los últimos años por el estancamiento pasando su crecimiento desde 2,5 por 100 en 2000 y 2001, a

---

<sup>4</sup> Ver párrafo 59 de las citadas Directrices.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una tasa prácticamente nula en 2002 y 2003 y a una tasa de **[confidencial: ]** en el tercer trimestre del 2004 con respecto al 2003. La tecnología predominante continúa siendo la de las redes telefónicas tradicionales, si bien el número de accesos comercializados por los operadores de cable ha seguido creciendo. El número de clientes de estos operadores ha ascendido aproximadamente a 1,7 millones en el tercer trimestre del 2004, lo que representa casi el 13% del total de clientes de acceso directo.

En este contexto, TESAU mantiene una cuota de mercado elevada, que como se observa en la tabla siguiente, es superior al **[confidencial: ]** en términos de ingresos y al **[confidencial: ]** por clientes en el tercer trimestre del 2004.

	2001		2002		2003		Confidencial: 3 Trim. 2004	
	Ingresos	Clientes	Ingresos	Clientes	Ingresos	Clientes	Ingresos	Clientes
Telefónica de España	97,79%	94,63%	95,18%	91,64%	93,43%	88,97%		
Grupo Auna	0,55%	1,53%	1,66%	3,15%	1,58%	3,97%		
Grupo Ono	0,97%	2,26%	1,92%	3,31%	2,83%	4,02%		
Euskaltel	0,14%	0,24%	0,28%	0,54%	0,67%	0,99%		
Otros	0,55%	1,34%	0,96%	1,36%	1,49%	2,05%		

Fuente: Datos del documento de análisis del servicio minorista de acceso directo a la red telefónica pública desde una ubicación fija e Informe Trimestral, CMT.

Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado elevadas (superiores al 50%) atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante<sup>5</sup>. La tabla anterior también muestra las importantes diferencias existentes entre TESAU y el resto de sus competidores, con una cuota 20 veces superior a su competidor directo, aspecto relevante para analizar la posición de una empresa en el mercado<sup>6</sup>.

Adicionalmente, puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene una posición dominante si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo<sup>7</sup>. La evolución de la cuota de mercado de TESAU a lo largo de los últimos años, si bien muestra un descenso, es claramente superior al umbral del 50% establecido por la jurisprudencia europea.

El análisis de otros criterios utilizados por las autoridades de competencia para medir la capacidad de una empresa para comportarse en medida apreciable con independencia de sus competidores, clientes y consumidores, no cambia de forma sensible las conclusiones anteriores:

<sup>5</sup> Asunto C-62/86, AKZO contra la Comisión.

<sup>6</sup> Asunto Nederlandsche Baden-Industrie Michelin contra la Comisión.

<sup>7</sup> Asunto Hoffmann-La Roche contra la Comisión.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Envergadura global de la empresa. Tanto TESAU como el grupo empresarial al que pertenece figuran entre las mayores empresas del país;
- Poder compensatorio bajo o inexistente de la demanda. La demanda de estos servicios está, en general atomizada, lo que provoca diferencias entre el tamaño de los consumidores y TESAU importante y, en consecuencia, que la demanda cuente con un poder de negociación bajo;
- Acceso privilegiado a los mercados de capital. El Grupo Telefónica tiene un peso importante en el mercado español de capitales, lo que le facilita el acceso a recursos financieros en condiciones más ventajosas que sus competidores;
- Economías de escala y alcance. Las diferencias en cuotas de mercado indican que TESAU disfrutará de unos costes medios inferiores a los de sus competidores. Asimismo, su presencia en diferentes mercados de telecomunicaciones le permite beneficiarse de economías de alcance elevadas;
- Integración vertical. TESAU es un operador verticalmente integrado, contando entre sus activos mayoristas con una red de acceso no reproducible fácilmente.

Por todo lo anterior, debe concluirse que TESAU es un operador dominante en el mercado de acceso a la red telefónica pública conmutada.

### *II.2.2 Posición de TESAU en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público*

El servicio telefónico fijo experimentó durante el periodo 2001-2003 un decrecimiento en el número de minutos cursados provocado por la migración de tráfico desde clientes de acceso a Internet conmutado a accesos de banda ancha, también se añade el hecho de que los servicios móviles han captado parte del tráfico fijo. Como consecuencia de esta evolución, se han reducido igualmente los ingresos totales del mercado y el ingreso medio por línea.

	2001	2002	Evolución 2001-2002	2003	Evolución 2002-2003
<b>Ingresos</b>	6.041,74	5.540,24	-8,30%	5.089,55	-8,13%
<b>Minutos</b>	119.964	126.577	5,51%	113.107	-10,64%

Fuente: Datos del documento de análisis del servicio minorista de acceso directo a la red telefónica pública desde una ubicación fija, CMT.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este contexto, TESAU mantuvo una cuota de mercado elevada, que como se observa en la tabla siguiente, al final del tercer trimestre del año 2004 es superior al **[confidencial: ]** en términos de ingresos, siendo esta cuota superior en 10 veces a la de su inmediato competidor.

	<b>Confidencial: Cuota por ingresos 3 trimestre 2004</b>
Telefónica de España	
Auna Telecomunicaciones	
Grupo Ono	
Uni2 Telecomunicaciones	
Jazz Telecom	
Comunitel Global	
BT Ignite España	
Euskaltel	
Resto	

Fuente: Informe Trimestral, CMT

Asimismo, los argumentos expuestos anteriormente sobre la evaluación de los criterios adicionales son aplicables al caso del mercado de tráfico telefónico, con lo que debe concluirse que TESAU es operador dominante en este mercado.

### **Las consecuencias de ostentar posición de dominio en el mercado de referencia. Prohibición de su abuso.**

Tal y como se ha reiterado tantas veces por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y decisiones de las autoridades competentes en materia de defensa de la competencia, la posición de dominio no es en sí objeto de sanción, pero de ella se deriva la imposición a la empresa que la ostenta unas particularidades en cuanto a su ámbito de actuación. Dichas particularidades se concretan básicamente en que no resultan admisibles comportamientos de la misma que no plantearían objeción alguna en caso de ser ejecutados por empresas sin dicha posición de dominio. Así, el Tribunal de Justicia de la CE (en lo sucesivo, TJCE), ha establecido que incumbe a la empresa en posición dominante una responsabilidad particular, la de no perjudicar una competencia efectiva y no distorsionada (sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461).

En suma, las empresas en posición de dominio tienen una especial responsabilidad de que sus actuaciones y comportamientos no perjudiquen la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posibilidad de una competencia efectiva, resultando inadmisibles en consecuencia tales actuaciones aun cuando serían aceptables en empresas que no ostentaran dicha posición.

En cualquier caso no es necesaria la existencia de culpa o intencionalidad por parte de la empresa en posición de dominio, tal y como recoge la reseñada sentencia del TJCE *British Gypsum*, «este Tribunal recuerda que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo (sentencia *Hoffmann-La Roche*, antes citada, apartado 91) y que, por tanto, el comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 86 del Tratado CEE, al margen de cualquier culpa.

### **III ANÁLISIS DE LA CONDUCTA REALIZADA POR TESAU EN EL MARCO DE LA PROMOCIÓN PARA LOS NUEVOS CLIENTES QUE CONTRATEN UNA LÍNEA INDIVIDUAL RTB O UN ACCESO BÁSICO RDSI CONSISTENTE EN UN DESCUENTO DEL 100% DEL IMPORTE DE LOS 120 PRIMEROS MINUTOS DE LAS LLAMADAS METROPOLITANAS**

La Comisión Europea consideró en el caso Microsoft<sup>8</sup>, que para que un empaquetamiento sea ilícito deben darse las siguientes circunstancias:

- Existencia de dos mercados separados: en otro caso, existiría un único producto y no podría darse una venta empaquetada;
- La empresa debe ser dominante en el mercado que se empaqueta (en el mercado del producto empaquetado no es necesario): esta condición asegura que los empaquetamientos anticompetitivos conlleven una extensión de posición de dominio;
- La empresa dominante no ofrece la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete;
- El empaquetamiento cierra el mercado a la competencia.

De esta forma, el análisis del producto propuesto por TESAU debe determinar si se cumplen las anteriores previsiones. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia *Tetra Pak International SA/ Comisión*<sup>9</sup>, consideró que *“aun en el caso de que la venta asociada de dos productos sea conforme a los usos mercantiles o existe un*

---

<sup>8</sup> Véase Asunto C-3/37.792.

<sup>9</sup> Véase Asunto C 333/94.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*vínculo natural entre los dos productos de que se trate, dicha venta puede sin embargo constituir un abuso a efectos del artículo 86, salvo si resulta objetivamente justificada*". Por tanto, no sería suficiente que, en el caso de existir una venta empaquetada ilícita, se estuvieran comercializando productos similares en el mercado.

TESAU, en sus alegaciones considera que la promoción "Alta de línea individual + descuento del 100% en llamadas metropolitanas" no es una conducta que pueda analizarse desde la perspectiva de la doctrina *antitrust* del empaquetamiento. La conducta analizada se ajusta más a una mera promoción puntual en el tiempo y no a una relación de trato sucesivo en el tiempo con carácter permanente.

El hecho de vender conjuntamente el servicio de acceso y el servicio de tráfico metropolitano y que éste sea limitado en el tiempo no implica que no se esté incurriendo en venta de un producto empaquetado. Así, la venta de un paquete puede estar o no limitado en el tiempo. Esto es, el hecho de que sea una oferta puntual en el tiempo no impide que se analice el producto como un paquete. Por lo tanto, este hecho no debe impedir que esta Comisión aplique la doctrina del Derecho de la Competencia del empaquetamiento.

En definitiva, de las cuatro previsiones anteriores, las dos primeras se cumplen. Así, se ha constatado la existencia de dos mercados claramente separados, esto es, el mercado de acceso y el mercado de tráfico telefónico.

Por otra parte, se ha constatado que TESAU posee posición de dominio tanto en el mercado de acceso como en el mercado de tráfico telefónico. Si bien, para este análisis solo es necesario probar la posición de dominio en el mercado de acceso, en el cual, TESAU ostenta una clarísima posición de dominio.

Las otras dos circunstancias necesarias para incurrir en un empaquetamiento ilícito se analizan a continuación.

### a) Sobre la imposibilidad de contratar el servicio fuera del paquete

Una de las circunstancias para considerar un empaquetamiento de ilícito o anticompetitivo es que la empresa dominante no ofrezca la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete. Este no es el caso de la promoción que se propone, que sí permite comprar el acceso separadamente del tráfico telefónico.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, en el caso Tetra Laval<sup>10</sup>, el Tribunal de Europeo de Justicia consideró que la extensión de la posición de dominio puede realizarse mediante dos tipos de prácticas: primero, mediante la venta empaquetada de los productos afectados y comercializados por la empresa dominante. Segundo, ofreciendo incentivos, tales como precios predatorios, guerras de precios o descuentos fidelizadores. Los últimos serían constitutivos de abuso de posición dado que no están justificados de forma objetiva.

En esta línea, el Tribunal de Primera Instancia recordaba en su *Sentencia de 1 de abril de 1993, asunto BPB INDUSTRIES PLC Y BRITISH GYPSUM LTD contra Comisión*, que:

*«Como ya ha tenido oportunidad de declarar el Tribunal de Justicia, el hecho de que una empresa que ocupa una posición de dominante en un mercado vincule a los compradores, aunque sea a instancia de éstos, mediante una obligación o promesa de abastecerse, respecto a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente de dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante (...) (sentencia Hoffmann-LaRoche...; sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p.I-2259, apartado 149)».*

Es así que no se puede considerar que exista empaquetamiento, dado que puede adquirirse el acceso separadamente del tráfico. No obstante el regalo de las llamadas metropolitanas podría producir, como se analiza en líneas posteriores, un efecto fidelizador sobre el consumidor que, tratándose de un operador dominante, resulta anticompetitivo de acuerdo con la jurisprudencia citada.

Según los datos disponibles en esta CMT, los minutos de llamadas metropolitanas representan más de la mitad del total de las llamadas nacionales, multiplicando por cuatro el número de minutos de llamadas interprovinciales, que son las segundas más frecuentes.

Porcentaje que representa cada tipo de llamadas en número de minutos

	2000	2001	2002	2003
Metropolitano	59,19%	59,14%	57,01%	54,14%
Provincial	11,62%	12,53%	14,28%	14,33%
Interprovincial	15,71%	14,54%	14,30%	14,79%
Internacional	3,62%	3,88%	3,86%	4,66%
A móviles	9,86%	9,91%	10,54%	12,09%

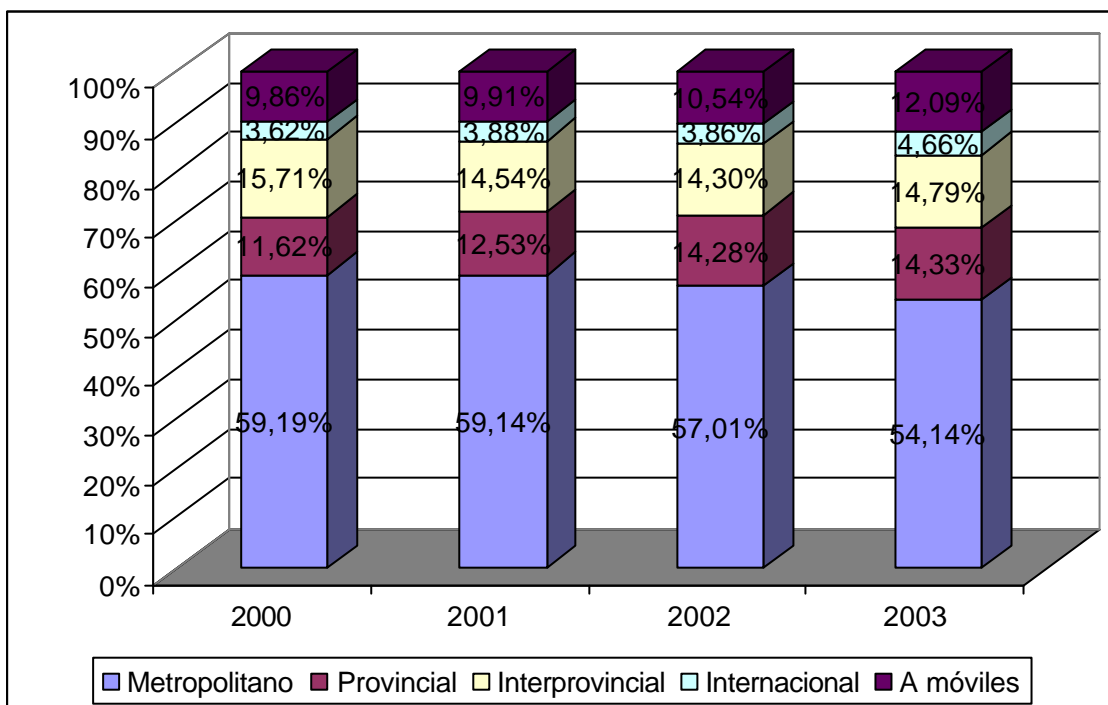
Fuente: CMT

<sup>10</sup> Párrafo 217-218, Asunto T-5/02, Tetra Laval contra Comisión.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráficamente se puede apreciar mucho mejor cómo las llamadas metropolitanas representa un porcentaje muy elevado del total de las llamadas que realiza un usuario medio.



Fuente: CMT

En términos de ingresos, las llamadas metropolitanas siguen representando la parte más importante entre las llamadas nacionales, aunque por detrás de los ingresos de las llamadas a móviles (véase la siguiente tabla). Los ingresos de llamadas a móviles representan un porcentaje muy importante, no obstante, es debido principalmente al elevado precio que tienen estas llamadas con respecto a las restantes, puesto que como se ha visto anteriormente las llamadas metropolitanas son las que más minutos representan.

Porcentaje que representa cada tipo de llamadas en términos de ingresos

	2000	2001	2002	2003
Metropolitano	22,72%	24,60%	23,77%	24,40%
Provincial	9,55%	8,31%	8,15%	7,95%
Interprovincial	17,02%	16,43%	14,68%	14,12%
Internacional	13,54%	16,27%	13,56%	12,63%
A móviles	37,16%	34,38%	39,84%	40,90%

Fuente: CMT



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estos datos indican que, para un consumidor medio, una rebaja o descuento en las llamadas metropolitanas suponen un gran ahorro, resultando muy atractivas, ya que las llamadas metropolitanas tienen un peso relativo muy importante en la cesta de llamadas.

Además, hay que tener en cuenta que, aunque la oferta de TESAU tiene un periodo promocional limitado, desde el 26 de enero al 14 de febrero, sin embargo, para el cliente que se acoja a dicha oferta se aplicaría todo el año 2005. Esto supone que la oferta de TESAU estaría vinculando al cliente con la operadora dominante en un periodo de más de diez meses, creando así una relación fidelizadora.

Así, es innegable que el descuento del 100% en las llamadas metropolitanas es tan atractivo que ningún consumidor podría rechazar tal oferta, creando además un efecto fidelizador en el conjunto de los servicios de tráfico telefónico.

En conclusión, TESAU estaría extendiendo su posición de dominio en el mercado de acceso y en el mercado de tráfico mediante incentivos, con descuentos tan atractivos para el cliente final que provoca, de facto, que el cliente nunca considere la posibilidad de contratar el producto empaquetado por separado, y por tanto, evitando que se provea con operadores distintos de TESAU.

### b) Sobre el cierre del mercado a la competencia debido al empaquetamiento

La cuestión fundamental consiste en analizar si un operador que solo ofrece servicios en el mercado de tráfico telefónico es capaz de emular o replicar la promoción de TESAU. Dado que hoy en día, la vinculación de acceso y servicio telefónico por parte de un operador alternativo sin red de acceso solo sería posible mediante la desagregación del bucle, parece que no resulta fácilmente emulable el paquete que ofrece TESAU por parte de los operadores alternativos. En este sentido, cabe decir que los bucles totalmente desagregados suponen una proporción reducida del total de accesos en servicio (a noviembre de 2004 se contabilizaron en 70.836 bucles totalmente desagregados sobre un total de más de 17 millones de accesos instalados), circunstancia ésta que no parece probable que vaya a cambiar en un futuro inmediato. Por lo tanto, un operador alternativo no puede emular la oferta de TESAU.

Incluso para el caso de que un operador alternativo haya desagregado bucle la oferta de TESAU no es emulable. Un operador alternativo sin red propia que quiera emular la oferta de TESAU necesita adquirir el servicio mayorista de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bucle totalmente desagregado para dar el servicio de acceso y además proveer de forma gratuita las llamadas metropolitanas.

El alquiler del bucle totalmente desagregado, como se puede ver en la siguiente tabla, tiene un coste de 12,32 euros/mes. El descuento del 100% de las llamadas metropolitanas supone para el operador alternativo un coste de 1,31 euros/mes, cálculos basados en la interconexión por capacidad suponiendo una ocupación media del circuito del 50% y manteniendo el patrón de consumo actual. En definitiva, el acceso mas las llamadas metropolitanas, supone para el operador alternativo un coste de 13,63 euros/mes.

Sin embargo, la cuota mensual de la línea individual de TESAU, que incluye el servicio de acceso y las llamadas metropolitanas gratuitas tiene un precio de 13,43 euros/mes.

	euros/mes
Coste bucle desagregado	12,32
Coste llamadas metropolitanas	1,31
Total costes de operador alternativo para replicar oferta de TESAU	13,63
Precio de la oferta de TESAU (cuota de abono mensual de la Línea Individual, incluyendo llamadas metropolitanas gratuitas)	13,43

Fuente: OBA, catálogo de precios de TESAU y estimaciones propias

Esto indica que un operador alternativo eficiente ofreciendo el servicio de llamadas basada en la interconexión por capacidad, no podría replicar la oferta de TESAU con los servicios mayoristas que están disponibles actualmente. Por lo tanto, un operador alternativo no puede emular la oferta conjunta de acceso y tráfico metropolitano que pretende comercializar TESAU, lo que supone el cierre de mercado para estos operadores alternativos.

En este sentido, TESAU, en sus alegaciones, considera que la promoción “Alta de línea individual + descuento del 100% en llamadas metropolitanas” no genera un efecto de cierre de mercado. Según TESAU, actualmente existen mecanismos tanto de preasignación como de selección de llamada a llamada, que permitiría a los clientes que se dieran de alta en esta promoción poder realizar el resto de llamadas (llamadas no metropolitanas desde ubicación fija) a través de otros operadores beneficiándose éstos de los ingresos que esas llamadas les reportaran.

Es decir, TESAU interpreta esta oferta como una posibilidad para el resto de operadores, básicamente los de acceso indirecto, de crecer en cuanto al número de líneas preasignadas y el resto de tráfico no metropolitano, siendo





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

este un efecto neto procompetitivo que no puede desdeñarse en el análisis de esta conducta del grupo Telefónica. Así, según TESAU, su única pretensión es intentar que en el mercado de la telefonía fija en el que se encuentra compitiendo numerosos operadores y que está en una situación de estancamiento, se produzca cierto crecimiento, o al menos se minore la posible canalización que esta sufriendo por parte de la telefonía móvil.

Como se ha señalado, ni con la interconexión por capacidad, los operadores alternativos podrían emular la oferta de tráfico. A este efecto cabe recordar que TESAU ostenta una posición de dominio en el mercado de tráfico fijo, por lo tanto no parece probable que los operadores alternativos pudieran captar gran parte de los ingresos por el tráfico no metropolitano generados por los nuevos usuarios, sino que probablemente sea TESAU el que obtenga la mayor parte de los ingresos, reforzando su posición de dominio tanto en el mercado de tráfico como en el mercado de acceso, donde ostenta una clarísima posición de dominio. Además, un operador alternativo que regalase las llamadas metropolitanas tendría que obtener ingresos de otros servicios, realizando una subvención cruzada hacia las llamadas metropolitanas. En este sentido, no es seguro que un operador alternativo sea capaz de obtener ingresos supranormales en un segmento del mercado para poder subvencionar otro segmento del mercado, teniendo en cuenta que TESAU ostenta una posición de dominio en el mercado de tráfico telefónico desde ubicación fija.

Asimismo, TESAU, en sus alegaciones, considera que la promoción “Alta de línea individual + descuento del 100% en llamadas metropolitanas” es replicable por parte de los operadores alternativos.

Según TESAU, en el mercado existen ofertas alternativas que regalan el servicio de tráfico durante periodos de tiempo por el mero hecho de preasignarse. Así, por ejemplo, Jazz Telecom regala una semana gratis al mes de llamadas locales y nacionales a teléfonos fijos y Tele2 solo cobra el establecimiento de llamadas regalando todos los minutos de tráfico metropolitano hasta el 2006. Así, TESAU solo se ha limitado a seguir este tipo de estrategias de sus más directos rivales con el objetivo de mantener su posición en el mercado.

A este respecto cabe señalar que las ofertas existentes, tales como las que señala TESAU en su alegación, no son comparables a la promoción de TESAU. Las ofertas de los competidores consisten en descuentos o gratuidad de parte del servicio, pero no se puede asimilar a la de TESAU, el cual ofrece un descuento del 100% en las llamadas metropolitanas. Además, el hecho relevante no es tanto si en el mercado existen descuentos en las llamadas metropolitanas, sino que el paquete que ofrece TESAU no puede ser replicado



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por los operadores alternativos, dado que posee una posición de dominio en el mercado de acceso que ningún otro operador más ostenta.

TESAU afirma que su cliente puede contratar los bienes por separado y existen promociones de operadores alternativos que implican mayores ventajas económicas que las presentadas por TESAU, por lo que no convierte a la promoción en un empaquetamiento anticompetitivo según la doctrina que ha usado la propia CMT en la Resolución de 28 de julio de 2004 en relación del servicio “Kit ADSL USB y Bono Metropolitano”.

En contestación a esta alegación, y tal como mencionaba el punto a), si bien es cierto que los clientes pueden contratar por separado el producto, el atractivo del paquete es tal, que de facto, el cliente nunca concedería la posibilidad de contratarlos por separado produciéndose así el efecto fidelizador prohibido y reforzando la posición de TESAU en los mercados afectados. Aunque el hecho de que sea dos bienes que se puede contratar por separado, o no, es importante, más relevante es, aun si cabe, el hecho de que la situación del caso recogido en la Resolución de 28 de julio no es análoga a la oferta que se está analizando, tal como afirma TESAU. La oferta de TESAU que vincula acceso y tráfico metropolitano no es emulable dada la imposibilidad de replicar el servicio de acceso con las ofertas mayoristas que existen actualmente, mientras que en el caso de empaquetamiento de servicios ADSL más voz, si existen servicios mayoristas que permiten a un operador alternativo replicar el empaquetamiento. Por lo tanto, la situación referenciada por TESAU y la que se analiza en el presente expediente no puede considerarse análoga.

En definitiva, TESAU, con esta promoción que vincula servicios de acceso y servicios de tráfico telefónico, no ofrece un producto que se esté ofreciendo actualmente en el mercado, sino que está lanzando un nuevo producto empaquetado que los competidores alternativos no pueden emular, lo que supone un cierre de mercado para los operadores alternativos.

En resumen, se ha constatado que en la propuesta de TESAU concurren las circunstancias necesarias para englobarla en un caso de fidelización anticompetitiva:

- Existencia de dos mercados separados: el mercado de acceso telefónico desde ubicación fija y el mercado de tráfico telefónico desde ubicación fija.
- TESAU es claramente dominante en el mercado de acceso telefónico desde ubicación fija.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La promoción de TESAU es tan atractiva que ningún cliente compraría por separado los productos ofrecidos.
- La oferta produce el efecto de incitar a los clientes a proveerse en la parte más importante de sus necesidades de tráfico con TESAU, reforzando así la posición de dominio que ostenta en los mercados afectados.

Una promoción que en principio puede resultar beneficiosa para el consumidor, en el largo plazo se podría volver perjudicial, pues con el cierre de mercado y la consiguiente desaparición de operadores de tráfico telefónico y por tanto de ofertas y posibilidad de elección para el consumidor, desaparecerían también las fuerzas competitivas que disciplinan el comportamiento del operador dominante.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Que la promoción de Telefónica de España, S.A.U. para los nuevos clientes que contraten una línea individual RTB o un acceso básico RDSI consistente en un descuento del 100% del importe de los 120 primeros minutos de las llamadas metropolitanas supone una vinculación anticompetitiva del servicio de acceso y tráfico telefónico.

**SEGUNDO.-** Se confirma las medidas cautelares tomadas mediante Resolución de esta Comisión de 20 de enero de 2005, por lo que se prohíbe la comercialización la promoción de Telefónica de España, S.A.U. para los nuevos clientes que contraten una línea individual RTB o un acceso básico RDSI consistente en un descuento del 100% del importe de los 120 primeros minutos de las llamadas metropolitanas.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

LA VICEPRESIDENTA

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Elisa Robles Fraga