



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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 31 de marzo de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RESPECTO A LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE LA PROMOCIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE LOS PRODUCTOS "ADSL TIEMPO LIBRE" Y "ADSL A TU MEDIDA"

(AEM 2004/1620)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de septiembre 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 de la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se modificó la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), se comunica a esta Comisión su intención de comercializar una nueva modalidad de facturación ADSL bajo la denominación "ADSL a tu medida" a partir del 14 de octubre de 2004.

Según expone TESAU, esta nueva modalidad de facturación ADSL se va a aplicar a la inferior de las velocidades ADSL que va a comercializar TESAU, que es la mayoritariamente utilizada en el mercado residencial (512/128 Kbit/s soportado sobre la modalidad O del servicio GigADSL). Podrá ser contratable tanto en alta nueva con kit/línea ADSL (equipamiento: USB o Módem Router



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Wi-Fi), como en postventa, es decir para usuarios que ya son clientes ADSL de TESAU.

Las nuevas modalidades propuestas eran las siguientes:

Combinaciones	Descripción	Precio
Contrato Base	Incluye 11 horas de navegación a consumir en cualquier horario	9,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Fines de Semana	Incluye franquicia desde el viernes a las 21 horas hasta el lunes a las 8 horas + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches	Incluye franquicia de lunes a domingo desde las 21 horas hasta las 8 horas del día siguiente + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches+Pack Fines de Semana	Incluye franquicia los fines de semana y las tardes-noches + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	29,7 euros/mes (*)

(*) Al agregar las tres opciones disponibles se hace un descuento del 12,4%

La cuota de alta será de 38,10 euros, y la tarificación de consumos adicionales de 1,45 euros/hora, con un límite de facturación mensual de 45 euros/mes para la opción básica y 42 euros/mes para el resto de combinaciones posibles (incluyendo módulo de tarde y noche, módulo de fin de semana o ambos a la vez).

SEGUNDO.- Con fecha 7 de octubre de 2004, esta Comisión aprobó la Resolución, por la que se pone fin al periodo de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL a tu medida”. En el Resuelve de dicha Resolución se estimó que:

“Primero.- Esta Comisión no ha advertido la necesidad de paralizar en este momento la oferta “ADSL a tu medida” presentada por Telefónica de España, S.A.U., en lo relativo a las siguientes configuraciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Configuración	Descripción	Precio
Contrato Base+Pack Fines de Semana	Incluye franquicia desde el viernes a las 21 horas hasta el lunes a las 8 horas + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches	Incluye franquicia de lunes a domingo desde las 21 horas hasta las 8 horas del día siguiente + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches+Pack Fines de Semana	Incluye franquicia los fines de semana y las tardes-noches + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	29,7 euros/mes

Segundo.- Por lo que se refiere a la configuración denominada “Contrato Base”, cuyas características se muestran a continuación, Telefónica de España, S.A.U. deberá presentar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter previo a su comercialización, una propuesta de modificación del servicio mayorista GigADSL incluido en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado que permita a los operadores alternativos competir en condiciones de igualdad.

Configuración	Descripción	Precio
Contrato Base	Incluye 11 horas de navegación a consumir en cualquier horario	9,9 euros/mes

”

TERCERO.- La Orden 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, aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.

Así, la liberalización de precios que contempla la Orden anteriormente indicada supone que los precios de los servicios ADSL minoristas prestados por TESAU dejan de estar sujetos a un régimen de precios autorizados administrativamente, y quedan sometidos al régimen de comunicación, bastando para la modificación de los citados precios, una comunicación de Telefónica de España a los Ministerios de Economía y de Hacienda, y de Industria, Turismo y Comercio, así como a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y al Consejo de Consumidores y Usuarios con, al menos, diez días de antelación a su aplicación efectiva.

QUARTO.- En cumplimiento de la anterior Orden, y con fecha 15 de octubre de 2004, tuvieron entrada en el registro de esta Comisión escritos de TESAU en el que comunica su intención de realizar las siguientes promociones sobre los siguientes productos ya comercializados:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Configuración	Descripción	Precio Aprobado	Precio Promoción (hasta 7/1/2005)	Otros regalos
Tiempo Libre	Incluye franquicia de lunes a viernes desde las 18 horas hasta las 8 horas, fines de semana y festivos de ámbito nacional.	29,9 euros/mes	9,9 euros/mes	Cuota de Alta y Modem USB gratuito (o módem Router por 19,90 euros)
Contrato Base + Pack Fines de Semana	Incluye franquicia desde el viernes a las 21 horas hasta el lunes a las 8 horas + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado.	21,9 euros/mes	9,9 euros/mes	Cuota de Alta y Modem USB gratuito (o módem Router por 19,90 euros)
Contrato Base + Pack Tardes-Noches	Incluye franquicia de lunes a domingo desde las 21 horas hasta las 8 horas del día siguiente + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado.	21,9 euros/mes	9,9 euros/mes	Cuota de Alta y Modem USB gratuito (o módem Router por 19,90 euros)
Contrato Base + Pack Tardes-Noches + Pack Fines de Semana	Incluye franquicia los fines de semana y las tardes-noches + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado.	29,7 euros/mes	9,9 euros/mes	Cuota de Alta y Modem USB gratuito (o módem Router por 19,90 euros)

QUINTO.- Esta Comisión impuso, mediante Resolución de 21 de octubre de 2004, la paralización, en sede cautelar, de las promociones sobre los productos incluidos en la modalidad “ADSL a tu medida” y la modalidad “ADSL tiempo libre” con el fin de poder determinar si se está ante una situación de estrechamiento de márgenes y su efecto negativo sobre la competencia.

SEXTO.- Mediante escrito del Secretario de la CMT, se comunicó a la Asociación de Empresas Operadoras de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) su condición de interesado en el presente procedimiento.

SÉPTIMO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión se requirió a TESAU la siguiente información:

1. Reserva de capacidad por conexión en la red ATM, expresada en Kb/s, tanto en sentido usuario-red como red-usuario, para cada modalidad. Justificación de la relación entre dicha reserva de capacidad y las características que definen a la modalidad.
2. Para la red ATM, estimación de la concurrencia o porcentaje de los usuarios de cada modalidad que se conectan al mismo tiempo en el momento de mayor intensidad de tráfico.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Para la red IP y salida a Internet, estimación de la concurrencia o porcentaje de los usuarios de cada modalidad que se conectan al mismo tiempo en el momento de mayor intensidad de tráfico.
4. Carga de la red IP con la que se ofrece el servicio ADSL minorista al conjunto de los clientes de TESAU con independencia de las modalidades ADSL a las que estén suscritos.
5. Indicar para cada hora del día comprendida en los días de una semana las medias aritméticas de los siguientes valores:
 - a. N° de clientes conectados;
 - b. N° de clientes activos (se consideran no activos los que no están enviando o recibiendo información adicional a la propia del mantenimiento de la conexión);
 - c. Mbytes totales bajados por el conjunto de los clientes;
 - d. Mbytes de media por cada cliente.
6. Número de abonados adscrito a cada una de las modalidades descritas en la tabla anterior.
7. Tiempo medio (horas mensuales) de conexión fuera del horario franquiciado e ingreso medio mensual por abonado (euros mensuales) para cada una de dichas modalidades.

OCTAVO.- Con fecha 3 de diciembre de 2004 tuvo entrada en el registro de esta Comisión contestación de TESAU al requerimiento anterior.

NOVENO.- Mediante escrito del Secretario de la CMT de 28 de enero de 2005 fue notificado el trámite de audiencia a TESAU y ASTEL.

DÉCIMO.- EL 21 de febrero de 2005 tuvieron entrada escritos de TESAU y ASTEL presentando las alegaciones correspondientes al trámite de audiencia.

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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 LRJPAC. 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

El 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 instancia, de los consumidores”¹, 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 mismo².

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

El mercado de producto afectado en el marco del presente procedimiento es el servicio de acceso a Internet de banda ancha al por menor, que se define como aquél que permite a un usuario final, utilizando un terminal específico situado en una ubicación fija, disponer de una conexión, generalmente permanente, de capacidad de transmisión elevada para acceder a los servicios de Internet.

Este mercado ha sido definido por esta Comisión en sus Resoluciones de 19 de septiembre de 2002³ y de 18 de diciembre de 2003⁴. En ellas se ponían de relieve las características diferenciales de este tipo de servicios en relación con el acceso a Internet basado en la red telefónica convencional (acceso a Internet

¹ Caso 27/76 United Brands v. Comisión.

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

³ Resolución de 19 de septiembre de 2002 sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL minoristas.

⁴ Resolución de 18 de diciembre de 2003 en relación con la promoción de verano de Telefónica de España S.A.U. del servicio “Kit ADSL USB”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conmutado). En concreto, los argumentos que justificaban la separación de ambos servicios en dos mercados de referencia diferentes eran los siguientes:

- Diferencias considerables en precios de los dos tipos de acceso;
- Conexión permanente con una velocidad elevada;
- Uso simultáneo del servicio telefónico fijo y de la transmisión de datos;
- Acceso a contenidos que por su extensión no pueden recibirse de forma práctica mediante el acceso conmutado (contenidos audiovisuales principalmente).

Si bien la práctica del Derecho de la Competencia exige que la definición del mercado de referencia y el análisis de la posición que ocupa una determinada empresa en el mismo se realice en el marco de cada caso concreto⁵, en el procedimiento de referencia se concluye que las condiciones del mercado, por lo que se refiere a la sustituibilidad de la demanda, se mantienen desde estos expedientes. Así, los servicios de banda ancha vienen a satisfacer las mismas necesidades descritas anteriormente, por lo que no cabe modificar la definición anterior. A mayor abundamiento destacar que la reciente decisión de la Comisión Europea respecto al caso Wanadoo⁶ coincide con los anteriores argumentos.

Por tanto el mercado de producto afectado debería comprender, en principio, multiplicidad de alternativas tecnológicas que se ofrecen en la actualidad al público, entre las cuales se encontrarían las tecnologías xDSL, cuyo exponente más extendido es el ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), el cablemódem y el bucle de abonado inalámbrico (WLL), cuyos exponentes principales son las tecnologías LMDS y MMDS.

Según los datos de que dispone esta Comisión⁷, el grado de implantación de dichas tecnologías de banda ancha en el mercado final de servicios de acceso de banda ancha no es uniforme, como se pone de manifiesto en el siguiente gráfico:

⁵ Ver Caso T-125/97, Coca-Cola v Comisión.

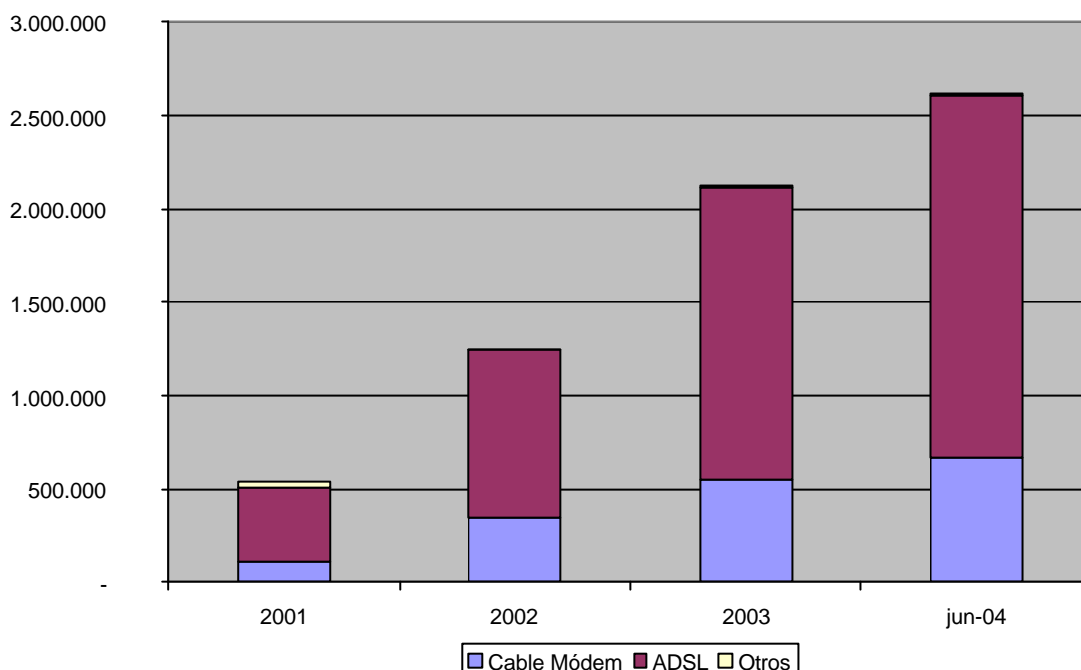
⁶ Ver Caso COMP/38.233, Wanadoo Interactive.

⁷ Datos correspondientes al Informe Trimestral de la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 1. Evolución del número de clientes en función de la tecnología de acceso



De los datos anteriores, cabe concluir, que la solución ADSL es la tecnología que predomina en la prestación al público de servicios de acceso de banda ancha, representando dicha tecnología más del 74% del total de esos accesos actualmente en servicio en España.

De acuerdo con todo lo anterior, cabe afirmar que el mercado de referencia a considerar en el presente expediente es el mercado minorista de acceso a redes de comunicaciones electrónicas mediante soluciones de banda ancha, entendiéndose por tales aquellos servicios que permiten a los usuarios finales la transferencia de datos a alta velocidad, con independencia de la solución tecnológica empleada para proporcionar tal acceso.

Por los motivos expuestos, cabe afirmar la existencia de un mercado de servicios de acceso de banda ancha diferenciado del mercado de servicios de acceso de banda estrecha. Y esto es así porque el producto que se ofrece en el seno del primero satisface una necesidad específica del consumidor, que consiste en disponer de una elevada capacidad de transmisión de datos con conectividad permanente —si bien a un precio sensiblemente superior que obedece a tales prestaciones incrementadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.1.2 Mercado geográfico

De cara a establecer cuál es el ámbito geográfico que corresponde al mercado de referencia afectado, cabe tener en cuenta que, conforme con la Comunicación de la Comisión Europea, de fecha 9 de diciembre de 1997, el principio básico a contemplar reside en la identificación de presiones desde el punto de vista de la competencia⁸.

Los criterios utilizados tradicionalmente por las autoridades de competencia para determinar el alcance geográfico del mercado de referencia son⁹:

- La zona cubierta por una red. En el caso de los servicios minoristas de banda ancha, 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 este mercado 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.

II.2 Evaluación del poder de mercado ostentado por TESAU en el mercado de referencia considerado

II.2.1 Posición de TESAU en el mercado de referencia

Los servicios de banda ancha mantienen el dinamismo apuntado por esta Comisión en anteriores documentos. Así, en el segundo trimestre de 2004, los ingresos alcanzaron los 315 millones de euros, lo que supone un incremento del 16% con respecto al primer trimestre. De forma acumulada, durante el primer semestre de 2004 los operadores ingresaron un total de 585 millones de euros.

⁸ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (2002/C165/03).

⁹ Ver párrafo 59 de las citadas Directrices.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, las empresas del grupo Telefónica (TESAU y TERRA)¹⁰ han mantienen su posición en la prestación de los servicios de acceso a Internet de banda ancha, alcanzando una cuota de mercado en junio de 2004 por ingresos superior al **[CONFIDENCIAL]**, como se observa en la tabla siguiente.

Por su parte, los operadores de cable se convierten, en conjunto, en la segunda alternativa para la provisión de estos servicios. Auna Telecomunicaciones y Cableuropa (ONO) se convierten en el segundo y el cuarto operador del mercado, acumulando más del **[CONFIDENCIAL]** del total de ingresos. Finalmente, los operadores basados en la reventa de servicios mayoristas pierden importancia en el conjunto del mercado, destacando Wanadoo como cuarto operador con una cuota de mercado del **[CONFIDENCIAL]**.

[CONFIDENCIAL]

Si se contabilizan únicamente los accesos prestados mediante tecnologías ADSL, la cuota del grupo Telefónica aumenta a niveles superiores del **[CONFIDENCIAL]**, dato que pone de manifiesto la importante posición del grupo en estos servicios.

Con el fin de ilustrar el comportamiento dinámico de los servicios ADSL, se presenta a continuación la evolución mensual del crecimiento de líneas y de la cuota de mercado del Grupo Telefónica:

[CONFIDENCIAL]

Como se puede observar, la cuota del grupo en número de líneas se ha mantenido constante alrededor del **[CONFIDENCIAL]** mientras que las tasas de crecimiento de estos servicios han decrecido de forma importante en la última parte del año 2004 y el principio del 2005.

La cuota de mercado no puede analizarse de forma estática, dado que como prevén las citadas Directrices¹¹, *“puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene PSM, y por tanto ocupa una posición dominante, si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo”*. El grupo Telefónica acumulaba una cuota de mercado en ingresos superior al

¹⁰ Estas dos empresas deben considerarse como una misma unidad económica, dada su pertenencia al mismo grupo empresarial. Así se ha considerado por esta Comisión en diversas Resoluciones (por todas, Resolución de de 18 de diciembre de 2003 sobre la promoción de verano de Telefónica de España S.A.U. consistente en la oferta gratuita de dos cuotas mensuales del servicio “Kit ADSL USB”).

¹¹ Ver nota 8.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

92% en 2000 y del 76% en 2001. Como puede apreciarse de los datos anteriores, la cuota de mercado de las empresas del grupo Telefónica se ha reducido de una manera sensible desde 2000.

Por otra parte, si se analiza la evolución de los accesos contratados por meses, se puede observar que en la última parte del año, cuando los crecimientos en términos de altas netas has sido superiores, la capacidad del grupo Telefónica para captar esas nuevas altas ha sido menor:

[CONFIDENCIAL]

Como se observa en el gráfico anterior, la capacidad del grupo Telefónica para captar las nuevas altas ha decrecido desde un [CONFIDENCIAL]¹² del mes de septiembre a en torno al [CONFIDENCIAL] de la última parte del año. Dicho de otra forma, de mantenerse esta proporción, en el largo plazo la cuota mercado del este grupo decaería hasta ese umbral.

De esta forma, dado el crecimiento del mercado, dinámico y en un estado de importante expansión, y la volatilidad de la cuota de mercado del grupo Telefónica, no puede concluirse que ostente una posición de dominio en el mercado minorista de servicios de banda ancha, en el sentido que este concepto tiene en Derecho de la competencia, esto es, no puede concluirse que el Grupo Telefónica disfrute de una posición de fuerza económica en el mercado minorista de servicios de acceso de banda ancha que permita que su comportamiento “sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes, y, en última instancia, de los competidores”.

ASTEL alega en este punto que *“en cuanto a la cuota de mercado del grupo Telefónica en ADSL, (...), desde 2001 hasta la actualidad se encuentra en el rango de 75%-80%, por lo que se puede considerar estable. (...) De este modo debería concluirse que el grupo Telefónica ostenta una posición de dominio en el mercado minorista de servicios de banda ancha, sin necesidad de examinar la posición del grupo Telefónica en mercados conexos”*.

Esta Comisión debe recordar que el mercado de referencia definido en el marco de este expediente se refiere a los servicios de banda ancha en su conjunto y no a los prestados mediante una tecnología concreta (ADSL). De este modo, la cuota de mercado relevante no es la expuesta por ASTEL, esto es, “75%-80%”, sino la calculada después de contabilizar los accesos mediante tecnologías alternativas. Por tanto, la posición del grupo Telefónica en el mercado de referencia no es concluyente, dado que ostenta una cuota

¹² Esto es, el grupo Telefónica incrementó su número de accesos por encima del mercado lo que implica que adquirió clientes de sus competidores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

muy inferior al rango manejado por ASTEL, y deben analizarse elementos adicionales.

Ahora bien, la calificación de la posición de dominio puede también realizarse a partir de la posición del grupo Telefónica en mercados conexos al analizado en el marco del presente expediente¹³. Así, de acuerdo con la Resolución del Tribunal en el asunto Tetra Pak II¹⁴, una empresa que ocupe una posición dominante en un mercado y una posición preeminente en otro mercado distinto, pero estrechamente conectado con el primero, se encuentra por ello en una situación comparable a una posición dominante en ambos mercados considerados en su conjunto. Es ésta, doctrina recogida por la Directiva 2002/21, Directiva Marco, en el apdo.3 de su artículo14.

Debido a los elevados costes que implica la creación de una infraestructura alternativa de acceso, en general los operadores presentes en el mercado de servicios de banda ancha minoristas dependen de las redes de acceso del operador tradicional. En efecto, la provisión mayorista de las infraestructuras de acceso y el mercado mayorista son mercados conexos dado que, los servicios de acceso son un elemento esencial para la prestación del servicio de banda ancha.

Por otra parte, hasta el momento, ningún operador entrante ha podido crear una red de acceso comparable a la del operador tradicional. Así, existen alternativas en regiones geográficas limitadas pero no son suficientes para considerarlas sustituibles en el mercado español. Así, a pesar de que la red de acceso del operador incumbente no sea la única infraestructura técnica a partir de la cual se pueden prestar los servicios de banda ancha a los usuarios finales, en la actualidad, estas redes alternativas no pueden considerarse, ni de forma aislada ni en el caso de utilizarse de manera combinada, una alternativa viable en el ámbito nacional, que es el mercado geográfico definido en este asunto.

En efecto, TESAU mantenía en septiembre de 2004¹⁵ más de **CONFIDENCIAL** [] millones de líneas en servicio, que suponían más del **CONFIDENCIAL** [] del total de 18,2 millones de líneas del mercado. Si las magnitudes anteriores se comparan con las de sus competidores se obtiene como resultado la posición

¹³ Tal y como ya fue analizado en la Resoluciones de esta Comisión, de 19 de septiembre de 2002, sobre presuntas prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL (Expediente OM 2001/5678) y 18 de diciembre de 2003, en relación con la promoción de verano de Telefónica de España S.A.U del servicio "Kit ADSL USB" (Expediente AEM 2003/1095)

¹⁴ Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.

¹⁵ Informe Trimestral de la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del grupo Telefónica, y de TESAU en particular, en la provisión de los medios necesarios para la prestación de los servicios de banda ancha. Así, los operadores alternativos contaban, en su conjunto, en ese mismo periodo, con **CONFIDENCIAL** [] millones de líneas (los principales competidores contaban con **CONFIDENCIAL** []).

Ni siquiera la existencia de elementos mayoristas alternativos (OBA) al despliegue de una red propia es en este momento una alternativa viable a la red de acceso de TESAU. Así, a 31 de enero de 2005, el número total de bucles desagregados ascendió a 126.812, esto es, el 0,74% de los pares activos de TESAU.

Adicionalmente cabe decir que los costes necesarios para la creación de una red que llegue a un porcentaje de población similar al de las redes del operador tradicional resultan poco rentables y su extensión a todo el territorio nacional es difícil en un futuro inmediato.

Este control por parte de las empresas del grupo Telefónica y, de TESAU en particular, de una infraestructura difícilmente replicable que, a su vez, constituye un elemento esencial en la producción de los servicios minoristas hace que deba considerarse a este grupo empresarial como un operador dominante no solo en la provisión de los servicios mayoristas, sino también en los minoristas, dada la conexión entre ambos mercados y su posición en el primero¹⁶.

Por otra parte, cabe citar de nuevo las conclusiones de la Comisión Europea en el caso Wanadoo¹⁷. De acuerdo a esta decisión, los vínculos existentes entre el mercado de referencia, acceso a Internet de banda ancha, y la del acceso local, dan al operador tradicional una ventaja que ningún entrante puede emular en el momento presente.

De acuerdo con las alegaciones de TESAU, el concepto de mercados conexos no puede aplicarse al presente procedimiento dadas las obligaciones ex ante que pesan sobre este operador. De acuerdo con este operador, *“debido a la intensísima regulación sectorial, con el efecto de neutralizar su actuación independiente (desde el punto de vista económico) en los mercados mayoristas y sin que quepa posibilidad de trasladar su posicionamiento competitivo en el downstream market”*.

17 Argumentos similares fueron utilizados por la Comisión Europea en la Decisión de 21 de mayo de 2003, Asunto COMP/C-1/37.451, Deutsche Telekom, AG.

16 Resolución por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL a tu medida”..



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión debe recordar en este punto que los precios minoristas del grupo Telefónica en general, y de TESAU en particular, se encuentran liberalizados¹⁸. Por tanto, la acción comercial en el ámbito minorista no se encuentra sujeta a ninguna regulación y, por tanto, TESAU goza de total libertad para diseñar su acción comercial. Ahora bien, la posición de este operador en los mercados mayoristas conexos a este mercado minorista es todavía preeminente, como se ha demostrado anteriormente.

Asimismo, la regulación impuesta a TESAU sobre los servicios mayoristas relevantes para la prestación de los servicios de banda ancha mediante ADSL, se basada en:

- un mecanismo retail minus para la fijación del precio mayorista de acceso indirecto al bucle del abonado;
- y la citada Resolución de 15 de julio de 2004, que fija un porcentaje máximo del precio minorista que puede dedicarse a la promoción de los servicios de banda ancha;

Los mecanismos regulatorios descritos anteriormente permiten un margen de actuación amplio que no es acorde con la descripción que realiza TESAU sobre la libertad comercial de la que goza.

Finalmente, el presente expediente es una muestra de cómo la posición de TESAU en el mercado mayorista permite su comportamiento de forma independiente a sus competidores y usuarios en el mercado descendente. Por tanto, a juicio de esta Comisión, se cumplen las previsiones respecto a la aplicación del concepto de mercados conexos, tal y como se define en el párrafo 84 de las Directrices: *“Gracias a su posición dominante en el primer mercado (ascendente) y a su presencia en el segundo mercado conexo (descendente), la empresa dominante puede valerse del peso que tiene en el primero para actuar con independencia de sus clientes en el segundo”*.

Por otra parte, TESAU considera que esta Comisión no ha demostrado cómo, a partir de su posición en el mercado del bucle del abonado, que reconoce *“input necesario para que alguno de sus competidores en el mercado minorista puedan prestar sus servicios (y solo los que utilizan tecnología ADSL)”* pueda comportarse de forma independiente de los operadores de cable.

¹⁸ Orden 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, aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, es preciso recordar que esta Comisión sí ha evaluado la competencia entre las diferentes tecnologías sobre las que se pueden prestar los servicios de banda ancha. Ahora bien, los datos son lo suficientemente claros como para que se pueda concluir que, en un número relevante de casos, TESAU pueda comportarse de forma independiente, dada la falta de una infraestructura alternativa de acceso. Así, como se ha expuesto anteriormente, TESAU controlaría el 85% de los accesos, mientras que el resto de operadores alternativos, que no utilizan los servicios mayoristas de este operador, sumaban un 15%. Efectivamente, y tal como reconoce la jurisprudencia europea, *“la conclusión de la existencia de una posición dominante no impide que haya cierta competencia en el mercado”*¹⁹. Así, esta Comisión coincide con TESAU en que en el mercado de banda ancha existe cierta competencia pero que, dada la posición de este operador en los mercados ascendentes, cuenta con cierta independencia de comportamiento.

III ANÁLISIS DE LA CONDUCTA REALIZADA POR TESAU EN EL MARCO DE LAS PROMOCIONES SOBRE EL PRODUCTO “ADSL A TU MEDIDA”

En la Resolución de esta Comisión de 21 de octubre de 2004, en la que se paralizaron, en sede cautelar, las promociones sobre los productos “ADSL a tu medida” se estimó que existían serias dudas respecto a la emulabilidad de las mismas:

- Falta de datos respecto al ARPU por usuario;
- Descuentos elevados sobre un producto que de por sí resultaba una reducción sensible sobre el precio minorista efectivo vigente en el mercado en la actualidad.

Por tanto, es objeto del presente expediente analizar la replicabilidad por terceros de las promociones propuestas por TESAU y que fueron paralizadas en sede cautelar por esta Comisión.

III.1 Sobre la posible emulabilidad por parte de terceros de las promociones propuestas por TESAU

En primer lugar, cabe recordar que la Comunicación de Acceso de la Comisión Europea estima que es abusiva una reducción de precios que no permita a los competidores obtener un beneficio normal. De esta forma, TESAU no podría comercializar ninguna promoción que cumpliera alguna de las siguientes

¹⁹ Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

definiciones, en tanto en cuanto sería constitutiva de un abuso de posición de dominio:

“Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedicada a las actividades ascendentes impone a los competidores” (punto 117).

“En circunstancias adecuadas, puede demostrarse que se ha producido una reducción de los precios mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado descendente, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, en caso de que existan, y el precio que el operador de la red aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente.”(Punto 118)

En este sentido, el análisis de las promociones sobre el producto “ADSL a tu medida” requiere determinar si existe un margen suficiente entre los precios de los elementos mayoristas necesarios para la provisión del servicio minorista y los precios finales para un competidor tan eficiente como TESAU obtengan un beneficio normal.

En algunos mercados, determinados costes no son recuperados de forma instantánea sino que deben ser recuperados durante un periodo de tiempo. En este sentido, una empresa no esperará recuperar estos costes inmediatamente sino que buscará recuperarlos a lo largo de un determinado periodo de tiempo. Este es el caso de los servicios analizados, dado que los usuarios abonaban cuotas recurrentes que sirven al operador para recuperar estos costes iniciales. Asimismo, sin dichos costes iniciales, el operador no obtendría los ingresos derivados del servicio.

Por tanto, a la definición anterior respecto al estrechamiento de márgenes entendido en sentido general, hay que añadirle, en el caso de los servicios de banda ancha, una variable temporal. De esta forma, se debe determinar si el margen existente entre los precios de los elementos mayoristas necesarios para la provisión del servicio y los precios minoristas permitirán a un operador tan eficiente como TESAU obtener un beneficio normal en un periodo razonable de tiempo.

III.1.1 Consideraciones preliminares

Con carácter previo al análisis detallado de los costes e ingresos del producto “ADSL a tu medida” cabe poner de manifiesto que esta oferta supone una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificación de la estructura de precios con respecto a la modalidad de tarifa plana 24 horas que se utiliza de referencia para determinar el precio mayorista del GigADSL. En este sentido, en la Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la OBA de TESAU, ya se anticipaba la problemática derivada de una posible introducción de nuevas estructuras de precios minoristas ADSL por parte de TESAU, y se determinaba el procedimiento a seguir para analizar si dichas estructuras de precios justificarían o no la necesidad de modificar la OBA.

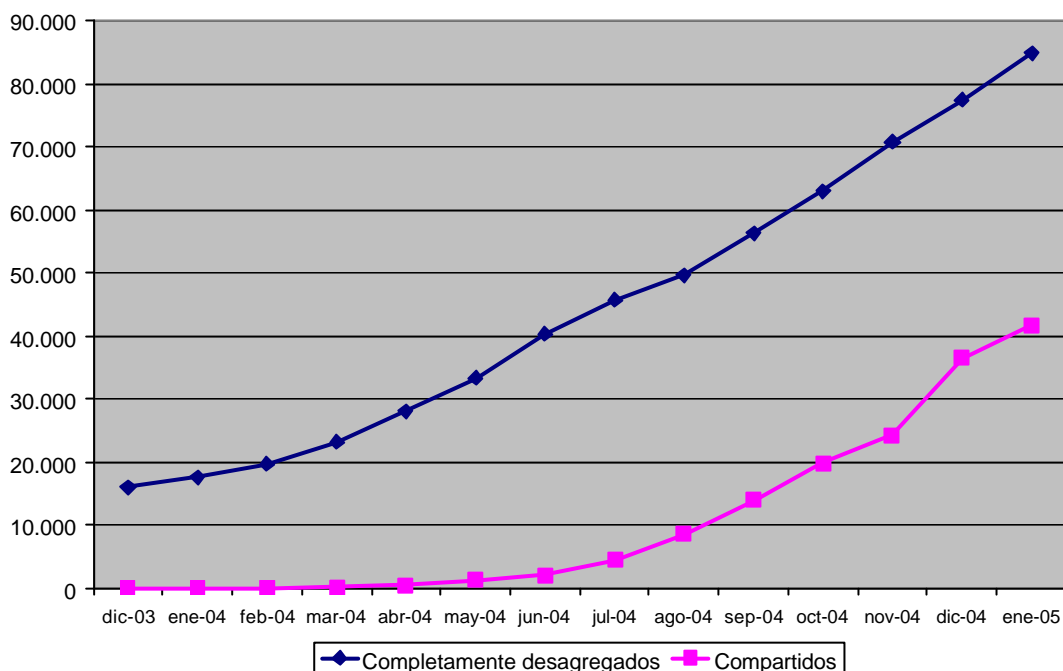
Por tanto, no cabe el uso directo en este caso del estudio de *retail minus* aprobado por esta Comisión mediante Resolución de 15 de julio de 2004²⁰ sino que debe determinarse la replicabilidad, por parte de los competidores de TESAU, de las promociones objeto del presente procedimiento. Para ello, se hace necesaria la estimación de los ingresos y los costes que conlleva la prestación de los productos “ADSL a tu medida”, estimación que se realiza en los siguientes puntos.

Por otra parte, también es necesario poner de manifiesto las diferencias en la implantación del acceso desagregado al bucle desde el momento en el que se decidieron las medidas cautelares objeto de análisis hasta la fecha. Así, en octubre de 2004, los operadores alternativos habían desagregado aproximadamente 80.000 bucles. A 31 de enero de 2005, tal como se muestra en el gráfico siguiente, existían en España 126.812 bucles desagregados.

²⁰ 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



Los datos anteriores muestran crecimientos mensuales elevados (cerca del 20%) que ponen de manifiesto que los operadores alternativos cuentan con una demanda potencial importante, dadas las centrales en las que se han cobijado. Como se muestra en la tabla siguiente, la cobertura máxima es todavía limitada para la mayoría de operadores que se encuentran con importantes problemas para conseguir arrebatar clientes mediante estas tecnologías. Así, únicamente se han conseguido desagregar el [CONFIDENCIAL] de los bucles potencialmente desagregables.

[CONFIDENCIAL]

Por tanto, si bien el bucle desagregado no es una opción todavía al nivel nacional, sí que esta Comisión debe tener en cuenta la evolución del mercado y los elementos mayoristas disponibles para los operadores alternativos a la hora de realizar un análisis de estrechamiento de márgenes.

En consecuencia, los análisis de pinzamiento de márgenes deben tener en cuenta que el progresivo acceso de los operadores alternativos a las centrales de TESAÚ hace que este operador se enfrente a una competencia potencial sobre un número de bucles muy superior al que efectivamente se encuentra desagregado en estos momentos y que no sea “el único agente presente”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La consideración de otro servicio mayorista se encuentra en línea con la práctica de esta Comisión. Así, y tal como manifiesta la Resolución de esta Comisión de 14 de marzo de 2005²¹:

“Esto [consideración de la desagregación del bucle] no supone cambio de criterio de la CMT, sino la adecuación de los mecanismos establecidos para analizar eventuales situaciones de pinzamiento de márgenes, a dicho uso combinado que hacen los operadores de los servicios mayoristas GigADSL y acceso desagregado incluidos en OBA.

En este sentido, esta Comisión no debe ignorar que, la evolución apuntada anteriormente respecto al progresivo desarrollo de la desagregación del bucle del abonado, ha tenido su repercusión en el mercado minorista de banda ancha, mercado sobre el que impactan directamente las promociones de TESAU. Así, en el mercado existen actualmente ofertas de los operadores entrantes que superan ampliamente los límites, que en función de los costes basados únicamente en el acceso indirecto al bucle, previó esta Comisión para analizar situaciones de estrechamiento de márgenes.”

En efecto, una comparativa de las ofertas presentes en el mercado da una idea de la progresiva incorporación de este nuevo servicio mayorista a la función de producción de los operadores alternativos. En la tabla siguiente se muestran dichas ofertas:

Operador	Cuota de alta	Cuota mensual	Franquicia	Servicios incluidos	Otros regalos incluidos
Jazztel	Gratis	32,95 euros	24 horas	ADSL 1 Mb Tarifa plana de voz nacional	MODEM USB / Router Teléfono DECT
Jazztel	Gratis	15,95 euros	17 horas/mes	ADSL 1 Mb	MODEM USB / Router Web cam
Jazztel	Gratis	20,95 euros	22 horas/mes	ADSL 1 Mb	MODEM USB / Router Web cam
Jazztel	Gratis	26,95 euros	Noches	ADSL 1 Mb	MODEM USB / Router Web cam
Jazztel	Gratis	26,95 euros	Fines de semana	ADSL 1 Mb	MODEM USB / Router Web cam
Ya.com		17,95 euros	24 horas	ADSL 128/128	MODEM USB/Router

²¹ Resolución sobre el lanzamiento por TESAU del servicio minorista “ADSL 12/04” de facturación por volumen.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ya.com	35 euros	21,95 euros	24 horas	ADSL 256/128	MODEM USB/Router
Ya.com	35 euros	21,95 euros	Horario reducido	ADSL 512/128	MODEM USB/Router
Ya.com	35 euros	29,95 euros	24 horas	ADSL 512/128	Router WI-FI
Ya.com	35 euros	33,95 euros	24 horas	ADSL 1M/300	Router WI-FI
WANADOO	Gratis	32,95 euros	24 horas	ADSL 256/128	MODEM USB
WANADOO	Gratis	29,90 euros	Horario reducido	ADSL 512/256	MODEM USB
WANADOO	Gratis	39 euros	24 horas	ADSL 512/128	Router WI-FI
WANADOO	Gratis	29,90 euros	24 horas	ADSL 512/128 Tarifa plana de voz local	Router WI-FI
WANADOO	Gratis	36 euros	24 horas	ADSL 512/128 Tarifa plana de voz nacional	Router WI-FI
Tele 2	25 euros	18,90 euros	24 horas	ADSL 128/128	MODEM USB Tarifa plana local hasta 2006
Tele 2	25 euros	24,90 euros	24 horas	ADSL 256/128	MODEM USB Tarifa plana local hasta 2006
Tele 2	25 euros	28,90 euros	24 horas	ADSL 512/128	MODEM USB Tarifa plana local hasta 2006
Tele 2	Gratis	28,90 euros	24 horas	ADSL 128/128 Tarifa plana de voz nacional	MODEM USB
Tele 2	Gratis	31,90 euros	24 horas	ADSL 256/128 Tarifa plana de voz nacional	MODEM USB
Tele 2	Gratis	33,90 euros	24 horas	ADSL 512/128 Tarifa plana de voz nacional	MODEM USB

Si bien las alegaciones de TESAU respecto a la existencia de ofertas de los operadores entrantes más atractivas en precio que la propuesta de esta operadora, no pueden aceptarse, cuando existan problemas de replicabilidad, esta Comisión debe tenerlas en cuenta como indicador de la competencia que afronta el operador dominante. Así, la Comisión Europea, en el caso Wanadoo Interactive²² establece que si bien no puede negarse a un operador dominante

²² Wanadoo Interactive, COMP/38.233, párrafo 315.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su capacidad para competir y proteger sus intereses comerciales, esta capacidad está limitada por su especial responsabilidad para no distorsionar la situación competitiva en el mercado²³ y a no poder abusar de su posición²⁴.

Por tanto, si bien TESAU puede realizar acciones comerciales dirigidas a proteger sus intereses, estas acciones están limitadas por las obligaciones que como operador dominante le impone el Derecho de la competencia. Dichas obligaciones no son aplicables a sus competidores, que no ostentan dicha posición, dado que no tienen la capacidad de alterar las condiciones de competencia del mercado.

Son las anteriores consideraciones, que esta Comisión ya identificó en la Resolución de 15 de julio de 2004²⁵, las que deben considerarse en el marco del presente procedimiento:

“Dados los precios mayoristas en un mercado, el Derecho de la competencia determina que las empresas dominantes integradas deben ofrecer precios minoristas que permitan a los competidores eficientes obtener un beneficio razonable. Por tanto, reducciones de precios que impidan a los operadores alternativos obtener una rentabilidad suficiente están prohibidas per se²⁶. Ahora bien, existen dificultades para distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo. (...)”

De esta forma, se considera necesario examinar condiciones adicionales en las ofertas de las empresas del Grupo Telefónica con el fin de adecuar la práctica de esta Comisión a las de otras autoridades de competencia. Así, la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos han venido utilizando el criterio de que “la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva”²⁷. Por tanto, para la apreciación del abuso será necesario considerar los componentes restrictivos de la conducta, tales como la intensidad y el grado de posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.”

Como se deduce de los párrafos anteriores, considerar el estado actual de la desagregación del bucle del abonado estaría en la línea de no imponer al operador dominante obligaciones excesivas que impidieran su legítimo derecho

²³ Caso Michelin.

²⁴ Caso T-65/89, BPB Industries and British Gypsum, v Comisión.

²⁵ 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.

²⁶ Caso COMP/C1/37451, 37578, 37579, Deutsche Telekom.

²⁷ Caso Centre Belge d'Etudes de Marché Telemarketing.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a defender sus intereses, cuando sus conductas no supongan un abuso de posición de dominio.

A partir de los datos aportados anteriormente, es evidente que TESAU **afronta** una competencia en precios que la consideración de un único servicio mayorista, como el acceso indirecto al bucle, no captura. En este sentido, ofertas minoristas con ingresos por usuario menores a 30 euros/mensuales u ofertas combinadas de banda ancha y voz indicarían las limitaciones del mecanismo anterior, imputando pues al operador dominante intenciones excluyentes cuando en realidad suponen una respuesta a una realidad competitiva que el regulador no tiene en cuenta, dado el anterior mecanismo de cálculo.

De nuevo, y en este mismo sentido, cabe citar los argumentos que esta Comisión manifestó en la Resolución de 22 de julio de 2004²⁸ en relación con el servicio mayorista “Megabase”. En dicha Resolución, se ponía de relieve que *“Dado que los operadores alternativos cuentan con alternativas 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 implementara una estrategia de este tipo, los operadores alternativos estarían en disposición de no demandar este servicio mayorista ya que dispondrían de alternativas de suministro. Esta Comisión constata que la existencia de alternativas de suministro no hace viable ni creíble la implementación de una estrategia de estrechamiento de precios como la explicada”*.

Como se ha argumentado anteriormente, ésta parece ser la situación en el siguiente nivel mayorista, esto es, los servicios de acceso indirecto. Por tanto, la intención excluyente que demandaba la Resolución de 15 de julio para considerar una oferta como contraria a la libre competencia debe ser analizada incorporando la ponderación de las alternativas existentes, como es en este caso, el proceso de desagregación del bucle. Sólo así es posible evaluar la posición de TESAU en el mercado de modo prospectivo, teniendo en cuenta “la evolución esperada o previsible del mercado a lo largo de un período razonable” y, en consecuencia, garantizar la proporcionalidad de la intervención regulatoria, como exigen las Directrices comunitarias relativas al análisis de mercados de constante referencia (pgfos.20 y 21).

²⁸ Resolución en relación con la denuncia de Wanadoo por la promoción del producto “ADSL Home” de febrero de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, la incorporación de los costes de elementos mayoristas adicionales al acceso indirecto al bucle no pretende sino adecuar el mecanismo de cálculo de estrechamiento de márgenes, a lo que la Resolución de 15 de julio ya preveía, dados los criterios que en dicha Resolución se citaban.

Finalmente, la citada Resolución de 14 de marzo²⁹ justificaba la correcta ponderación de ambos costes mayoristas, a partir de las circunstancias actuales del mercado de banda ancha y del proceso de desagregación del bucle del abonado:

“Para tomar en consideración los costes de acceso desagregado en combinación en el servicio mayorista GigADSL, tanto en el mecanismo de detección de eventuales situaciones de pinzamiento de márgenes como en el análisis de replicabilidad de la oferta minorista “ADSL 12/04”, asumiremos los costes de acceso desagregado en la proporción que representan las líneas desagregadas sobre el total de líneas ADSL del mercado minorista, descontadas las correspondientes a TESAU y a TERRA, a fecha 31 de enero de 2005. Según la información remitida por TESAU este porcentaje es del 17.5%.”

El análisis de las promociones objeto del presente procedimiento no puede dejar de considerar esta nueva realidad y el enfoque tomado por la Resolución citada anteriormente, siendo necesaria la modificación del precio mayorista de referencia por la media ponderada argumentada anteriormente.

III.1.2 Ingresos minoristas

A la hora de analizar una oferta minorista, debe determinarse qué ingresos son relevantes para el análisis de márgenes. Así, la oferta propuesta por TESAU se conforma como una tarifa en dos partes, esto es, una cuota fija mensual (que incluye una franquicia en una determinada franja horaria y unas horas adicionales de consumo) y una parte variable en función del consumo fuera de lo contemplado en dicha parte fija de la cuota. Así, el ingreso obtenido por el operador como consecuencia de la comercialización de este tipo de productos dependerá del uso que el consumidor realice fuera del horario franquiciado (el ARPU estará constituido por la cuota fija más una parte variable dependiente de las horas adicionales de consumo).

Dado que el presente análisis es *ex ante*, el ingreso medio debe ser estimado. En este sentido, la CMT, sobre la base de la información suministrada por los operadores, ha estimado de manera preliminar dicho ingreso, dato que lógicamente habrá de ser revisado una vez se disponga de información

²⁹ Ver nota al pie 21.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

histórica real sobre los consumos de los abonados en cada una de las configuraciones³⁰. En cualquier caso, deben resaltarse los riesgos que supone extrapolar los resultados de ARPU en un momento tan cercano a su lanzamiento. Dadas las anteriores limitaciones, y para el procedimiento de referencia, se utilizarán las estimaciones de ingresos realizadas por esta Comisión en la Resolución de 20 de diciembre de 2004³¹:

Datos expresados en euros/mes	ADSL 24 horas	ADSL a tu medida Fin de semana	ADSL a tu medida Tarde Noche	ADSL a tu medida Fin de semana + Tarde Noche	ADSL tiempo libre
Cuota mensual minorista fija	39,07	21,9	21,9	29,7	29,9
Consumo adicional	0	11,6	11,6	2,9	3,6
Total ingresos estimados	39,07	33,5	33,5	32,6	33,5
Dtos. Sobre ADSL 24 horas		14,3%	14,3%	16,6%	14,3%

De esta forma, y dada la condición de operador dominante de TESAU, los ingresos anteriores deberían ser suficientes para sufragar los costes de prestación del servicio así como los eventuales regalos promocionales que pretendiera realizar TESAU con el fin de disminuir los costes de entrada en el servicio del cliente. En cualquier caso, la tabla anterior muestra que las diferentes ofertas incluidas en el “ADSL a tu medida” y “ADSL tiempo libre” suponen una disminución del precio nominal establecido en el mercado.

III.1.3 Costes de prestación del servicio

De forma adicional a determinar los ingresos que obtendría un operador en caso de comercializar las promociones relativas al servicio “ADSL a tu medida” y “ADSL tiempo libre”, es necesario determinar los costes de prestación del mismo. Así, cabe estimar los costes que debe asumir un operador eficiente que

³⁰ Esta Comisión requirió la información respecto al ingreso medio por usuario a TESAU pero por problemas informáticos, dicha información no ha podido ser remitida por la operadora.

³¹ Resolución por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso al Abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL 10/04”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contrate tanto los servicios de acceso indirecto como la desagregación del bucle, para comercializar en el nivel minorista servicios ADSL por tiempo de las características de los planteados por TESAU.

A. Costes del operador alternativo mediante el servicio mayorista GigADSL

El primer paso para determinar la emulabilidad de la oferta de TESAU se refiere a la estimación de los costes que debe asumir un operador eficiente que contrate la modalidad O del servicio GigADSL (512 Kbit/s – 128 Kbit/s sin garantía, con tarifa plana de 24 horas) para comercializar en el nivel minorista servicios ADSL de facturación por tiempo con las características planteadas por TESAU.

Dado que el citado estudio *retail-minus* en el ámbito de la OBA solo contemplaba (en los niveles minorista y mayorista) ofertas de ADSL con tarifa plana de 24 horas, algunas hipótesis consideradas en dicho estudio dejan de ser válidas en el caso de las diferentes configuraciones y ofertas en las que se prestan los servicios de ADSL por tiempo. Es lógico, pues, actualizar aquéllos valores de dicho estudio que, siendo válidos para servicios ADSL de tarifa plana de 24 horas (facturación de una cuota mensual fija independiente de las conexiones que realice el abonado), deben ser corregidos en el caso de ofertas de ADSL por tiempo (facturación variable en función de determinados consumos del abonado).

En la estimación de los costes, la principal dificultad que se ha advertido es la relativa a las hipótesis de dimensionamiento de red en el caso de conexiones ADSL por tiempo. Si bien es razonable pensar que dichas configuraciones de ADSL por tiempo tengan asociados menores costes ligados a la reserva de ancho de banda en los tramos ATM e IP (hacen un menor uso de la red), no es fácil cuantificar en qué medida estos costes son inferiores a los estimados para el servicio de ADSL de tarifa plana de 24 horas. Para llevar a cabo dicha cuantificación se ha tenido en cuenta una estimación de la carga de la red que soporta la prestación de dichos servicios ADSL minoristas a lo largo de cada hora del día, y de cada día de la semana, asumiendo que la reserva de ancho de banda es proporcional no solo al número de horas en las que el abonado está conectado, sino que además tiene en cuenta el diferente peso de cada hora, que vendrá determinada por la carga de la red en cada momento. Asimismo, se asume que tanto las conexiones relativas a las horas de consumo adicional incluidas en las ofertas, así como el resto de horas facturadas por tiempo en el nivel minorista, se sitúan preferentemente en los tramos horarios en los que la red está más cargada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como queda indicado, la modificación del estudio de costes *retail-minus* para adecuarlo a los servicios de ADSL por tiempo, requiere revisar las diferentes hipótesis técnicas en que se basa dicho estudio. Especial atención merece la estimación del dimensionamiento de red en cada una de las configuraciones, para lo que es necesario conocer la carga de la red que soporta la prestación de dichos servicios ADSL minoristas a lo largo de cada hora del día, y de cada día de la semana. En definitiva, dicha modificación del estudio de costes exige conocer detalles técnicos sobre la reserva en ATM e IP por cada conexión de ADSL, así como sobre la carga de la red a lo largo del día, habitualmente manejados por los operadores que explotan red y prestan servicios ADSL. Esta es la razón por la que, para poder llevar a cabo la modificación del estudio de costes *retail-minus*, esta Comisión ha necesitado realizar un requerimiento de información a TESAU. De nuevo en este punto se utilizarán los datos obtenidos por esta Comisión en el marco de la citada Resolución de 20 de diciembre de 2004³².

B. Costes del operador alternativo mediante el servicio mayorista de desagregación de bucle

En cuanto al coste en que incurre un operador alternativo que haga uso del acceso desagregado, se supondrá que dicho operador contrata el servicio de acceso compartido (cuota mensual de prolongación de par de 3 euros). De acuerdo con el modelo de costes que dio lugar a la aprobación precios de la OBA vigentes, mediante Resolución de 31 de marzo de 2004, y teniendo en cuenta la reserva considerada en la citada Resolución de 20 de diciembre de 2004 para cada una de las modalidades, se estima que la producción por un operador alternativo eficiente de un servicio de las características de GigADSL tiene un coste mensual por conexión que se muestra a continuación:

	Reserva (Kbps.)	Coste Mensual desagregado (euros/mes)
ADSL a tu medida Fin de semana	11,88	14,20 euros
ADSL a tu medida Tarde Noche	13,06	14,31 euros
ADSL a tu medida Fin de semana + Tarde Noche	15,54	14,52 euros

³² Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa a la apertura de una procedimiento de notificación de la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio "ADSL a tu medida".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ADSL tiempo libre	16,01	14,57 euros
-------------------	-------	-------------

El importe correspondiente al coste mayorista global de acceso (GigADSL o bucle desagregado) se debe ponderar de acuerdo con los argumentos apuntados en el apartado III.1.1 :

Coste mayorista de Acceso = 0,825 x 22,32 euros/mes + 0,175 x Coste mensual desagregado (fº de la modalidad)

De todo lo anterior se obtendrían los siguientes costes para la prestación de las modalidades objeto de promoción:

Datos expresados en euros/mes	ADSL a tu medida Fin de semana	ADSL a tu medida Tarde Noche	ADSL a tu medida Fin de semana + Tarde Noche	ADSL tiempo libre
Coste mayorista (GigADSL)	20,90	20,92	20,96	20,96
Otros costes de red	3,31	3,45	3,77	3,82
Costes operativos	4,06	4,06	4,06	4,06
Total Costes	28,27	28,43	28,79	28,84

III.1.4 Margen de los servicios “ADSL a tu medida” y “ADSL tiempo libre” comercializados por TESAU

Una vez se han determinado los ingresos y los costes percibidos por TESAU en la comercialización del servicio “ADSL a tu medida”, debe determinarse el importe con que cuenta la operadora para realizar sus promociones de forma compatible con los principios del Derecho de la competencia expuestos anteriormente.

Como ya se ha justificado anteriormente, la variable temporal juega un importante papel en el mercado de referencia. Por tanto, de forma preliminar es necesario determinar el periodo relevante en el que el operador debe poder recuperar los costes de adquisición del cliente, en tanto en cuanto se ha comentado que la captación de un usuario en este mercado comporta unos ingresos recurrentes hasta que éste se cambie de operador o abandone su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consumo. En la citada Resolución de 15 de julio de 2003³³ se consideraron 24 meses como un horizonte razonable para la recuperación completa de los costes de captación. Esta Comisión considera dicho plazo adecuado para el cálculo en el marco del presente procedimiento. De esta forma, y de acuerdo con los cálculos anteriores, las promociones que TESAU pretenda realizar sobre los productos “ADSL a tu medida” y “ADSL tiempo libre” no deberían superar, en ningún caso, los importes detallados a continuación:

Datos expresados en euros	ADSL a tu medida Fin de semana	ADSL a tu medida Tarde Noche	ADSL a tu medida Fin de semana + Tarde Noche	ADSL tiempo libre
Ingresos totales	804,00	804,00	782,40	804,00
Costes totales	678,46	682,28	690,84	692,25
Importe máximo promociones	125,54	121,72	91,56	111,75

III.2 Importe de las promociones sobre el “ADSL a tu medida” y el “ADSL tiempo libre” propuestas por TESAU

Tal como se expuso en los antecedentes de hecho, TESAU propuso en su escrito de 15 de octubre de 2004, la promoción de los conceptos que se detallan a continuación y que se han valorado por esta Comisión como sigue:

- Cuota de alta: 41,83 euros
- Módem USB: 25 euros
- Módem router: 70,80 euros

De forma adicional a los anteriores descuentos, se promocionaba la cuota mensual por un periodo de tres meses a 9,9 euros/mes.

De esta forma, el importe del regalo supone un total, en función de la modalidad, de:

Datos expresados en euros	ADSL a tu medida Fin	ADSL a tu medida	ADSL a tu medida Fin	ADSL tiempo libre
---------------------------	----------------------	------------------	----------------------	-------------------

³³ Ver nota al pie 20.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	de semana	Tarde Noche	de semana + Tarde Noche	
Cuota de alta	41,83	41,83	41,83	41,83
Módem USB	25,00	25,00	25,00	25,00
Módem Router	50,90	50,90	50,90	50,90
Promoción cuota mensual	70,80	70,80	68,10	70,80
Importe total promoción				
Con módem USB	137,63	137,63	134,93	137,63
Con módem router	163,53	163,53	160,83	163,53

Como se puede observar, las promociones propuestas por TESAU superan los márgenes determinados por el estudio de emulabilidad presentado anteriormente, con lo que cabe concluir que no son compatibles con los principios del Derecho de la competencia y su comercialización habría provocado un estrechamiento de márgenes a sus competidores.

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

ACUERDA

Primero.- Dado que las promociones comunicadas por TESAU en su escrito de 15 de octubre de 2004, respecto a las modalidades “ADSL a tu medida” y “ADSL tiempo libre” suponen una reducción de los precios minoristas no emulable por parte de los operadores alternativos, cabe confirmar las medidas cautelares tomadas mediante Resolución de esta Comisión de 21 de octubre de 2004.

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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