



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 15/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de abril de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en relación con el expediente AEM 2005/1697 se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA POR LA DENUNCIA DE FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR UNA PROMOCIÓN EMPAQUETADA DE LOS SERVICIOS IMAGENIO Y TARIFA PLANA NACIONAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTES) solicitando la cesación de una oferta de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) que integra los servicios Imagenio y Tarifa Plana Nacional, cobrando por ello una única cuota mensual, por considerar que la oferta constituye un empaquetamiento abusivo y una venta por debajo de los costes no replicable por los competidores de TESAU, y que por lo tanto se trata de una oferta anticompetitiva.

Por las razones expuestas, en su escrito FTES insta a esta Comisión a adoptar una medida cautelar consistente en la cesación inmediata de la oferta y solicita que esta Comisión se emplee en un análisis de los costes imputados por TESAU a sus servicios con la finalidad de determinar si la oferta resulta en una transferencia de una posición de dominio.

SEGUNDO.- Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión en fecha 13 de diciembre de 2005 se comunicó a FTES y a TESAU la apertura de un periodo de información previa en el marco del expediente AEM 2005/1697.

TERCERO.- En fecha 29 de diciembre de 2005, entró en el Registro de esta Comisión un escrito de FTES que solicitaba una ampliación de plazo para presentar sus alegaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Con fecha 10 de enero de 2006, entró en el Registro de esta Comisión un escrito de TESAU solicitando una ampliación de plazo para presentar sus alegaciones.

QUINTO.- Con fecha 24 de enero de 2006, esta Comisión requirió mediante escrito a TESAU informaciones básicas sobre la oferta denunciada. En particular, se solicitó a TESAU la siguiente información:

“1. Descripción de las condiciones de comercialización de la oferta objeto de denuncia. En concreto se deberá detallar:

- Fecha en que se comunicó a la CMT la intención de comercializar esta oferta.
- Nombre del producto con el que se comunicó a la CMT, en caso de no coincidir éste con el posterior nombre comercial del paquete subvencionado, así como cualquier otra información que permita identificar la promoción de que se trata dentro de la actual oferta comercial de TESAU.
- Fecha de aplicación de la promoción.
- Características del producto promocionado. Componentes del mismo, regalos o conceptos subvencionados. Precios y tarifas. Costes para TESAU de los regalos incluidos en la oferta.

2. Descripción y valoración de todos los costes incurridos por TESAU para la prestación del paquete promocionado. ”

SEXTO.- Con fecha 25 de enero de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, un escrito de TESAU dónde se presentaban alegaciones en el marco del expediente de referencia.

SÉPTIMO.- Con fecha 10 de febrero de 2006, TESAU remitió a esta Comisión escrito de ampliación de plazo para presentar la información requerida.

OCTAVO.- Con fecha 2 de febrero de 2006 esta Comisión recibió escrito de FTES en el que se la informaba que la promoción objeto de la denuncia había sido ampliada hasta el 31 de marzo de 2006.

NOVENO.- Con fecha 9 de febrero de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó resolución por la que se aprobaba la definición y análisis de los mercados de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea. La citada Resolución fue publicada en el BOE número 51 de 1 de marzo de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÉCIMO.- En fecha 13 de febrero de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, una contribución adicional de FTES, que complementaba su escrito de denuncia original.

UNDÉCIMO.- Con fecha 22 de febrero esta Comisión requirió mediante escrito a TESAU las siguientes informaciones sobre la oferta denunciada:

- “1. Número total de líneas del producto “Dúo Imagenio + Llamadas”, aportar datos mensuales desde el inicio de la comercialización del producto hasta 31 de enero de 2005.
2. Del número total de líneas del producto “Dúo Imagenio + Llamadas” indicar:
 - Cuántas se han producido como resultado de su migración desde productos de voz de la propia TESAU;
 - Cuántas se han producido como resultado de su migración desde productos de operadores alternativos.
 - Cuántas son causa de altas nuevas (clientes que antes no disponían de línea fija)
3. Indicar la evolución mensual de los clientes de tráfico de voz (entre marzo de 2005 y enero de 2006) indicando qué parte de ellos no están suscritos a servicios de banda ancha.
4. El consumo medio (minutos/mes) de tráfico de voz de los clientes de Telefónica que ha suscrito el dúo antes de suscribirlo.
5. Aportar las condiciones contractuales del servicio, en particular si existe alguna obligación para el cliente de permanencia mínima en el servicio de Imagenio. Indicar cuáles son esas obligaciones.”

DUODÉCIMO.- En fecha 22 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de ASTEL (Asociación Española de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones) en el que presentaba alegaciones en el marco del expediente de referencia y solicitaba personarse como interesada del mismo. En dicho escrito se manifiestan dos posturas, la de ASTEL como asociación y la opinión particular de ONO en los puntos dónde este operador discrepa respecto del resto de los componentes de ASTEL.

DÉCIMOTERCERO.- Con fecha 23 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, la respuesta al requerimiento de información formulado a TESAU por esta Comisión en fecha 24 de enero de 2006.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 16 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, la respuesta al segundo requerimiento de información a TESAU efectuado el día 22 de febrero de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

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”*.

Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley 32/2003 recoge los objetivos cuya consecución 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 su parte, el artículo 48.3 de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función:

“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.”

En uso de la habilitación competencial citada, mediante Resolución de esta Comisión de 9 de febrero de 2006, (publicada en el B.O.E. de 1 de marzo de 2006) se aprobó la definición y análisis de los mercados de servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento residencial, servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento residencial, servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento no residencial y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento no residencial, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicha Resolución, tras definir y analizar los mercados citados, se concluye que no eran realmente competitivos y se identificó a TESAU como operador con poder significativo en los mismos, imponiéndose, entre otras, la obligación de no comercializar ofertas minoristas tanto generales como personalizadas que impliquen riesgos para la libre competencia por medio del empaquetamiento abusivo o injustificado.

Por su parte, la Disposición transitoria octava de la LGTel establece que la CMT *“seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales que le atribuye la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual”*.

Por otra parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, 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.

De igual forma, el artículo 69.2 de LRJPAC, habilita a esta Comisión a la apertura de un período de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas de la reclamación presentada y, consecuentemente, la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

II. MERCADOS AFECTADOS POR LA PROMOCIÓN EMPAQUETADA DE LOS SERVICIOS IMAGENIO Y TARIFA PLANA NACIONAL

Para analizar los supuestos efectos anticompetitivos de la oferta comercial Dúo de TESAU se sigue un análisis que se divide en tres fases: (I) Definición de los mercados relevantes afectados por las conductas de TESAU, (II) análisis de la posición de TESAU en estos mercados, y (III) análisis de la conducta de TESAU en la comercialización del paquete y análisis de los efectos en el mercado de esta conducta.

II.1 Características de la promoción objeto de análisis y análisis de los mercados de referencia

La oferta objeto de análisis en el presente procedimiento incluye el servicio de televisión IMAGENIO y el servicio de tráfico de voz “Tarifa Plana Nacional” que comprende todas las llamadas metropolitanas, provinciales y nacionales. TESAU cobra por este paquete de servicios una cuota mensual de 25 euros (o de 20 euros con promoción).

Características de la oferta Dúo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	Precios sin promoción		Precios con Promoción	
	Cuota de alta	Cuota Mensu	Cuota de alta	Cuota Mensu
Precio conjunto de los servicios	38,10 €	25,00 €	30,00 €	20,00 €
Alquiler descodificador	-	6,50 €	-	6,50 €
Módem router inalámbrico	14,14 €	-	Gratis	-
Opción adicional de mantenimiento módem router inalámbrico para Imagenio	-	6,01 €	-	6,01 €

II. 1. 1 Mercados del producto

Los mercados de producto directamente afectados en el marco del presente informe son los de los productos incluidos en el paquete: El mercado de servicios de televisión de pago y el mercado de tráfico telefónico fijo. Además, dado que FTES y ASTEL identifican efectos del empaquetamiento en el mercado de servicios minoristas de banda ancha, este también se considera en el análisis.

A. Mercado de tráfico telefónico fijo

La tarifa plana plan de precios 10 es un producto de TESAÚ que se oferta en los mercados de servicio telefónico fijo disponible al público. Por tanto, los mercados 3 y 5 de la Recomendación de la CE¹ (en adelante, la Recomendación) son los mercados afectados.

Así, en la Resolución de esta Comisión de 9 de febrero de 2006, se aprobó la definición y análisis de los mercados de servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento residencial, servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento residencial, servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento no residencial y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija para el segmento no residencial, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones.

Dicha Resolución establece que los mercados de los servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales en España, comprenden el servicio de realización de llamadas, desde un punto de terminación de red no móvil, con destino a ubicaciones fijas o móviles, incluyendo las llamadas a centros de acceso a servicios de Internet, de emergencia, información telefónica y otros servicios prestados a través de numeración no

¹ Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2003/311/CE).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

geográfica pertenecientes al Plan de Numeración español, comercializados a clientes pertenecientes al segmento residencial y no residencial.

B. Mercado de servicios de banda ancha²

El servicio de acceso a Internet de banda ancha al por menor 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 conmutado). En concreto, los argumentos que justificaban la separación de ambos servicios en dos mercados de referencia diferentes eran los siguientes:

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

Estas diferencias entre los servicios de banda ancha y los servicios de acceso a Internet sobre red telefónica tradicional aún se mantienen por lo que no cabe modificar la definición de las resoluciones anteriores.

El servicio cuyo mercado esta potencialmente afectado por el empaquetamiento objeto de la denuncia se presta a través de varias alternativas tecnológicas, entre las cuales se encontrarían las tecnologías xDSL, cuyo exponente más paradigmático 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.

C. Mercado de servicios de televisión de pago

Con su servicio Imagenio TESAU compite en el mercado de la televisión de pago. Los clientes de los servicios de televisión de pago contratan con el proveedor de los servicios la recepción de unos contenidos audiovisuales, por los cuales pagan al proveedor una

² Este es un mercado de producto, que a pesar de no estar directamente incluido en la oferta, según las alegaciones de FTES y ASTEL sí está afectado por el empaquetamiento objeto de este informe.

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

cantidad. Para el ámbito geográfico español, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe sobre la concentración económica SOGECABLE/VÍA DIGITAL (C 72/02), distinguió este mercado de pago del mercado de televisión “en abierto” donde el proveedor de servicios audiovisuales transmite gratuitamente unos contenidos al público⁵. En el mercado “en abierto” los ingresos del proveedor se originan por los pagos por publicidad de diversos anunciantes. Esos ingresos dependen del éxito del proveedor en la consecución de cuotas de audiencia.

Si bien la práctica del Derecho de la Competencia exige que la definición del mercado de referencia se haga para cada caso concreto⁶, se constata que las condiciones por las que el Tribunal de Defensa de la Competencia dictaminó que el mercado en abierto era distinto que el mercado de pago siguen vigentes en la actualidad.

II.1.2 Mercado geográfico

En primer lugar, en relación con el mercado de tráfico telefónico fijo, la Resolución de esta Comisión de 9 de febrero de 2005 ya citada ha concluido que el ámbito geográfico de dicho mercado es nacional.

En segundo lugar, en relación con el mercado de servicios de banda ancha al por menor, esta Comisión en sus Resoluciones de 19 de septiembre de 2002, de 18 de diciembre de 2003, y de 21 de abril de 2005, ha concluido que dicho mercado tiene un alcance geográfico nacional.

Por último, respecto de los servicios de televisión de pago, en el Informe sobre la concentración económica SOGECABLE/VÍA DIGITAL (C 74/02), el Tribunal de Defensa de la Competencia concluyó que *“La dimensión geográfica del mercado de prestación de servicios de televisión de pago viene determinado por fronteras lingüísticas y culturales de carácter nacional”*.

II.2 Análisis de la posición de TESAU y del Grupo Telefónica en los mercados afectados⁷

⁵ Varios casos de la Comisión Europea coinciden en esta definición: COMP JV 37 BskyB/Kirch Pay TV, IV M. 993 Bertelsmann/Kirch/Première, COMP M.2211 Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel, COMP JV 57-TPS.

⁶ Ver Caso T-125/97, Coca-Cola v Comisión.

⁷ De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y nacional en materia de competencia, resulta adecuado considerar a un grupo de sociedades como una “unidad económica” cuando sus integrantes carecen de autonomía de comportamiento, estando sujetas a un control único. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en su sentencia de 14 de julio de 1972, (ICI, As. 48/69) ha considerado que, si una filial, aun teniendo personalidad jurídica propia, carece de independencia de actuación en el mercado, constituye una unidad económica junto con la sociedad matriz. Cuando la participación es del 100%, puede presumirse el ejercicio efectivo de control. TESAU y TERRA son empresas del grupo Telefónica participadas en su totalidad por Telefónica S.A. En este sentido, en el mercado minorista de banda ancha es más acertado analizar la actividad de ambas empresas conjuntamente y evaluar la posición de dominio del Grupo agrupando sus cuotas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tratándose de una denuncia que versa sobre unos posibles abusos de una posición dominante el segundo estadio del análisis debe necesariamente centrarse en la existencia o no de tal posición de dominio.

II.2.1. Mercado de tráfico telefónico fijo

En la Resolución de 9 febrero de 2006 citada con anterioridad, se concluye que no existe competencia efectiva en ninguno de los mercados de referencia analizados, por lo que se identifica a TESAU como operador con poder significativo de mercado y se le imponen una serie de obligaciones con el fin de garantizar que no pueda utilizar su peso de mercado para restringir o falsear la competencia en los mercados pertinentes, ni apoyarse en dicho peso en los mercados adyacentes.

Entre dichas obligaciones se encuentran aquéllas relativas a la provisión de los servicios al por menor. En concreto, en el Anexo 2.1 a) se establece que TESAU no podrá comercializar ofertas minoristas, tanto generales como personalizadas, que impliquen riesgos para la libre competencia por medio del empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...). Como se ha indicado en la Habilitación Competencial, corresponde a la CMT la supervisión de las obligaciones impuestas a los operadores con poder significativo de mercado.

II.2.2. Mercado de servicios de banda ancha

Durante el año 2004 el mercado de servicios de banda ancha creció con fortaleza. En efecto, el Informe Anual 2004 de esta Comisión, indica un crecimiento anual del 56% en término de ingresos y del 52% en término de clientes. Este crecimiento supuso una ganancia neta de algo más de 1,3 millones de clientes en un año. Comparando datos de septiembre de 2004 y de junio de 2005 se comprueba que en estos 9 meses se ha mantenido una elevada tasa de crecimiento, situada a un nivel del CONFIDENCIAL [%].

La siguiente tabla indica cuales son las cuotas de mercado por número de clientes y por ingresos de los distintos operadores en el mercado de banda ancha para el segundo trimestre de 2005.

CONFIDENCIAL [

Tabla 2 Cuotas de mercado por ingresos y clientes (Abril-Junio 2005)

Fuente: Informe Trimestral, 2005-II]

Estos datos muestran que las empresas del Grupo Telefónica tienen una cuota conjunta de mercado por clientes de un 51%. Sin embargo, se debe señalar que en este mercado las empresas del Grupo Telefónica vienen reduciendo su posición paulatinamente cómo se puede observar en el gráfico 2. Por ejemplo, la cuota de mercado por clientes de éstas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se redujo en un 3% de diciembre de 2004 a junio de 2005⁸. Se debe señalar que este decrecimiento se ha producido en un periodo el en que la cuota de los operadores de cable y de los operadores alternativos aumentaba hasta los niveles respectivos de CONFIDENCIAL [% y CONFIDENCIAL [% (segundo trimestre 2005).

Con respecto a los ingresos, se comprueba que entre 2003 y 2004 la cuota de TESAU pierde 2,4 puntos porcentuales que ganan principalmente los operadores alternativos ya que la cuota de los operadores de cable aumenta solo 0,2 puntos porcentuales. CONFIDENCIAL [%]. Que la cuota de TESAU en ingresos sea mayor que en términos de clientes, significa que esta empresa factura más por cliente que el resto de los operadores

CONFIDENCIAL [%]

Gráfico 2. Evolución del mercado de Banda Ancha

Fuente: CMT-Informe anual 2003 y 2004 y Servicio de Estudios CMT]

Para calificar la posición de dominio en este asunto se debe considerar la teoría de los mercados conexos: Según la Resolución del Tribunal de Justicia Europea en el asunto Tetra Pak II⁹, 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. En los párrafos que siguen se argumenta que es precisamente la posición dominante del TESAU en los mercados de accesos mayoristas lo que permite concluir que el Grupo Telefónica es también dominante en el mercado minorista de banda ancha¹⁰.

Un elemento esencial para la comercialización de servicios minoristas de banda ancha son los servicios de acceso. La red de acceso es el aspecto más costoso en tiempo y despliegue de las redes de telecomunicaciones. La red de TESAU no es la única infraestructura a partir de la que se pueden prestar los servicios de banda ancha. Sin embargo, las redes alternativas no son comparables a la de TESAU en cuánto son de menor tamaño y se circunscriben a ámbitos geográficos más limitados. En efecto, TESAU mantenía en marzo de 2005 más de 12 millones de clientes de acceso directo, mientras que los operadores alternativos contaban solamente con 1,98 millones. En términos de líneas, TESAU mantenía más de 15,7 millones de líneas y los operadores alternativos 2,3. La desproporción entre estas cifras es clara y constituye la razón por la que estas redes alternativas no pueden considerarse sustitutas a la red de ámbito nacional de TESAU. Esta conclusión se reafirma si se añade que es muy improbable que

⁸ En este mismo período la cuota de mercado de FTES creció en un CONFIDENCIAL [% y las de Yacom y Auna crecieron en un CONFIDENCIAL [%].

⁹ Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.

¹⁰ Este mismo argumento ha sido empleado por esta Comisión con anterioridad. Por ejemplo, en la Resolución del 23 de febrero sobre los posibles efectos anticompetitivos de la "Promoción Bienvenida" de la Línea Imagenio, en la Resolución del 23 de febrero sobre los posibles efectos anticompetitivos del empaquetamiento de los servicios ADSL mini, Imagenio y Tarifa Plana Nacional y en la Resolución del 12 de enero de 2006 sobre la promoción de verano del servicio línea Imagenio bajo la opción de ADSL de facturación por volumen.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en un futuro inmediato estas redes se extiendan a todo el territorio nacional, dados que los costes necesarios para la creación de tales infraestructuras resultan poco rentables.

Por estas razones los operadores pueden acudir a los servicios mayoristas basados en la red de acceso del operador histórico. Pero ni siquiera esta existencia de servicios mayoristas alternativos (OBA) es en este momento una alternativa viable a la red de acceso de TESAU. Así, en diciembre de 2005, el número total de bucles desagregados ascendió a 434.758, esto es, solamente el 2,52% de los pares activos de TESAU.

El control por parte de las empresas del Grupo Telefónica y, de TESAU en particular, de una infraestructura esencial en la producción del servicio minorista de banda ancha da ventaja a TESAU de una forma innegable. La combinación de esta ventaja y el vínculo entre el mercado de banda ancha y el del acceso local, hace que deba considerarse a este grupo empresarial como un operador dominante no solo en la provisión de los servicios mayoristas, sino también en el servicio minorista de banda ancha¹¹.

En este sentido, es preciso señalar que, en el marco del procedimiento de análisis de mercado y designación de operadores con poder significativo de mercado, los proyectos de medida relativos a los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, y de acceso desagregado al por mayor al bucle de abonado han sido notificados a la Comisión Europea en fechas 7 de abril de 2006 y 3 de abril de 2006 respectivamente, estando a la espera de los correspondientes comentarios¹². En ambos mercados, los proyectos de medida identifican al Grupo Telefónica como operador con poder significativo de mercado, imponiéndosele las correspondientes obligaciones. En particular, cabe destacar que respecto del mercado de acceso de banda ancha al por mayor, se propone imponer al Grupo Telefónica, entre otras, la obligación de comunicar los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, prohibiéndosele realizar empaquetamientos abusivos o injustificados.

II.2.3. Posición de TESAU en el mercado de servicios de televisión de pago y contenidos bajo demanda

En los últimos tiempos este mercado se ha desacelerado, constatándose en el año 2004 un descenso tanto en el volumen de negocio generado como en la cifra de clientes de estos servicios. En particular, el número de abonados de Sogecable se redujo y aumentaron los abonados a servicios de televisión por cable. La siguiente tabla indica la evolución de las cuotas de mercado en el mercado de la televisión de pago desde el primer trimestre de 2004 hasta los últimos datos disponibles en esta Comisión.

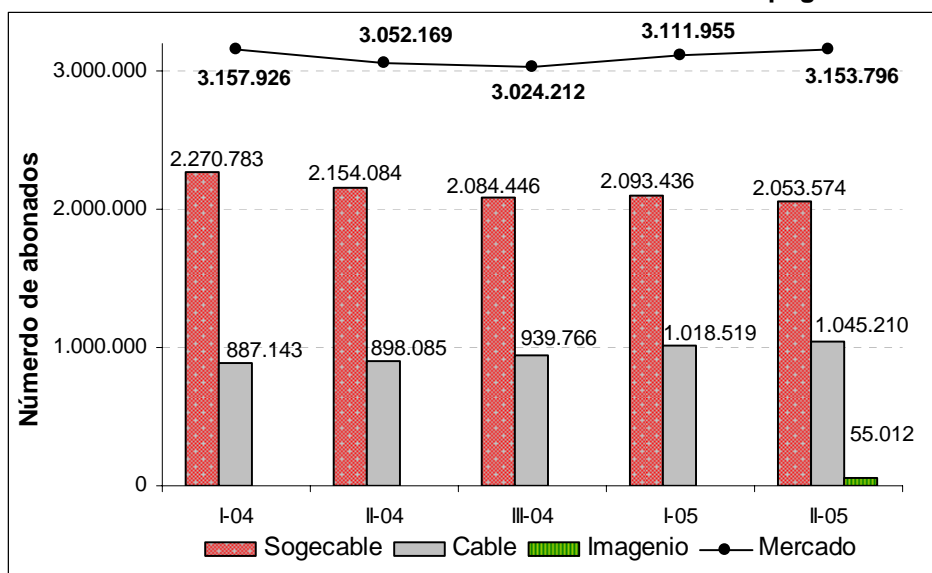
¹¹ Argumentos similares fueron utilizados por la Comisión Europea en la Decisión de 21 de mayo de 2003, Asunto COMP/C-1/37.451, Deutsche Telekom, AG.

¹² Resolución de 30 de marzo de 2006 y de 6 de abril de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gráfico 1. Evolución de abonados de televisión de pago



Fuente: CMT-Informes trimestrales I, II y III 2004 y I, II 2005, CMT

Estos datos muestran la presencia de TESAU en este mercado es poco significativa (su cuota en el segundo trimestre del 2005 era del CONFIDENCIAL [%]), con lo que su posición no es dominante. Sin embargo, la siguiente tabla constata el crecimiento del servicio Imagenio que en fecha 31 de enero de 2006 contaba con CONFIDENCIAL [225,191] líneas.

CONFIDENCIAL[

Tabla 1. Evolución de las líneas de Imagenio en el mercado minorista

]

Sin contar con datos sobre el número de abonados del resto de rivales, es imposible calcular con certeza una actualización de la cuota de TESAU. Sin embargo, bajo un supuesto en el que el número total de abonados en el mercado no decrece, ésta se situaría entre el CONFIDENCIAL [%], y el CONFIDENCIAL [%]. Dado lo reducido de esta cuota, se concluye que en este mercado TESAU no es dominante.

II.3 Análisis de la conducta realizada por TESAU en la comercialización Del paquete Dúo Imagenio + Tarifa Plana Nacional y de los efectos en el mercado de esta conducta.

II.3.1. Consideraciones preliminares

De forma preliminar al análisis de la práctica objeto del presente procedimiento, cabe hacer ciertas consideraciones respecto al propio servicio de televisión de pago Imagenio. La comercialización efectiva del servicio Imagenio se ha producido en los últimos meses. Lo reciente de estos sucesos dificulta a esta Comisión evaluar los posibles futuros efectos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que el servicio Imagenio pueda tener en su propio mercado y sobre otros mercados minoristas. En particular, en la consulta pública sobre el Artículo 82 la Comisión Europea propone las siguientes variables para examinar el carácter ilícito de un empaquetamiento:

- Porcentaje de ventas que se realizan de forma empaquetada;
- Posición de la empresa dominante en los mercados afectados;
- Número de clientes afectados por la venta empaquetada y su importancia en la prevención de la entrada en el mercado;
- Número de clientes que valoran los productos incluidos en el paquete;
- Importancia de las economías de escala, curva de aprendizaje o economías de red o barreras a la entrada en el mercado empaquetado.

Como se puede observar, estas variables deben ser analizadas caso a caso. Esto es especialmente cierto en el caso de un contexto cambiante como es el del servicio Imagenio.

II.3.2. Sobre la existencia de efectos anticompetitivos resultantes de la oferta empaquetada de TESAU

Según la Comisión Europea: “Una empresa dominante en el mercado desde el que se empaqueta puede, a través de ese empaquetamiento, cerrar el mercado empaquetado y también indirectamente el mercado desde el que se empaqueta (...)”¹³.

Con esta cita la Comisión recoge lo que en la literatura económica se conoce como el efecto apalancamiento; la posibilidad de que una empresa traslade su poder de mercado desde un mercado dónde es dominante a uno donde no lo es. Este efecto se puede producir bien porque los productos de los mercados son bienes complementarios y la empresa supedita la compra del bien en el que es dominante a la compra del bien complementario (por ejemplo, a través de su empaquetamiento puro) o bien porque, a pesar de que los productos no sean complementarios, la empresa ofrece tal descuento por la compra conjunta que los consumidores optan por esta en vez de considerar la compra de uno u otro bien de un rival. Ambas prácticas pueden conllevar un cierre del mercado del bien empaquetado. En efecto, el Derecho de la competencia y la jurisprudencia consolidada establecen que la vinculación anticompetitiva puede constituir un abuso de posición de dominio cuando implique una extensión de la posición de dominio desde un mercado dominado a otro no dominado y dicha vinculación no esté justificada de forma objetiva.

No obstante, FTES admite en su escrito del 15 de febrero de 2006 que el cierre de mercado resultante del empaquetamiento de los servicios de televisión de pago y tráfico de voz, no resulta de una traslación de posición de dominio de un mercado donde TESAU es dominante (tráfico de voz) a un mercado donde TESAU no es dominante (televisión de pago), sino precisamente lo contrario. Según FTES, TESAU trata de reforzar su ya existente posición de dominio en el mercado de banda ancha a través del empaquetamiento con el servicio de televisión de pago. FTES añade que la traslación de

¹³ Comisión Europea: Consulta pública sobre la aplicación del Artículo 82 del Tratado. Diciembre 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

poder de mercado (efecto apalancamiento) no es el único mecanismo económico del que se pueden derivar posibles efectos anticompetitivos de un empaquetamiento. Así FTES propone otras dos razones para argumentar que la oferta ocasiona un cierre anticompetitivo del mercado minorista de ADSL. Primero, la existencia de una incompatibilidad técnica que impide a los abonados del servicio Imagenio la suscripción del servicio de banda ancha de un operador alternativo. Segundo, que la estrategia de TESAU obliga a FTES a prestar un servicio de televisión de pago, siendo esto imposible a los actuales niveles de desagregación del bucle y vistas las dificultades en lograr acceso al bucle de abonado. Con todo esto FTES sugiere que hay barreras a la entrada en el mercado de televisión que impiden a sus competidores competir en igualdad de condiciones.

En la próxima sección se analizan los aspectos “horizontales” derivados de la denuncia de FTES, determinándose la existencia o no de un empaquetamiento ilícito (bien fuera este resultado de una traslación de poder de mercado horizontal o a causa de la existencia de barreras a la entrada en el mercado de televisión de pago, esto último considerado en la sección II.3.4). Las cuestiones de tipo “vertical”, como la existencia de posibles estrechamientos de márgenes resultantes de la oferta de TESAU (también denunciados por FTES y ASTEL) se tratan en la sección II.3.5. Finalmente, la cuestión de la incompatibilidad tecnológica se trata en la sección II.3.6.

II.3.3. Sobre la existencia de un empaquetamiento anticompetitivo

Esta Comisión considera adecuado determinar, en línea con las alegaciones de FTES, si la promoción propuesta por TESAU constituye un empaquetamiento anticompetitivo desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. En coherencia con la jurisprudencia comunitaria¹⁴, la CMT ha examinando con anterioridad si este tipo de conductas facilitaban una traslación de poder de mercado con efectos anticompetitivos observando si en los distintos asuntos se daban las siguientes circunstancias:

1. Existencia de mercados de producto separados: en otro caso, existiría un único producto y no podría darse una venta empaquetada;
2. 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 horizontal;
3. La empresa dominante no ofrece la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete (se trata pues de un empaquetamiento puro);
4. El empaquetamiento cierra el mercado a la competencia.

Sin embargo, hay manifestar que desde el asunto Hoffman-La Roche¹⁵, también se considera la posibilidad de que un empaquetamiento mixto o combinado pueda considerarse anticompetitivo, matizando la tercera condición de la lista. En los siguientes

¹⁴ Véase Asunto C-3/37.792.

¹⁵ Asunto 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Comisión [1979]. En este asunto Hoffman ofrecía un descuento de un 1%-20% sobre los precios individuales si sus clientes adquirían varios productos de su marca.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puntos se examina si, para la promoción de referencia, se dan las condiciones anteriores (1-4), analizando la situación en los diferentes mercados afectados y la justificación de la oferta propuesta.

1. *Sobre la existencia de mercados separados*

La existencia de mercados separados se desprende de resoluciones anteriores de esta Comisión. En particular, la Resolución con fecha 21 de abril de 2005 argumentaba las razones por las que se permitía el empaquetamiento del servicio Línea Imagenio con el servicio telefónico fijo. En esa resolución se distinguían tres mercados de producto afectados por el paquete: el mercado de tráfico telefónico fijo, el mercado minorista de servicios de Internet de banda ancha y el mercado de televisión de pago.

2. *Sobre la extensión de la posición de dominio del Grupo Telefónica*

Tanto FTES como ASTEL describen a la oferta Dúo Imagenio + Llamadas como un empaquetamiento con efectos anticompetitivos en el mercado minorista de banda ancha¹⁶. Sin embargo, cómo indica el análisis efectuado en la sección II.2.1. TESAU no es dominante en el mercado de televisión de pago. Esta ausencia de posición de dominio en el producto empaquetado supone el no cumplimiento de la segunda condición. Dado que TESAU no es dominante en el mercado de televisión de pago no puede existir ninguna extensión de poder de mercado desde este mercado a otro. No obstante, esto no significa que pudiera existir un perjuicio para el consumidor derivado de la oferta de TESAU debido a otros motivos. Estos otros motivos se analizarán en otras secciones de este escrito.

Sin embargo, en las alegaciones de ASTEL se manifiesta que según ONO los efectos anticompetitivos del paquete se producen en el mercado de televisión de pago, siendo estos efectos los que deben evaluarse. En este caso, si se cumple la segunda condición de la lista por lo que se procede al análisis de los puntos 3 y 4 de la lista.

3. *Sobre la posibilidad de contratar los servicios fuera del paquete*

En el caso de la promoción objeto del presente procedimiento, los consumidores pueden contratar el servicio de tarifa plana nacional (plan de precios 10 de TESAU) con independencia de la contratación del servicio Imagenio. Sin embargo, el contrato de la promoción propuesta por TESAU supone un ahorro de 9 euros para el cliente cuando este considera la alternativa de una compra separada de los dos servicios. Por tanto, por definición, la oferta constituye un empaquetamiento mixto entre el servicio telefónico fijo y el servicio de televisión de pago.

4. *Sobre el cierre de mercado a la competencia en el mercado de servicios de televisión de pago y video bajo demanda*

Sobre este respecto se debe mencionar que hay una variedad de tecnologías mediante las cuales se puede ofrecer un servicio de televisión de pago como es el de Imagenio. Sin

¹⁶ En ninguna de estas dos alegaciones se mencionan los posibles efectos en el mercado de tráfico de voz. Sin embargo el argumento del párrafo es también válido para este mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

embargo, al margen del precio, son los contenidos de los canales de televisión y el acceso a los contenidos premium y no la tecnología lo que determina el atractivo para el consumidor de una oferta de televisión de pago y, en consecuencia, la capacidad de diferenciación de los competidores. En este sentido, la principal diferencia entre el servicio de más éxito (Sogecable) y los servicios de sus competidores radica en la no inclusión de cortes publicitarios en las emisiones, y en la emisión regular de acontecimientos deportivos de interés y películas de estreno sin condicionarlas a ningún pago adicional. Esta diferenciación del producto dificulta un posible cierre de mercado, por parte de TESAU, basado únicamente en una política de descuentos. Los últimos datos disponibles se presentan en la tabla:

CONFIDENCIAL [

Tabla 3. Ingresos y cuotas de mercado de la televisión de pago

Fuente: Informe Trimestral, 2005-II]

Conforme a estos datos la presencia de TESAU en este mercado es minoritaria. Esta conclusión se afianza si se recuerda que la cuota de mercado por número de clientes de TESAU es de un CONFIDENCIAL[%] (o incluso si se considera la estimación del CONFIDENCIAL[%] propuesta en la sección II.2.1).

Otro punto importante es que la estrategia de empaquetamiento de TESAU no supone ninguna innovación comercial en este mercado. Los empaquetamientos de distintos servicios han sido utilizados por todos los operadores con anterioridad y de forma recurrente. En particular, una vértebra de la estrategia comercial de los operadores de cable ha sido desde sus inicios el empaquetamiento de servicios. Por ejemplo, en fecha 28 de Febrero de 2006 los consumidores pueden abonarse a seis variedades de servicio combinado de televisión de pago y servicio telefónico fijo de ONO. La oferta de ONO más parecida al Dúo de TESAU esta compuesta por una tarifa plana nacional, que incluye todas las llamadas nacionales gratis, y un servicio de televisión, que oferta, además de otros, aproximadamente 38 de los 52 canales disponibles a través de Imagenio. El precio de este paquete es de 28,90 euros al mes (adicionalmente hay una promoción de la cuota de alta y de la instalación que son gratuitas). Este precio es menor que el precio del Dúo Imagenio sin promoción de 38,10 euros y mayor que el precio con promoción de 20 euros/mes. Sin embargo una comparación más fidedigna debe considerar que a diferencia de TESAU, ONO no cobra una cuota mensual de acceso a sus clientes. El precio mensual de esta cuota es de 13,43 euros, que añadidos a los 20 euros mensuales del Dúo (en promoción) suponen un gasto mensual para el cliente de 23,43 euros, ligeramente inferior al de ONO.

Estos argumentos indican que es altamente improbable que la oferta de TESAU resulte en un cierre de mercado de televisión de pago y más bien indican que esta oferta incide en este creando mayor competencia. En este sentido, en su escrito, TESAU describe su práctica como el resultado de una política defensiva de alineación con la dinámica del mercado: "Esta oferta no hace sino alinearse con prácticas análogas de los competidores desarrolladas en el mercado; protegiendo así sus intereses comerciales en términos de la más estricta eficiencia económica y con efectos neutrales en el mercado". Con esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afirmación TESAU usa un argumento de eficiencia para defender su estrategia¹⁷ y adicionalmente da a entender que su política de empaquetamientos es una consecuencia de la rivalidad con los operadores de cable. En este último sentido TESAU cita al Tribunal de Justicia Europeo en los asuntos United Brands¹⁸ y Michelin¹⁹, en los que este se ha pronunciado conforme con la idea de que una empresa dominante puede legítimamente usar una estrategia defensiva de sus intereses comerciales siempre que esta responda proporcionalmente a las acciones perjudiciales de sus rivales. Así, el Tribunal de Defensa de la Competencia²⁰ establecía que “Es cierto que, conforme tiene declarado este Tribunal en innumerables ocasiones, al que se encuentra en una posición dominante le vienen impuestas ciertas exigencias que no se pueden imponer a quien no se encuentra en esa situación, pero el mantenimiento de esa doctrina no puede conducir hasta el extremo de que al monopolista se le impida cualquier innovación en su actividad empresarial simplemente porque los competidores no puedan acceder a ella, máxime cuando, (...), benefician a los consumidores. No se puede ni tan siquiera considerar (...) la pretensión del recurrente, pues ello implicaría limitar la libertad comercial de Telefónica, impedirle la utilización de un medio eficiente y perjudicar a los consumidores.”

Dado que en su escrito TESAU no incluye evidencia alguna del supuesto perjuicio ocasionado por la competencia de los operadores de cable, en un ejercicio de precaución y para comprobar la veracidad de esa afirmación, se ha constatado que tal perjuicio existió. Según datos de los Informes Anuales 2003 y 2004 durante el transcurso de ese tiempo el número total de clientes de acceso directo de TESAU disminuyó en 176.449 clientes (lo que supuso una reducción de ingresos de 2,3 millones de euros). En ese mismo año el mercado creció en 185.434 clientes y los operadores de cable ganaron aproximadamente 351.694 clientes. Se puede obtener una estimación conservadora del número de clientes que migraron de TESAU a los operadores de cable atribuyendo todo el crecimiento del mercado a estos. Este cálculo indica que en un año aproximadamente TESAU perdió 166.260 en favor de los operadores de cable. Considerando el ingreso medio por cliente de TESAU en el año 2004, esta migración supuso a ese nivel de precios una reducción mínima de sus ingresos de alrededor de un millón de euros.

En conclusión, por todas las razones expuestas, a pesar de que la base de clientes de Imagenio y su cobertura se hayan incrementado, no se observan los efectos anticompetitivos en el mercado de servicios de televisión de pago que aduce ONO. A pesar de esto, como ya se ha expuesto con anterioridad, el servicio Imagenio y su relación con los mercados de servicios de acceso a Internet de banda ancha y servicio telefónico fijo es cambiante dado el carácter dinámico de la evolución del servicio. De esta forma, cabe considerar que la situación de este servicio es todavía incipiente y que cualquier valoración de la situación actual pueda cambiar en el futuro.

¹⁷ TESAU no aporta ningún dato o argumento que sustente la afirmación que la venta combinada de los servicios responda a una persecución de eficiencia económica. Sin embargo, es plausible que la venta conjunta de los servicios incluidos en el paquete redunde en unos menores costes medios para TESAU. En industrias de red, las economías de escala y alcance son importantes, dado que la red de acceso telefónica fija comparte costes con el resto de servicios.

¹⁸ Sentencia de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76

¹⁹ Asunto T-203/01

²⁰ Resolución de 23/11/98, Asunto r314/97, Intertrace/Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.3.4. Sobre la existencia de barreras a la entrada en el mercado de televisión de pago.

En sus alegaciones FTES argumenta que vistas las dificultades en lograr acceso al bucle de abonado y los actuales niveles de desagregación un competidor de TESAU no podría ofrecer un servicio parecido a Imagenio. Con todo esto se sugiere que hay barreras a la entrada en el mercado de televisión que no pueden ser superadas por un competidor eficiente de TESAU, y que a raíz de esto TESAU disfruta de unas ventajas irreplicables. En el mismo sentido ASTEL alega que la emulabilidad es una cuestión práctica y no meramente teórica, por lo que, según ASTEL, deben compararse las posibilidades efectivas de replicar los servicios sobre los productos mayoristas existentes.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que, en el marco de la aprobación de la Oferta del Bucle de Abonado²¹ (en adelante OBA), esta Comisión estableció, en relación con los servicios incluidos en la Línea Imagenio que:

“En la actualidad, no pesa sobre TESAU obligación de prestar un servicio mayorista en relación con los servicios de contenido bajo demanda y la distribución de canales de televisión, y, teniendo en cuenta lo establecido en la Disposición transitoria primera.3 de la Ley General de Telecomunicaciones, hasta que se produzca el análisis de los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, el ámbito geográfico de los mismos y la identificación del operador u operadores que posean un poder significativo en cada mercado considerado, no se podrán establecer nuevas obligaciones en materia de acceso a los operadores dominantes.”

Por lo tanto, se deduce que un servicio como el de Imagenio queda fuera del ámbito de aplicación de la OBA. En cualquier caso, y para asegurar la replicabilidad de estos servicios por terceros operadores mediante la desagregación del bucle, se acordó modificar el texto vigente de la OBA incorporando la autorización de TESAU para la instalación de equipos (servidores de vídeo y routers) por parte de los operadores habilitados.

En conclusión, ya se examinó en el contexto de la OBA la idoneidad de los servicios mayoristas actualmente existentes para replicar los servicios de Imagenio, concluyéndose que eran suficientes para replicar todas las prestaciones de banda ancha y que la imposición de nuevas obligaciones mayoristas respecto a los servicios audiovisuales y contenidos bajo demanda quedarían fuera del ámbito de dichas obligaciones.

En segundo lugar, efectivamente, esta Comisión no desconoce los problemas de aplicación de la OBA. Tanto es así que en este momento se encuentran abiertos un número elevado tanto de conflictos como de expedientes sancionadores y con anterioridad esta Comisión han resuelto una serie de conflictos de acceso entre operadores alternativos y TESAU²². De esta forma, esta Comisión no puede considerar

²¹ Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se aprueba la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado de Telefónica de España, S.A.U.

²² - Resolución de 2 de febrero de 2006 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U., en relación con el cumplimiento de plazos del servicio de colocación de la OBA (Expediente DT 2005/811)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que la desagregación del bucle del abonado sea un servicio mayorista teórico sino que es un servicio que permite una presión competitiva sobre TESAU.

Por tanto, existen elementos mayoristas para replicar el servicio Imagenio. Se añade a esto que la posición de TESAU en el mercado de la televisión de pago y los contenidos es tal que no le permite contar con una ventaja para la comercialización del servicio Imagenio: la ausencia de una posición relevante en el mercado de la televisión de pago hace que TESAU no cuente con una ventaja en la provisión de dichos servicios. Por tanto, todos los operadores cuentan con la misma capacidad para empaquetar estos servicios.

En efecto, en los últimos meses se ha venido publicando en prensa diversas noticias según las cuales, algunos de los principales proveedores de acceso a Internet en España (alternativos a TESAU) como son Wanadoo y Ya.com tienen casi a punto su televisión por ADSL²³. Jazztel dispone de una televisión de pago en pruebas disponible en diversas zonas del territorio. De hecho, en la presentación de “France Telecom Home Broadband update and Strategy”, de junio de 2005, France Telecom se marcaba como objetivo lanzar TV bajo DSL en el Reino Unido, España, Holanda y Polonia antes de mediados del año 2006.

-
- Resolución de 27 de octubre de 2005 sobre la solicitud de TESAU para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de su oferta de acceso al bucle de abonado (Expediente DT 2005/511).
 - Resolución de 29 de septiembre de 2005 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U., en relación con el cumplimiento de plazos de la OBA (Expediente DT 2005/259)
 - Resolución de 2 de febrero de 2006 sobre el conflicto de acceso de acceso al bucle de abonado entre Jazz Telecom, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. en relación con la utilización de un repartidor de operador propuesto por Jazztel (Expediente 2005/1328)
 - Resolución de 16 de febrero de 2006 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. y TESAU, en relación con la modalidad de cámara multioperador del servicio de entrega de señal de la OBA (Expediente DT 2005/992).
 - Resolución de 21 de julio de 2005 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. y TESAU, acerca de la instalación de ampliaciones de disyuntors relacionados con el servicio de cubrición de la OBA (Expediente DT 2005/543).
 - Resolución de 14 de julio de 2005 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U. y TESAU, sobre la conexión de equipos cubricados en distintos recintos de acceso al bucle de abonado (Expediente DT 2005/658).
 - Resolución de 30 de diciembre de 2004 del conflicto de acceso entre World Wide Web Ibercom, S.L. y TESAU por el posible incumplimiento de su oferta de acceso al bucle de abonado (DT 2004/1367).
 - Resolución de 4 de diciembre de 2003 sobre el conflicto de acceso al bucle de abonado entre Uni2 Telecomunicaciones S.A.U., y TESAU acerca de las condiciones de prestación del servicio de cable interno para acceso compartido (DT 2003/1534).

²³ Ver suplemento de El Mundo “Los rivales de Imagenio, pronto en sus pantallas”, disponible en <http://www.el-mundo.es/suplementos/ariadna/2005/247/1126888038.html>



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.3.5. Sobre la posibilidad de un pinzamiento de márgenes resultante del empaquetamiento “Dúo Imagenio + Tarifa Plana Nacional”

Es conveniente iniciar esta sección recordando que bajo la obligación de comunicar a esta Comisión los descuentos de determinados servicios de TESAU (Resolución de fecha 21 de julio de 2005), en fecha 18 de Octubre tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito de TESAU en el que se informaba de la existencia de una promoción en el precio del paquete de referencia, de 25 euros al mes a 20 euros al mes. Se informaba también a la Comisión de las fechas de la promoción, que debía ser contratada entre el 15 de noviembre de 2005 y el 7 de enero de 2006 y para la cual el descuento en la cuota mensual se aplicaría hasta el 31 de enero de 2006. Esta comunicación dio lugar a un análisis previo del empaquetamiento y del descuento que éste suponía con respecto a los precios individuales. En el informe preceptivo se dio el visto bueno a la promoción tras constatar que esta no plantearía un estrechamiento de márgenes. Por lo tanto se concluyó que los descuentos sobre los servicios asociados al paquete de referencia no colocaban los precios minoristas por debajo de los costes, y permitían a un competidor igual de eficiente que TESAU competir en los mercados secundarios.

También es importante señalar varias erratas en los escritos de FTES. Primero, en el escrito inicial de denuncia se menciona que la tarifa plana incluida en el paquete denunciado incluye todas las llamadas del usuario, mientras que el servicio equivalente sin empaquetar incluye solamente el tráfico a los diez números más llamados. En referencia a esto cabe aclarar que la tarifa plana nacional incluida en la oferta empaquetada se trata del Plan de precios 10, comunicado por TESAU a esta comisión en fecha 22 de junio de 2005. En dicha comunicación se establece que: “El plan de precios 10 da derecho a un descuento del 100% en el precio de las llamadas metropolitanas, provinciales y interprovinciales, incluido el establecimiento de la comunicación, realizadas de lunes a domingo, las 24 horas del día y hasta el minuto 120 de cada llamada. El tiempo que exceda los primeros 120 minutos de cada llamada se facturarán de acuerdo con las tarifas vigentes” Por lo tanto, en efecto se trata de un plan de precios que comprende todas las llamadas a números fijos nacionales del usuario. Segundo, en su escrito de 2 de febrero de 2006, FTES comunica a esta Comisión que TESAU ha alargado la promoción del paquete objeto del procedimiento de referencia hasta el 31 de marzo de 2006. No obstante, se constata que la oferta descrita por FTES en su escrito de 2 de febrero de 2006, no coincide en absoluto con la oferta analizada en este expediente, dado que esta se refiere a un trío de TESAU y no a un dúo.

En sus alegaciones ASTEL declara su desacuerdo con la metodología empleada por esta Comisión para la detección de situaciones de pinzamiento de márgenes solicitando que se empleen dos tests de emulabilidad distintos- uno “agregado” que garantice que no haya una compresión de márgenes para un competidor que oferte todos los servicios empaquetados por TESAU y otro “separado” que impida que haya un estrechamiento de márgenes para aquellos operadores que solamente oferten algunos de los servicios incluidos en el paquete usando los servicios mayoristas de TESAU. En este respecto hay que decir que la metodología usada por los servicios de esta Comisión para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en esta promoción en particular y en todas las promociones comunicadas por el Grupo Telefónica, es la aprobada por la Resolución del Consejo de la CMT de fecha 15 de julio de 2004, en su apartado III.6. La



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pretensión de fijar una nueva metodología excede el objeto de la presente Resolución. No obstante, nada impide que ASTEL sugiera cambios en esta metodología en el marco de otro expediente.

Las características de la oferta comercial Dúo Imagenio + Tarifa Plana Nacional de TESAU a la que se refiere la denuncia de FTES son las siguientes:

Tabla 4: Características de la oferta Dúo.

	Precios sin promoción		Precios con Promoción ²⁴	
	Cuota de alta	Cuota Mensu	Cuota de alta	Cuota Mensu
Precio conjunto de los servicios	38,10 €	25,00 €	30,00 €	20,00 €
Alquiler descodificador	-	6,50 €	-	6,50 €
Módem router inalámbrico	14,14 €	-	Gratis	-
Opción adicional de mantenimiento módem router inalámbrico para Imagenio	-	6,01 €	-	6,01 €

Adicionalmente, al contratar la oferta Dúo vía el canal Telefónica on-line, se regalaba al usuario el revelado digital de 150 fotos. Finalmente, hay que señalar que existían ofertas alternativas de TESAU a las que también se podían acoger los suscriptores del Dúo. Entre ellas se encontraba el alta gratuita de la línea telefónica hasta el 7 de enero de 2006, disponible para cualquier cliente que deseara contratar el servicio Imagenio sin disponer de línea fija.

Se constata que el coste de los regalos incluidos en la promoción del Dúo es de 61 euros (81 si se contrata el paquete por el canal online). Estas cifras se corresponden con un coste de 8,10 euros ocasionado por el descuento en la cuota de abono, de 52,90 euros resultantes del regalo del módem inalámbrico y de 20 euros debidos al regalo on-line.

En los cálculos que siguen se evalúa la emulabilidad del servicio de tráfico telefónico fijo en la oferta empaquetada. Por lo tanto se analiza si TESAU está incurriendo en estrechamiento de márgenes en la comercialización del servicio de tráfico de voz, es decir, si los precios del Dúo (25 euros al mes y 20 euros al mes en promoción) permitirían a un competidor eficiente ofertar un servicio de tráfico de voz, de forma que al consumidor le compensara la contratación separada de este servicio de voz y del servicio Imagenio en vez de la contratación del Dúo de TESAU. Así, este cálculo se basa en la comparación de los ingresos incrementales y costes incrementales del servicio de voz, tomando en consideración que el precio del servicio Imagenio es de 19 euros al mes y que el coste del servicio de tráfico de voz, evaluado a partir de los precios regulados incluidos en la OIR es según la Resolución del día 21 de julio de 2005 de 3,01 euros al mes.

²⁴ Para beneficiarse de los precios promocionados un consumidor debía abonarse al servicio entre el 15 de Noviembre de 2005 y el siete de enero de 2006. Los precios promocionados eran validos hasta el 31 de Enero de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los siguientes cálculos muestran que el servicio de voz comprendido en el Dúo es replicable por los operadores alternativos:

Ingresos incrementales del servicio de tráfico de voz: $(20-19)*2,5+(25-19)*21,5= 131,5$

Costes incrementales del servicio de tráfico de voz: $3,01*24 = 59,26$

Por lo tanto la diferencia entre ingresos y costes es de 72,24 euros. Considerando un periodo de 24 meses, esta diferencia se traduce en 3,01 euros por mes. Se debe señalar que en este cálculo no se ha imputado al servicio de tráfico de voz ningún coste añadido debido a la comercialización del producto, por lo que dicha cifra de 3,01 euros mensuales constituye una estimación al alza de la rentabilidad del servicio de tráfico de voz. Tampoco se han incluido en este cálculo los 61 euros de costes de adquisición del cliente. La razón es que estos costes se deben exclusivamente a la comercialización del servicio de televisión (cuota de abono y módem inalámbrico)²⁵.

II.3.6. Sobre la incompatibilidad técnica.

Los escritos de alegaciones de ASTEL y FTES hacen referencia a una incompatibilidad técnica entre el servicio Imagenio y los servicios minoristas de banda ancha comercializados por sus competidores. Efectivamente esta incompatibilidad se traduce en la imposibilidad de que un cliente abonado al servicio Imagenio contrate a la vez un servicio de ADSL rival. La justificación de esta incompatibilidad es técnica en tanto que la prestación del servicio Imagenio requiere de una red de datos más avanzada que la red ATM sobre la que se basan los servicios de banda ancha de los operadores alternativos. Se debe señalar que no hay una incompatibilidad entre el servicio Imagenio y los servicios telefónicos fijos de los competidores.

Sobre este particular, FTES declara que: “los clientes del Dúo de TESAÚ son clientes cautivos en el futuro para el ADSL de ese operador como consecuencia de la incompatibilidad técnica de Imagenio con el ADSL de un operador que no sea de la propia TESAÚ”.

Esta Comisión admite que la oferta Dúo se dirige principalmente a un sector de la población que a día de hoy y con los precios actuales no presenta una preferencia por la contratación de un servicio de ADSL. No obstante, para que se pueda derivar de la alegación de FTES un posible futuro cierre de mercado tendrían que darse las siguientes condiciones:

1. Los clientes del Dúo fueran verdaderamente cautivos de TESAÚ
2. Algunos de los clientes del Dúo pudieran considerarse proclives a una compra de ADSL en el futuro.
3. Esta proporción de clientes proclives representara un valor suficientemente alto como para impedir u obstaculizar el crecimiento de las empresas rivales.

²⁵ En el caso de comercialización on-line TESAÚ ofrecía un regalo de 20 euros. Se podría atribuir la mitad de este coste al servicio de voz. En ese caso en vez de 3,01 euros mensuales, se considerarían 2,59.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que los usuarios del Dúo sean cautivos para TESAU depende principalmente de que exista un vínculo formal o informal entre estos y la empresa de forma que estos no puedan darse de baja del servicio de la misma en un futuro cercano si así lo desean. Se ha comprobado en el contrato del servicio Dúo que en él no se incluye ninguna cláusula formal de permanencia, y que por lo tanto los clientes de este servicio pueden darse de baja del mismo si así lo desean. No obstante, sí se incluye en el contrato una obligación para los clientes del Dúo de rembolsar los descuentos que disfrutaron en el momento de la contratación del servicio²⁶. Para ello TESAU considera una amortización sobre una vida útil de los regalos de tres años, por lo que se prorratea 1/36 del valor correspondiente a la inversión inicial por mes vencido. Esto significa, por ejemplo, que un cliente abonado al Dúo de TESAU que desee darse de baja del servicio tras 6 meses de su contratación deberá abonar 50,83 euros. Esta obligación que, por otra parte, tiene efectos positivos en el mercado dado que permite a los abonados el sufragar el servicio sin un desembolso inicial disuasorio, podría resultar en una cierta fidelización de los clientes de TESAU. Sin embargo se constata que desde el inicio de su comercialización ya ha habido CONFIDENCIAL[] clientes del Dúo que se han dado de baja del servicio, lo que supone un CONFIDENCIAL[%] de la planta del Dúo en enero de 2006.

Además, en fecha de enero de 2006, el servicio Imagenio solamente tenía adscritas CONFIDENCIAL [] líneas. Este número de abonados es muy bajo si este se compara con las 18.339.00 líneas de servicio telefónico fijo disponibles en España en Junio de 2005 o incluso con las 15.317.042 líneas de servicio que no tenían contratado ningún servicio de ADSL²⁷. En particular el número total de líneas adscritas a la oferta Dúo en fecha de enero de 2006 era solamente de un CONFIDENCIAL []. Esta cifra representa un CONFIDENCIAL [%] del total de líneas contabilizadas por la CMT en fecha junio de 2005, un CONFIDENCIAL [%] del total de líneas de Telefónica contabilizadas por la CMT en fecha de junio de 2005 y un CONFIDENCIAL [%] del total de líneas con tráfico de voz metropolitano, provincial y nacional de TESAU en enero de 2006. Por lo tanto, a pesar del crecimiento en el número de clientes del servicio Imagenio no existe evidencia alguna de que el éxito del producto sea de tal proporción que impida el crecimiento de los competidores. En conclusión, en ningún caso puede darse la tercera de las condiciones anteriormente establecidas.

La siguiente tabla indica la evolución del número de clientes y planta de la oferta Dúo.

CONFIDENCIAL[

Tabla 5 Evolución de la planta y de las altas de la oferta Dúo

Fuente: Requerimiento de información de TESAU]

Adicionalmente, ASTEL pronuncia que: “Debe añadirse que el mercado minorista de servicios de acceso a Internet con banda ancha no sólo se ve afectada por la oferta Trío,

²⁶ Este tipo de obligaciones son un estándar en la industria.

²⁷ Estas son las últimas cifras disponibles en el momento de elaboración de este informe.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sino también por la oferta Dúo, en cuanto que esta última es incompatible con los servicios de ADSL prestados por terceros operadores, por lo que la contratación de la oferta Dúo por un abonado a otro operador de servicios de acceso a Internet sobre ADSL implica necesariamente la baja del abonado con dicho operador”.

En efecto, los efectos sobre el mercado de ADSL serían importantes bajo un supuesto hipotético según el cual el atractivo de la oferta Dúo de TESAU fuera tal que un número sustancial de consumidores de ADSL de los operadores alternativos migrara a TESAU acogiéndose a la oferta Dúo que no incluye ningún servicio de ADSL.

Sin embargo, esto solo podría resultar en un cierre de mercado si una gran mayoría de los clientes potenciales de servicio de voz desearan suscribirse también al servicio Imagenio. Sin embargo, según las cifras aportadas por TESAU, se constata en la Tabla 5 que una estimación al alza del número de altas del servicio Dúo ocasionadas por esa motivación es de CONFIDENCIAL [] líneas. Esta cifra resulta de sumar la cifra de la categoría resto de la Tabla 5 que es una estimación al alza del número de líneas previamente totalmente preasignadas a otro operador y susceptibles de tener contratado un servicio de ADSL y el número de nuevas altas de línea. CONFIDENCIAL [] líneas es una proporción muy baja del mercado de ADSL en España, que en fecha de enero de 2006 se compone de CONFIDENCIAL [] líneas. Por lo tanto las cifras ponen en evidencia que no existe ningún efecto en el mercado de ADSL de la gravedad que se desprende de la alegación de ASTEL.

CONFIDENCIAL [

Tabla 6: Origen de las altas de la oferta Dúo

]

En conclusión un pronóstico en el que se concluiría que el Dúo de TESAU supone un presente o futuro cierre de mercado de ADSL en España, sería un pronóstico equivocado. Esta es la misma conclusión si se considera la planta de Imagenio en su totalidad, dado que en a fecha 31 de Enero de 2006 esta solamente representa sólo un CONFIDENCIAL [] % de las líneas de ADSL en España.

III. CONCLUSIONES

Se ha argumentado que la oferta comercial Dúo de TESAU que empaqueta los servicios de televisión de pago y una tarifa plana de tráfico de voz, no constituye una oferta de la que se deriven efectos anticompetitivos en los mercados de tráfico de voz y en el mercado minorista de servicios de ADSL.

Primero, no puede tildarse al empaquetamiento de abusivo dado que la posición de TESAU en el mercado de servicios de televisión de pago no es dominante. Segundo, se ha constatado que la regulación existente a nivel mayorista garantiza el acceso al bucle de abonado y que por tanto no existen barreras a la entrada insuperables en el mercado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de servicios de televisión y que los precios a los que TESAU oferta el paquete son tales que no impiden a los competidores eficientes la obtención de un margen comercial adecuado. Por lo tanto, la oferta es replicable por los operadores alternativos. Tercero, a pesar de la incompatibilidad entre el servicio Imagenio y los servicios de ADSL de los operadores alternativos, se ha comprobado que a los niveles actuales el alcance del Dúo no puede implicar que exista un futuro cierre de mercado de los servicios de banda ancha rivales a TESAU. Por último se ha argumentado que la oferta comercial Dúo de TESAU no genera efectos anticompetitivos en el mercado de servicios de televisión de pago y que más bien esta oferta responde a la mayor competencia entre operadores redundando en beneficios para el consumidor final.

De esta forma esta Comisión responde a la alegación de FTES en la que para abordar el análisis de los problemas derivados de la oferta Dúo no basta con limitarse a comprobar si “el margen entre el precio de los inputs mayoristas necesarios para replicar los servicios del paquete y el precio final del paquete es suficiente o adecuado, sino hasta qué punto el paquete produce por sus características y las de los mercados afectados un cierre de mercado en horizontal”. En efecto, el análisis abordado demuestra que en la actualidad no existen efectos anticompetitivos que se deriven de la oferta de TESAU, ni verticales ni horizontales.

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

RESUELVE

Único.- Proceder al archivo del expediente en relación con la denuncia presentada por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U., y declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia.

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Jaime Almenar Belenguer

Elisa Robles Fraga