



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 7.2 de la O.M. de 9 de abril de 1997, B.O.E. de 11 de abril de 1997), en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 07/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de febrero de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE POSIBLES PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA PROMOCIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE EL SERVICIO “LÍNEA IMAGENIO” DENOMINADA “PROMOCIÓN BIENVENIDA”

(AEM 2005/1058)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de julio de 2005, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de denuncia de Uni 2 Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, Uni 2) en relación con la conducta de Telefónica de España S.A.U (en adelante TESAU) en la comercialización de la promoción del servicio “Línea Imagenio” denominada “Promoción Bienvenida”.

Uni 2 considera que *“la promoción conjunta de los servicios Imagenio, servicio minorista de banda ancha sobre ADSL y servicio telefónico constituye un abuso de posición de dominio por cuanto transfiere la dominancia de TESAU desde los mercados de banda ancha y de voz hacia el mercado de televisión de pago, y por otra parte refuerza considerablemente la posición de dominio ya existente en los primeros”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Por todo lo anterior, en el citado escrito, Uni 2 solicita que esta Comisión adopte una medida cautelar, en virtud de la cual, se requiera a TESAU que ponga fin a la comercialización de la “Promoción Bienvenida”.

Asimismo, Uni 2 solicita que en la Resolución definitiva se imponga a TESAU la obligación de no vincular los servicios de acceso a Internet, televisión y servicio telefónico fijo.

Tercero.- Mediante escrito de 18 de julio de 2005 del Secretario de la CMT, fue notificada la apertura del presente procedimiento a Uni 2 y TESAU.

Cuarto.- En el marco de este procedimiento, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 78.Uno de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, esta Comisión requirió a TESAU, la información que se indica a continuación:

1. Descripción de las condiciones de comercialización de la “Promoción Bienvenida” asociada al servicio Línea Imagenio;
2. Valoración de los costes de los regalos incluidos en la promoción, estos es, Módem Router Inalámbrico, Películas de estreno y lápiz de memoria;
3. Evolución actual y prevista del despliegue de los servicios Imagenio;
4. Número de centrales accesibles;
5. Número de bucles susceptibles de prestar el servicio Imagenio;
6. Número de clientes adscritos al servicio Línea Imagenio desde enero de 2005 desagregado por modalidades (mensualmente);
7. Número de clientes adscritos al citado servicio mediante la “Promoción Bienvenida”.

Quinto.- Mediante escrito de 3 de agosto de 2005, tuvo entrada en el registro de esta CMT la contestación de TESAU al requerimiento anterior.

Sexto.- Mediante escrito que tuvo entrada en el registro de esta CMT el día 5 de octubre de 2005, Cableuropa, S.A.U. (en adelante, ONO) manifestó que, al amparo de lo previsto en el artículo 31 de la citada Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, su interés legítimo en el procedimiento de referencia.

Séptimo.- Mediante escrito del Secretario de la CMT de 10 de octubre de 2005 se declaró a ONO interesado en el procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Octavo.- El 6 de octubre de 2005 TESAU presentó alegaciones al expediente de referencia.

Noveno.- Con fecha 22 y 28 de diciembre de 2005, Uni 2 y ONO presentaron escrito de ampliación de plazo para presentar el trámite de alegaciones.

Décimo.- Ha tenido entrada en el registro de esta CMT escrito de alegaciones de ONO y Uni2.

Undécimo.- Mediante escrito de 18 de enero de 2006 del Secretario de la CMT, fue requerida a TESAU la siguiente información:

1. Número total de clientes y líneas adscritas al servicio Imagenio a través de la promoción Bienvenida;
2. De dichas líneas, detallar (mensualmente):
 - Cuántas suponen clientes no adscritos a ninguna modalidad de servicios banda ancha;
 - Cuántas se han producido como resultado de su migración desde productos ADSL de la propia TESAU o su Grupo empresarial;
 - Cuántas se han producido como resultado de su migración desde productos ADSL de operadores alternativos.
3. Respecto al mercado de servicios de acceso a Internet de banda ancha, aportar la siguiente información mensual desde el 1 de junio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2005:
 - Número total de líneas de banda ancha desagregada por modalidades (ADSL Tarifa Plana, ADSL Tiempo Libre y ADSL Mini);
 - De dichas líneas, ¿cuántas han sido captadas mediante ofertas empaquetadas de TESAU o su Grupo? Detallar el número de líneas por tipo de paquete (Dúo, Trío,...).
4. Con respecto a las películas promocionadas en la oferta de referencia, aportar el contrato de cesión de los derechos de las mismas así como el detalle de los costes de adquisición mayorista. En particular, especificar si existe un pago fijo independiente del consumo, un mínimo exento, el pago variable por descarga del contenido, etc.
5. Con respecto a la “Línea Imagenio” en el mercado minorista, aportar la información siguiente:
 - Preciario completo de los contenidos bajo demanda que pueden ser adquiridos por el usuario;
 - Consumo efectivo medio mensual (en euros) de un usuario del servicio “Línea Imagenio” desglosado por conceptos tales como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuota mensual fija, consumo de contenidos de cine bajo demanda, canales temáticos o contenidos deportivos (en particular, el fútbol).

Duodécimo.- Mediante escrito de 7 de febrero de 2006, tuvo entrada en el registro de esta CMT la contestación de TESAU al requerimiento anterior.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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

¹ Caso 27/76 United Brands v. Comisión.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 viene determinado por los productos incluidos en el servicio “Línea Imagenio”, esto es, acceso de banda ancha, televisión de pago y contenidos bajo demanda, así como por el servicio promocionado conjuntamente con la “Línea Imagenio”, el servicio telefónico fijo. De esta forma, existen diferentes mercados de producto afectados, como se describe a continuación:

A. Mercado de servicios de banda ancha

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 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

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

empresa en el mismo se realice en el marco de cada caso concreto⁵, en el caso 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 actual y 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.

B. Mercado de servicios de televisión de pago

El servicio Imagenio también afecta al mercado de la televisión de pago. Mediante este servicio, el operador de servicios audiovisuales hace llegar al público unos determinados contenidos, por los cuales cobra una determinada cantidad, cantidad que cobra directamente del “consumidor” del contenido, que es, por tanto, su cliente. En el caso de la televisión “gratuita” el operador hace llegar al público unos contenidos, consiguiendo de esta forma “fabricar” audiencias, que a su vez puede vender a los anunciantes, que constituyen sus clientes. Las autoridades de competencia han definido este mercado de forma separada al mercado de la televisión en abierto^{7,8}.

De acuerdo con el citado informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, los servicios de acceso a contenidos bajo demanda estarían incluidos en este mercado⁹.

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

⁶ Ver Caso COMP/38.233, Wanadoo Interactive.

⁷ Casos de la Comisión Europea: 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.

⁸ Tribunal de Defensa de la Competencia: Informe sobre la concentración económica SOGECABLE/VÍA DIGITAL (C 72/02)

⁹ Ver nota al pie 8.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

C. Mercado de tráfico telefónico fijo

En el presente procedimiento las conductas objeto de análisis se desarrollan, por las razones que se apuntarán, en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público.

Así, la venta de la “Línea Imagenio” vinculada con una tarifa plana de voz metropolitana gratuita tiene un impacto sobre el tráfico telefónico fijo. El mercado del servicio telefónico fijo disponible al público se define como el servicio de realización de llamadas desde una ubicación fija a través de la red telefónica pública. Dicho servicio consiste en la puesta a disposición de los usuarios finales de los recursos que permitan la realización, desde un punto de terminación de red no móvil, de llamadas con destino a ubicaciones fijas o móviles.

Este mercado es independiente del mercado de acceso a la red telefónica pública, como ya esta Comisión reconoció en su Resolución de 22 de julio de 2004¹⁰, mediante la que se estableció que debían considerarse los mercados de acceso y de tráfico como independientes dado que *“la falta del mencionado acceso o la provisión restringida de dicho acceso supone para el cliente la imposibilidad de acceder al servicio telefónico fijo, consistiendo un mercado claramente diferenciado en tanto que no existen alternativas para los clientes”*. Así, no se encuentra para el presente caso sustituibilidad de la demanda con otros servicios distintos que satisfagan la misma necesidad específica del cliente, siendo precisamente en el acceso donde la competencia tiene mayores dificultades para establecerse sin que pueda considerarse que los usuarios dispongan por el momento de alternativa sustitutiva real y válida.

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 competencia¹¹.

¹⁰ Resolución relativa al producto nueva Línea Hogar de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U.

¹¹ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (2002/C165/03).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los criterios utilizados tradicionalmente por las autoridades de competencia para determinar el alcance geográfico del mercado de referencia son¹²:

- 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, para los mercados de servicios de banda ancha y servicio telefónico fijo 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.

Con respecto al ámbito geográfico del mercado de la televisión de pago, se entienden vigentes los argumentos del Tribunal de Defensa de la Competencia respecto a este mercado: *“La dimensión geográfica del mercado de prestación de servicios de televisión de pago viene determinado por fronteras lingüísticas y culturales de carácter nacional”*¹³.

II.2 Análisis de los mercados de referencia

II.2.1 Evolución del servicio Imagenio

El servicio Imagenio ha visto incrementada su base de clientes de forma acusada en el último año, habiéndose multiplicado por treinta. En cualquier caso, la importancia de dicho servicio, como puede observarse, es todavía limitada si se compara con los más de 3,2 millones de líneas de banda ancha que existían en el mercado en octubre de 2005.

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

[CONFIDENCIAL]

¹² Ver párrafo 59 de las citadas Directrices.

¹³ Informe Expediente de concentración económica C74/02 SOGECABLE/VIA DIGITAL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.2.2 Evaluación del poder de mercado ostentado por TESAU en los mercados de referencia considerados

La calificación de la posición de dominio para el procedimiento de referencia debe tener en cuenta la teoría de los mercados conexos. Así, de acuerdo con la Resolución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 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.

Así, la prestación de un servicio empaquetado como es la “Línea Imagenio” requiere de un canal con la capacidad necesaria para proveer al usuario final los servicios de banda ancha, contenidos bajo demanda y televisión. Por tanto, los servicios de acceso son un elemento esencial para la prestación de los servicios de referencia. Como es sabido, la red de acceso supone el aspecto más costoso en tiempo y despliegue de las redes de telecomunicaciones, por lo que resulta la parte más difícilmente replicable en las mismas.

Debido a elevados costes que implica la creación de una infraestructura alternativa de acceso, los operadores alternativos pueden acudir a los servicios mayoristas basados en la red de acceso del operador tradicional.

En cualquier caso, 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 nacional. 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 referencia 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 efecto, TESAU mantenía, como se observa en la tabla siguiente, en marzo de 2005 más de 12 millones de clientes de acceso directo, que suponían a su vez más de 15,7 millones de líneas. Si las magnitudes anteriores se comparan con las de sus competidores se obtiene como resultado la desproporción de la posición del grupo Telefónica, y de TESAU en particular, en la provisión de los medios de acceso necesarios para la prestación de los servicios de referencia. Así, los operadores alternativos contaban, en su conjunto, en ese mismo

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

periodo, con 1,98 millones de clientes (el 16% de los de TESAU) y 2,3 millones de accesos (el 15% de los de TESAU).

1. CLIENTES Y CUOTAS DE MERCADO DE ACCESO DIRECTO¹⁵

	Ene - Mar 2004		Ene - Mar 2005	
	Clientes	% / Total	Clientes	% / Total
Telefónica de España	12.176.016	86,6	12.076.879	85,9
Grupo Ono	578.018	4,1	735.406	5,2
Auna Telecomunicaciones	570.057	4,1	725.594	5,2
Euskaltel	156.533	1,1	217.336	1,5
R Cable y Telecomunicaciones Galicia	115.625	0,8	144.507	1,0
Telecable de Asturias	67.309	0,5	78.497	0,6
Tenaria	34.135	0,2	49.213	0,4
Comunitel Global	6.918	0,0	12.854	0,1
Vodafone España	0	0,0	7.013	0,0
Jazz Telecom	3.772	0,0	5.136	0,0
Resto	70.747	0,5	6.831	0,0
Total	13.779.130	100,0	14.059.266	100,0

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, en septiembre de 2005, el número total de bucles desagregados ascendió a 361.285, esto es, el 2,1% de los pares activos de TESAU.

En este sentido, el informe preceptivo aprobado el 24 de julio de 2004 consideró que el servicio mayorista necesario para proveer la “Línea Imagenio” era el acceso desagregado y no el indirecto:

“Por lo que respecta a los servicios de acceso indirecto al bucle incluidos en la OBA (servicios GigADSL), cabe decir que no son adecuados para la prestación de servicios del tipo de Imagenio. Al margen de que las modalidades actuales sólo llegan a los 2 Mbit/s de máximo, y que para Imagenio podría requerirse más de 4 Mbit/s en media, es preciso señalar que la tecnología en que se apoyan los servicios GigADSL, con redes ATM entre los repartidores y los PAIs, de acuerdo con los niveles de precios de las actuales modalidades incluidas en la OBA, llevaría asociados unos costes que comprometerían la viabilidad económica de

¹⁵ El concepto Resto incluye a 6 operadores adicionales del sector de las comunicaciones con una cuota de mercado de 0,05 % sobre el total general



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esta solución. Así pues, consideramos que el actual planteamiento del servicio de acceso indirecto al bucle considerado en la OBA resulta inviable para replicar Imagenio.”

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. De esta forma, los vínculos existentes entre el mercado de referencia y el del acceso local, dan al operador tradicional una ventaja que ningún entrante puede emular en el momento presente.

En conclusión, cabe decir que los argumentos respecto a la dominancia de TESAU dada su posición en el mercado de acceso son aplicables a los mercados afectados por la prestación del servicio Imagenio.

II.2.3 Alegaciones sobre la posición del Grupo Telefónica

TESAU manifiesta que dadas las características del mercado de banda ancha, se debe deducir que *“resultaría difícil, si no imposible, la existencia de posiciones de dominio por parte del Grupo Telefónica o de cualquier otro operador en este mercado de las que se pudiera prevaler”*. Las condiciones a que hace referencia TESAU son la condición de mercado emergente del mercado de banda ancha y que *“la intensa regulación existente (...) en los citados mercados upstream, impide –cual remedy– cualquier tipo de apalancamiento a favor de su unidad de negocio minorista con entidad suficiente para generar un comportamiento independiente en el mercado de la unidad económica”*. De esta forma, sigue considerando TESAU que no es correcta la aplicación de la doctrina de los mercados conexos para la consideración de operador con posición de dominio en el mercado de referencia.

Con respecto a las anteriores cuestiones, esta Comisión considera que la presencia de TESAU en los mercados de acceso sí le confiere una posición de

¹⁶ 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fuerza en los mercados descendentes a los mismos que le permite comportarse de una forma independiente a sus competidores. En este sentido, este operador no puede alegar que esta Comisión realiza una interpretación extensiva de la doctrina de los mercados conexos, en tanto que la realidad confirma dicha actuación independiente.

En particular, no parece ajustarse a la realidad la afirmación de TESAU respecto a la condición de emergente del mercado de banda ancha, en tanto que dicho mercado ya ha superado el umbral de los 4 millones de líneas, los servicios están perfeccionándose y la demanda del servicio está consolidada. En este sentido, no es correcta la interpretación que realiza este operador del Nuevo Marco que claramente diferencia los mercados en expansión, como sería el caso del mercado de banda ancha, de los mercados emergentes. Por tanto, el mercado de banda ancha minorista no cuenta con los elementos de incertidumbre sobre la demanda y el éxito del producto que caracterizan un mercado emergente.

Por otra parte, no es cierto que la regulación ex ante vigente en los mercados mayoristas sea tal que elimine por completo las posibilidades de comportamiento independiente en el mercado minorista. En primer lugar, porque ese no es el objetivo de la propia regulación. Así, esta Comisión ha reconocido en sus Resoluciones que la actuación debe ser tal que deje¹⁷ *“en manos de los operadores con inversiones en red de acceso, entre los que se encuentran no sólo TESAU sino también los operadores de cable y los operadores que desagregan bucles, el papel de liderar la introducción de los servicios.”* Del anterior argumento se deduce que la regulación ex ante no pretende eliminar la posición de liderazgo de TESAU sino impedir su actuación ilícita o abusiva.

Por otra parte tampoco se puede ignorar que el hecho de que los operadores alternativos dependan de los servicios mayoristas de TESAU otorga a este operador ciertas ventajas con que no cuentan sus competidores. Asimismo, este operador puede actuar de forma estratégica en los mercados mayoristas consiguiendo ventajas para su división minorista. En este aspecto, y a pesar de las alegaciones citadas anteriormente, los repetidos retrasos y otras prácticas acreditadas por esta CMT son muestra clara de la posibilidad que tiene TESAU para apalancar en los servicios mayoristas de acceso ciertas actuaciones¹⁸.

¹⁷ Por todas, ver Resolución de 19 de mayo de 2005.

¹⁸ Esta CMT ha resuelto en los últimos tiempos toda una serie de conflictos entre los operadores alternativos y TESAU con respecto a la prestación de los servicios necesarios para la desagregación del bucle del abonado. Así, se citan con respecto a los plazos de entrega la Resolución de 9 de junio de 2005 (Resolución sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adicionalmente, y a mayor abundamiento, cabe decir que de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, una empresa dominante es aquella que cuenta con una posición que le permite *“que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de sus competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores”*¹⁹. Por tanto, esta Comisión no tiene porqué probar que en los mercados afectados TESAU no cuente con ninguna restricción competitiva sino que basta con que en medida apreciable, TESAU cuente con esa independencia en el mercado algo que ha quedado acreditado con los argumentos anteriores.

Cabe concluir que la aplicación de la doctrina de los mercados conexos descrita por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Tetra Pak II es aplicable en el procedimiento de referencia y que las condiciones del mercado de banda ancha o la regulación ex ante de dichos mercados conexos no elimina la posición con que cuenta TESAU.

Con respecto a la posición que, de acuerdo a Uni2, ostentaría TESAU en el mercado español de televisión de pago, cabe decir que, en aplicación del principio de neutralidad tecnológica, el hecho de que sea el único proveedor de estos servicios mediante ADSL no es relevante para la determinación de su dominancia. Así, TESAU compite con otros operadores que proveen un servicio que desde el punto de vista de la demanda es sustituible, esto es, los operadores de cable o satélite. Dichos operadores cuentan con una implantación muy superior tanto en cuota de mercado como en despliegue geográfico, de forma que la posición de TESAU en dicho mercado no puede

S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. en relación con el cumplimiento de los plazos de la oferta de acceso al bucle de abonado), con respecto a conflictos de acceso (Resolución de 21 de julio de 2005 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U., y Telefónica De España, S.A.U., acerca de la instalación de ampliaciones de disyuntores en relación con el servicio de cubricación de la oferta de acceso al bucle de abonado), sobre la entrega de circuitos de capacidad portadora (Resolución de 14 de julio de 2005 sobre el conflicto de acceso entre Jazz Telecom, S.A.U., y Telefónica De España, S.A.U., en relación con la modalidad de capacidad portadora del servicio de entrega de señal de la oferta de acceso al bucle de abonado). Finalmente, citar que esta CMT abrió un procedimiento sancionador a TESAU dadas las sospechas respecto a la insuficiencia de los medios técnicos y humanos previstos por TESAU para hacer frente a la demanda potencial de los operadores alternativos que soliciten los servicios incluidos en la OBA y los retrasos consecuencia de dichas previsiones (Resolución de 9 de junio de 2005 por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Telefónica De España, S.A.U., por el presunto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica De España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001; así como por incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado de Telefónica De España, S.A.U.).

¹⁹ Caso Michelin contra la Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

calificarse como de dominante. En cualquier caso, como bien señala Uni2, para el análisis de las prácticas denunciadas, no es necesaria la dominancia en dicho mercado.

II.2.4 Alegaciones de ONO al análisis de los mercados de referencia

ONO considera que la aplicación de la doctrina de los mercados conexos por parte del Informe de los Servicios es *“aparentemente contradictoria”* en tanto que *“los Servicios concluyen que dado que en el mercado español de televisión de pago TESAU compite con otros operadores de cable o satélite que proporcionan un servicio sustituible y con una implantación mayor a la de TESAU, no puede calificarse de dominante la posición de TESAU en este mercado.”*

ONO considera que *“a efectos del análisis de competencia de las prácticas denunciadas, la CMT debe ser coherente con su conclusión respecto a la aplicabilidad de la doctrina de los mercados conexos, que mi representada comparte. Así, lo relevante en este caso no son las cuotas de Sogecable y los operadores de cable en uno de los mercados afectados, a saber el de la televisión de pago, sino el posible ejercicio de una posición equivalente a la dominancia en el mercado conjunto de acceso (mercado ascendente) y de televisión de pago (mercado descendente).”*

Con respecto a esta alegación cabe decir que, para la aplicación de la doctrina de los mercados conexos, tal y como se explicita en la jurisprudencia consolidada citada anteriormente (caso Tetra Pak), el operador debe ocupar una posición dominante en un mercado y disfrutar de una posición preeminente en otro mercado distinto, pero estrechamente conectado con el primero. En estas condiciones puede considerarse que la situación de este operador es comparable a una posición dominante en ambos mercados considerados en su conjunto.

Al contrario de las consideraciones de ONO, este no es el caso del mercado de la televisión de pago, en el que TESAU no ocupa, ni de lejos, una posición preeminente. Por tanto, no cabe considerar a este operador como dominante en el mercado de la televisión de pago.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III ANÁLISIS DE LA CONDUCTA REALIZADA POR TESAU EN EL MARCO DE LAS PROMOCIONES SOBRE EL PRODUCTO “LÍNEA IMAGENIO”

III.1 Consideraciones preliminares

De forma preliminar al análisis de la práctica concreta objeto del presente procedimiento, cabe hacer ciertas consideraciones respecto al propio servicio Línea Imagenio. Así, esta Comisión considera que a pesar de que dicho servicio fue autorizado a finales de 2003, los datos muestran que su efectiva comercialización se ha producido en los últimos meses. De esta forma, esta Comisión no puede comprobar, en esta fecha, el efecto real que tendrá el servicio Imagenio. En este sentido es necesario reconocer el carácter dinámico tanto del nivel de penetración de este servicio como de los efectos reales que pudiese tener en los mercados afectados (acceso a Internet de banda ancha y servicio telefónico fijo).

Estas variables son esenciales para la determinación del carácter ilícito de las conductas denunciadas como así lo reconoce la Comisión Europea en la consulta pública sobre el Artículo 82²⁰. En los párrafos 196-199 de dicho documento se estima que el análisis respecto al cierre del mercado como consecuencia de un empaquetamiento debe tener en cuenta numerosos factores como son:

- 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, los parámetros anteriores deben ser analizados caso a caso y en el contexto concreto en que se produce la denuncia. En particular, con respecto al servicio Línea Imagenio, dado su carácter dinámico.

²⁰ Consulta Pública de la DG Competition sobre la aplicación del Artículo 82 del Tratado a los abusos excluyentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como muestra de dicha evolución se presenta a continuación la evolución de las líneas empaquetadas de TESAU en sus diferentes modalidades:

Gráfico 1. [CONFIDENCIAL] Evolución de las líneas ADSL de TESAU comercializadas de forma empaquetada con otros servicios de telecomunicaciones

Como se puede ver, el conjunto de líneas comercializadas mediante paquetes de servicios se ha incrementado de forma sensible en los últimos meses, suponiendo a diciembre de 2005 aproximadamente un **CONFIDENCIAL [%]** del total.

III.2 Sobre la existencia de un empaquetamiento anticompetitivo

De acuerdo con Uni2, las promociones conjuntas del servicio “Línea Imagenio” con el servicio telefónico fijo cuenta con las características suficientes para considerarse anticompetitivas. Así, la promoción conjunta de dichos servicios *“produce un cierre de mercado de televisión de pago y el reforzamiento de la dominancia en los mercados de ADSL y de servicios de voz puesto que tiene, por un lado, el efecto de transferir la dominancia de TESAU de los mercados de ADSL y voz hacia el mercados de la televisión de pago, y por otro lado, reforzar sustancialmente la postura de Telefónica en el mercado de ADSL por la vía de las ofertas conjuntas”*. De esta forma, de acuerdo con Uni2, se dan las condiciones necesarias para considerar a dicha promoción conjunta como abusiva.

Con respecto a si es lícita o no la conducta de TESAU, Uni 2 considera que los mercados están estrechamente relacionados, hecho evidente a partir de las diferentes ofertas comercializadas por los operadores de triple y doble play. Asimismo, considera Uni2 que las ventas combinadas suponen ventas no replicables por sus competidores.

Esta Comisión considera que se debe determinar, en línea con las alegaciones de Uni2, si la promoción propuesta por TESAU constituye un empaquetamiento anticompetitivo desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Este tipo de conductas ha sido analizado en diferentes ocasiones por la CMT considerándose que, en coherencia con la jurisprudencia comunitaria²¹, deben darse las siguientes circunstancias:

- Existencia de mercados de producto separados: en otro caso, existiría un único producto y no podría darse una venta empaquetada;

²¹ Véase Asunto C-3/37.792.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La empresa debe ser dominante en el mercado que se empaqueta (en el mercado del producto empaquetado no es necesario): esta condición asegura que los empaquetamientos anticompetitivos conlleven una extensión de posición de dominio;
- La empresa dominante no ofrece la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete;
- El empaquetamiento cierra el mercado a la competencia.

En los siguientes puntos se pretende evaluar si, para la promoción de referencia, se dan las circunstancias anteriores, analizando la situación en los diferentes mercados afectados y la justificación objetiva de la oferta propuesta.

En los apartados anteriores se ha justificado la existencia de mercados separados para los servicios incluidos en la “Línea Imagenio” y el servicio telefónico fijo. Por otra parte, también se ha demostrado la posición de dominio de TESAU en el mercado del producto que se empaqueta, tal y como requiere la jurisprudencia.

Con respecto a la posibilidad que tiene el consumidor para adquirir los productos por separado caben hacer las siguientes precisiones. En general, una venta combinada se produce cuando la compra de un producto primario (en este caso, la “Línea Imagenio”) implica el consumo de otro producto secundario (servicio telefónico fijo). En el caso de la promoción objeto del presente procedimiento, los consumidores pueden contratar el servicio telefónico fijo con independencia de la contratación de la “Línea Imagenio”.

Ahora bien, una situación de vinculación puede caracterizarse de una manera más genérica como servicios que podrían suministrarse de forma separada, se están, de hecho, comercializando conjuntamente. Así, la promoción propuesta por TESAU podría constituir una venta empaquetada si la forma más ventajosa para el cliente fuera consumir la totalidad de los servicios mediante el paquete diseñado por TESAU.

En este sentido, en el caso Tetra Laval²², el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que la extensión de posición de dominio puede realizarse mediante dos tipos de prácticas: primero, mediante la venta empaquetada de los productos afectados y comercializados por la empresa dominante. Segundo, ofreciendo incentivos, tales como precios predatorios, guerras de precios o descuentos fidelizadores. Sin embargo, los últimos serían

²² Párrafo 217-218, Asunto T-5/02, Tetra Laval contra Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

constitutivos de abuso de posición dado que no están justificados de forma objetiva.

Pues bien, este segundo aspecto parece ser el de relevancia en este caso, dado que la forma más barata para el cliente de consumir el paquete es asumiendo la promoción, en tanto y cuanto el servicio telefónico sería gratuito durante un año. Por tanto, de facto, TESAU impone un empaquetamiento entre el servicio telefónico fijo, los servicios de acceso a Internet de banda ancha y los servicios de televisión de pago.

Una vez se ha constatado que la propuesta de TESAU es una venta combinada o empaquetamiento desde el punto de vista del Derecho de la competencia, cabe analizar el impacto que la propuesta tendría en el mercado. Cabe referirse de nuevo a la citada Resolución de 24 de julio de 2003 en la que ya se analizaba un escenario de empaquetamiento de los productos propuestos en esta ocasión por TESAU:

“(...) los precios regulados deben permitir que este mercado sea concursable para los operadores alternativos a TESAU y que la eficiencia en costes que deriva del tamaño de la operadora no suponga la creación de barreras a la entrada al mercado que refuerce su posición en el mismo.

En conclusión, esta Comisión estima que el lanzamiento del Servicio Imagenio introduce mayor competencia en el mercado de acceso dado que la oferta de TESAU se equipara con la de sus competidores. Este hecho en sí mismo es fruto de las fuerzas de mercado, dado que es legítimo que el operador dominante, a la vista de las pérdidas de cuota de mercado, reaccione mejorando el valor percibido por sus clientes. Ahora bien, tampoco debe olvidarse la posición de TESAU en el mercado del servicio telefónico fijo y de su tamaño, que le permite gozar de importantes ahorros en costes derivados de sus economías de escala y gama. (...)”

Por otra parte, en la citada Resolución de 21 de abril de 2005 se establecía que “[D]ada la situación actual de despliegue del servicio “Línea Imagenio” y de los operadores de cable así como el éxito comercial del mismo, esta Comisión estima que una promoción como la propuesta por TESAU no conllevaría el cierre del mercado. Por tanto, no se cumpliría el último de los requisitos para considerar el empaquetamiento propuesto como anticompetitivo”.

Se debe determinar, a partir de los datos actuales, si la situación es equivalente a la que se producía en abril de 2005, momento en el que se dictó la Resolución anterior:

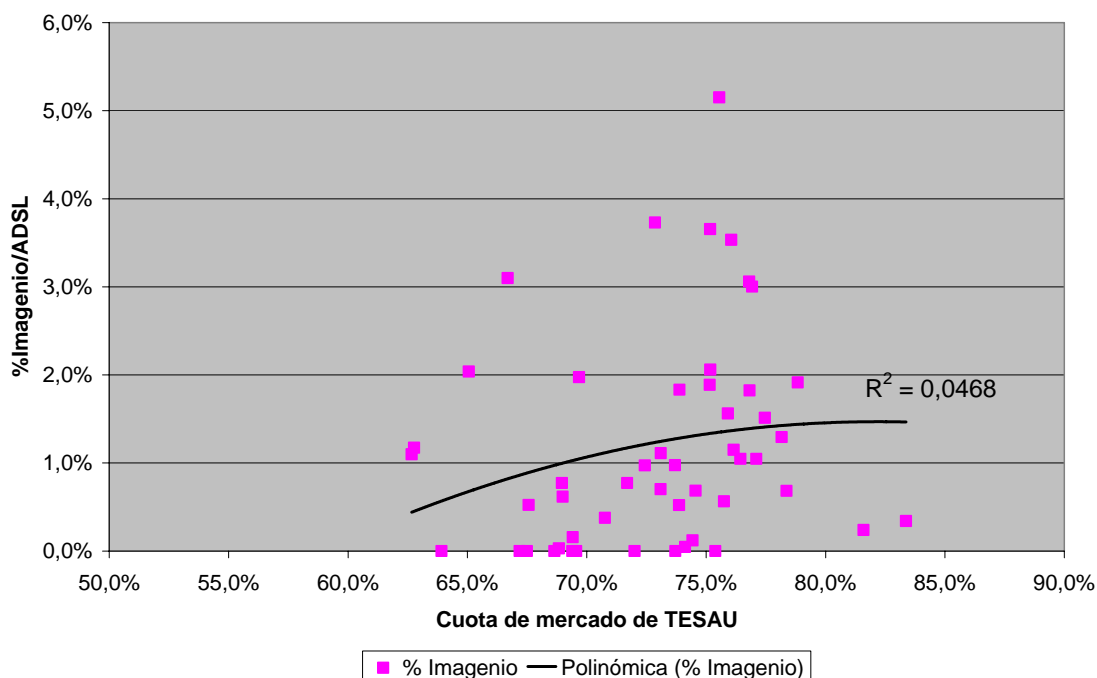


COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La importancia de Imagenio se ha incrementado desde la anterior Resolución, incrementándose su peso sobre las líneas ADSL desde el 0,17% hasta más del 3,5%;
- El número de centrales con capacidad para prestar el servicio Imagenio (a 30 de junio de 2005) ascendía a 380, con previsión de alcanzar las 419. De esta forma, la cobertura en términos de bucles a nivel de central alcanzaba a los 6.594.693 mientras que efectivamente aptas y con calidad de bucle suficiente para prestar el servicio en condiciones óptimas se reduciría a 2.820.291. Estos datos suponen un incremento sustancial con respecto al 3 trimestre de 2004, cuando el número de líneas a nivel de central ascendía a 3,6 millones;
- A mayor abundamiento, de la totalidad de las altas del servicio Imagenio, **CONFIDENCIAL []** clientes se adscribieron en el marco de la promoción de referencia.

Ahora bien, a pesar de que la base de clientes de Imagenio y su cobertura se hayan incrementado, no se observan los efectos anticompetitivos que aduce Uni2. Así, en el gráfico siguiente se realiza una comparación entre la cuota de mercado de TESAU en los servicios de banda ancha y la penetración de Imagenio.

Gráfico 2. Cuota de Imagenio y de ADSL de TESAU por provincia





COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya se ha expuesto en el punto III.1, la situación del servicio Imagenio y su impacto en los mercados de servicios de acceso a Internet de banda ancha y servicio telefónico fijo es cambiante dado su carácter dinámico. Ahora bien, con los datos actuales no se observa una relación directa entre la cuota de mercado de TESAU en el mercado de banda ancha y la penetración de Imagenio, de forma que debe ponerse en duda el impacto actual que dicho servicio tiene en el mercado. De esta forma, cabe considerar que la situación de este servicio es todavía incipiente y que sus efectos en el mercado no son relevantes.

Según Uni 2, el análisis realizado por esta Comisión es incompleto en tanto que únicamente tiene en cuenta *“la transferencia de dominancia vertical hacia el mercado de la televisión de pago y obvia absolutamente el efecto del empaquetamiento denunciado sobre los otros dos mercados afectados: el de telefonía y el de acceso a Internet de banda ancha, afirmando sin más, y sin justificación alguna, que “Con los datos actuales no se observa una relación directa entre la cuota de mercado de TESAU en el mercado de banda ancha y la penetración de Imagenio”.*

Respecto a las alegaciones anteriores de Uni2 cabe decir que en ningún caso el análisis se refiere únicamente a la transferencia vertical de dominancia hacia el mercado de la televisión de pago sino todo lo contrario. El informe de audiencia repetía que la situación competitiva de dicho mercado no se vería alterada por las acciones de TESAU en el servicio Imagenio dada la posición de SOGECABLE y la propiedad de los derechos de los contenidos audiovisuales.

Por el contrario, esta Resolución intenta determinar el impacto que para los servicios de banda ancha tiene el lanzamiento de forma paquetizada del servicio “Línea Imagenio”. En este sentido se incluían datos sobre la penetración de Imagenio (más de 120.000 líneas), la importancia de dichas líneas sobre el total de las líneas de banda ancha (3,5%) o el número de bucles accesibles. De forma adicional se incluía una aproximación en la que se pretendía estimar el impacto de la comercialización de Imagenio con un grado de detalle mayor (Gráfico 1). Se observa en dicho gráfico que no existe una relación entre la cuota de mercado de TESAU en ADSL y la penetración de Imagenio sobre el total de líneas ADSL. De ser cierta la aseveración de Uni 2, esto es, si la comercialización de Imagenio supusiera una extensión de la posición al mercado de banda ancha, deberían observarse cuotas de mercado superiores en aquellas provincias de mayor penetración de Imagenio. Este hecho no se observa tal y como supone Uni 2.

Por otra parte, los datos aportados por Uni2 no coinciden con los datos en poder de esta Comisión, en tanto que no es posible que TESAU cuente con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“345.135 paquetes de Imagenio en sus diversas modalidades” cuando el número total de líneas Imagenio asciende únicamente a 120.000. En cualquier caso, el éxito de Imagenio no es per se abusivo en tanto que puede deberse a una competencia en méritos lícita y, por tanto, este aspecto no es determinante para probar el cierre del mercado como pretende Uni 2. De esta forma, es necesario considerar elementos adicionales que se exponen a continuación.

Finalmente, con respecto a la promoción de referencia cabe decir que en su gran mayoría, las líneas captadas provienen de la incorporación al mercado de nuevos clientes y de la migración dentro del propio grupo Telefónica, como se muestran en los datos siguientes respecto al reparto de las altas de la promoción:

[CONFIDENCIAL]

III.3 Respecto a la no replicabilidad de la Línea Imagenio

III.3.1 Existencia de elementos mayoristas para la replicabilidad de la Promoción Bienvenida

A partir de las consideraciones del fundamento de derecho anterior no cabe aceptar los argumentos de Uni2 respecto a:

- Impacto de la red de acceso completamente desplegada. De acuerdo con Uni2, el hecho de que Imagenio goce de una red completamente desagregada hace que TESAU cuente con una ventaja que sus competidores nunca podrán replicar. A este respecto cabe hacer notar que este elemento ha sido tenido en cuenta por esta Comisión a la hora de determinar la posición que ocupa TESAU en el mercado. Efectivamente, es claro que la posesión de esta red hace que este operador cuente con ciertas ventajas que, de forma apreciable, le permitan comportarse de forma independiente a sus competidores. Ahora bien, no es posible sostener que cualquier servicio lanzado sobre esta infraestructura no pueda ser replicado por terceros y menos cuando existen obligaciones mayoristas de acceso a la misma, como es el caso de la OBA.
- Incompatibilidad con el servicio de banda ancha sobre ADSL de otro operador. De acuerdo con Uni2, una segunda ventaja competitiva con que cuenta TESAU es que *“ha decidido configurar su servicio Imagenio de forma que el mismo resulta incompatible con el servicios de banda ancha de otro operador”*. Esta alegación de Uni2 ya fue considerada por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esta Comisión en la Resolución de 15 de julio de 2004²³ considerándose que:

“Con respecto a los servicios ADSL, TESAU los ofrece tanto en el marco de la oferta Imagenio como individualmente, en la denominada Línea ADSL (...). Por tanto, el usuario puede elegir su proveedor de ADSL dado que los servicios mayoristas existentes, regulados por la Oferta del Bucle del Abonado, permiten a los operadores alternativos proveer productos de banda ancha basados en ADSL. Por tanto, el empaquetamiento de la oferta Imagenio no obliga a contratar los servicios de banda ancha con TESAU, sino únicamente los de Televisión. Efectivamente es este servicio el que TESAU no ofrece de forma independiente.

Ahora bien, en el caso de los servicios de televisión de pago, cabe poner de manifiesto que el usuario contaría con alternativas a TESAU en la provisión de estos servicios, en tanto y cuanto, no ostenta una posición importante en dicho mercado. En efecto, este mercado de la televisión de pago se encuentra altamente concentrado alrededor de la plataforma digital creada como resultado de la integración de SOGECABLE y Vía Digital (según datos recogidos por esta Comisión, a diciembre de 2003, representaba el 88% del mercado medido en ingresos).

Por tanto, las alternativas con que cuentan los usuarios para contratar los servicios de televisión de pago hace que no pueda considerarse que el empaquetamiento de la Línea Imagenio sea abusivo. Así, en la citada Resolución 20 de mayo de 1999, se establecía que “la Comisión Europea estima que se incurriría en un comportamiento abusivo cuando el empaquetamiento de servicios (...) obliga al usuario a contratar un servicio no deseado (...).”

En el caso de la Línea Imagenio, no se da ninguno de las premisas anteriores para considerar la vinculación que supone como abusiva. Así, únicamente se puede imponer a un consumidor la contratación de un servicio no deseado cuando se lo vincula a la compra de un producto en el que la empresa es dominante, dado que este hecho reduce las alternativas de suministro con que cuenta el usuario. Por tanto, en el caso de la Línea Imagenio no puede producirse este comportamiento anticompetitivo porque únicamente se ofrece de forma no independiente

²³ Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa en relación con las posibles prácticas contrarias a la libre competencia por parte de Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Cable, S.A.U. por la prestación del servicio Imagenio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los servicios de televisión, que el usuario puede adquirir a empresas alternativas.”

De forma adicional, y de acuerdo con el escrito de TESAU, dicha vinculación cuenta con una justificación objetiva. La existencia de una justificación objetiva es relevante dadas las apreciaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia Tetra Pak International SA/ Comisión²⁴: *“aun en el caso de que la venta asociada de dos productos sea conforme a los usos mercantiles o existe un vínculo natural entre los dos productos de que se trate, dicha venta puede sin embargo constituir un abuso a efectos del artículo 86, salvo si resulta objetivamente justificada”*.

La justificación en el caso de la Línea Imagenio es técnica en tanto que la prestación de los servicios de referencia 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.

- Base de clientes preexistente. De acuerdo con Uni2, no puede pretenderse que la base de clientes de Imagenio se cree “ex novo” sino que se beneficiará de los clientes con que cuenta TESAU en los mercados conexos. Cabe referirse en este caso a los argumentos anteriores respecto de la red de acceso en tanto que de aplicarse el argumento de Uni2, ningún servicio lanzado por TESAU sería replicable por sus competidores en tanto que todos contarían con las características que hacen que dicho operador sea dominante pero que no implican necesariamente que exista un abuso de posición.

Señala Uni2 que *“la oferta conjunta de Imagenio, ADSL y voz es una de las herramientas más potentes que Telefónica ha desarrollado para recuperar su dominancia absoluta en el mercado de banda ancha y consolidar su control del mercado de la televisión de pago sin que sus competidores puedan replicarla en el momento actual”*. A este respecto cabe decir que los datos no muestran una modificación en la tendencia de las altas del servicio Imagenio como consecuencia de la comercialización de la oferta empaquetada (ver gráfico adjunto). Por tanto, esta Comisión no considera que exista un impacto como el que describe Uni2.

[CONFIDENCIAL]

²⁴ Véase Asunto C 333/94.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, debe tener en cuenta Uni2 la jurisprudencia tanto española como comunitaria respecto a la especial responsabilidad de las empresas dominantes y su legítimo derecho a defender sus intereses comerciales. Así, el Tribunal de Defensa de la Competencia²⁵ establecía que *“[E]s 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.”*

En efecto, no puede pretender Uni2 que TESAU no pueda realizar ofertas comerciales que beneficien a los consumidores simplemente porque les aportan valor en un marco de competencia en méritos. Cabe recordar a este operador que desde el lanzamiento de Imagenio, en el año 2003, ha transcurrido un tiempo suficiente como para que sus competidores hayan podido acceder a los servicios mayoristas necesarios para replicar dicho servicio.

Uni2 alega que no puede *“compartir las afirmaciones que realiza el Informe cuanto a la supuesta disponibilidad de elementos mayoristas de acceso OBA que permitirían replicar el servicio Imagenio”*. De esta forma, este operador alega que los problemas surgidos de la aplicación de la OBA suponen que dicha replicabilidad es teórica y no real, y se debe considerar *“la estrategia de TESAU consistente en retrasar y obstaculizar el acceso al input mayorista esencial que permite replicar el servicio Imagenio”*.

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. De esta forma, si bien es cierto que TESAU cuenta con capacidad para comportarse de forma estratégica en la desagregación del bucle del abonado (como se ha considerado en el análisis del mercado), esta Comisión no puede aceptar que, como alega Uni 2, la OBA sea teórica. De esta forma, debe considerarse que existen elementos mayoristas para replicar el servicio Línea Imagenio y que,

²⁵ Resolución de 23/11/98, Asunto r314/97, Intertrace/Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desde el momento de su lanzamiento, ha transcurrido el tiempo suficiente como para considerar que TESAU cuenta con una ventaja sobre sus competidores.

En este sentido, en la Resolución de 4 de noviembre de 2005²⁶ se recogía que *“las diferentes modalidades de acceso al bucle del abonado han de ser complementarias entre ellas de tal forma que, en conjunto, deben asegurar que los operadores alternativos cuentan con unas condiciones para competir adecuadas”*. En dicha ocasión se consideró la desagregación del bucle del abonado como un servicio mayorista suficiente para replicar los servicios ADSL 2 +. De esta forma, esta Comisión ya ha considerado que la desagregación del bucle del abonado no era un servicio mayorista teórico sino que, en efecto, está produciendo una presión competitiva sobre TESAU.

Uni 2 sostiene *“que es la comercialización de paquetes del servicio Imagenio y servicios de acceso a Internet de banda ancha produce un efecto de vinculación (más allá de la simple fidelización) que hace imposible al usuario que contrate el paquete cambiar de proveedor de ADSL manteniendo a la vez el servicio Imagenio con TESAU, y que esto refuerza el efecto de cierre de mercado”*. De acuerdo con Uni2, el hecho que exista un servicio Imagenio de televisión, sin incluir banda ancha, es irrelevante para el análisis. Estima también Uni 2 que *“[E]n el supuesto del empaquetamiento de los servicios Imagenio, acceso a Internet ADSL y servicio telefónico, esos efectos fidelizadores se ven reforzados por la incompatibilidad de Imagenio con el ADSL de otro operador distinto de TESAU y por el hecho de que estos paquetes pueden ser contratados por clientes que ya disponen de ADSL (esto es, se ofertan tanto a las nuevas altas como a toda la base de clientes de ADSL de TESAU ya existente). Es fácil entender entonces que paquetes como el denunciado protege la cuota de mercado de TESAU en ADSL.”*

Con respecto a las alegaciones anteriores, cabe referirse de nuevo a la Resolución citada anteriormente de 15 de julio de 2004 que mantiene plenamente su validez a pesar de las consideraciones de Uni2. Así, Uni2 no hace explícito el factor con que cuenta TESAU que hace que Imagenio suponga un empaquetamiento anticompetitivo que suponga un cierre del mercado de banda ancha. Así, 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 dichos servicios. En tanto que también existiría un servicio mayorista, que como se ha justificado anteriormente, es

²⁶ Resolución sobre modificación de la OBA como consecuencia del lanzamiento por TESAU de los servicios de acceso a Internet sobre tecnología ADSL2+ denominados “x2+0705_a1” y “ADSL TOP”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suficiente para replicar el servicio de forma integrada, si la Línea Imagenio incrementa la cuota de mercado de TESAU en banda ancha sería únicamente en base a los méritos de la misma y el interés que despierta en los usuarios y no porque dicho operador cuente con ventajas relevantes con respecto al resto.

III.3.2 Replicabilidad de los precios fijados para la Promoción Bienvenida

Uni 2 considera que *“esa Comisión debería, en todo caso, valorar los costes de prestación específicos del servicio Imagenio, seguramente nada despreciables, a los efectos de realizar ese test de replicabilidad del paquete”*. Efectivamente, en el momento de aprobación del servicio, esta Comisión consideró los costes de prestación del servicio Imagenio así como cada vez que TESAU ha propuesto un paquete de servicios²⁷ en que se incluye el servicio Línea Imagenio. En ninguno de dichos expedientes se concluyó que los precios de Imagenio fueran anticompetitivos.

Con respecto a la promoción Bienvenida, esta Comisión aprecia un margen suficiente para competir con lo que tampoco podría considerarse como anticompetitiva. La promoción Bienvenida incluye los siguientes regalos:

- Llamadas metropolitanas gratis hasta el 31/12/2005;
- Cuotas mensuales gratis del servicio hasta el 31 de agosto de 2005;
- Cuota de alta reducida a 14,14 euros;
- Módem router inalámbrico gratis;
- 4 películas gratis de estreno;
- 1 partido de fútbol en PPV;
- Lápiz de memoria de 128 Mb (para las primeras 500 altas).

De acuerdo con los costes mayoristas existentes en el marco de la OBA y la evolución del proceso de desagregación del bucle del abonado (el 33,84% de las líneas de los operadores alternativos se prestaban mediante bucle desagregado en noviembre de 2005), el margen para promociones existente para este producto asciende a 212,08 euros.

²⁷ Ver Resolución de 21 de julio de 2005 por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la OBA como consecuencia del lanzamiento por tesau de ofertas empaquetadas que incluyen el servicio de acceso a internet a través de ADSL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, la valoración mayorista de los regalos anteriores ascendería a:

- Tarifa plana Metropolitana: 3,01464 euros/mes x 6,75 meses = 20,34 euros;
- Cuotas mensuales del Servicio Línea Imagenio: 39,07 euros x 2,75 meses = 107,44 euros/mes;
- Cuota de alta reducida: 41,83 euros – 14,14 euros = 27,69 euros;
- Módem router gratis: 52,90 euros.

El total de los costes de la promoción ascenderían a 208,37 euros, con lo que los precios eran replicables por los operadores competidores.

Con respecto al lápiz de memoria, en tanto que se promocionaba únicamente mediante el canal on line, que conlleva unos costes de comercialización inferiores, y para las primeras 500 altas, no es relevante para el cálculo sobre el estrechamiento de márgenes.

Las 4 películas que se regalan como consecuencia de la adscripción al servicio se deben de valorar a su coste mayorista, esto es, el precio de adquisición que enfrenta TESAU para su comercialización en el marco de la plataforma de Imagenio.

De acuerdo con los datos aportados por TESAU, existen diferentes modelos de negocio para la comercialización de las películas y que se desprende de los contratos que soportan las licencias para emitir las películas. Así, se dan las siguientes situaciones:

[CONFIDENCIAL]

Dada la diversidad de las situaciones anteriores, TESAU estima que el **CONFIDENCIAL [%]** de las películas consumidas en el marco de la promoción bienvenida estaría cubierto mediante mínimos garantizados mientras que el resto se habrían realizado mediante un pago mayorista por consumo.

TESAU ha remitido asimismo el reparto de los tipos de películas consumidas como se muestra en la tabla siguiente:

CONFIDENCIAL []

Por otra parte, y de nuevo a partir la información remitida por TESAU, únicamente se habrían consumido por parte de los usuarios finales el **CONFIDENCIAL [%]** de las películas promocionadas. Este dato supone que de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las 4 películas promocionadas, en media, se habrían consumido únicamente **CONFIDENCIAL []** películas.

Con los datos anteriores es posible estimar los costes que para TESAU ha supuesto la promoción de los contenidos incluidos en la promoción bienvenida:

CONFIDENCIAL []

De esta forma, el coste de la promoción ascendería a **CONFIDENCIAL []** euros, con lo que continuaría siendo replicable. Esta conclusión no se alteraría si se considerara que la totalidad de las películas incluidas en la promoción son efectivamente consumidas por el usuario final, en tanto que el coste ascendería a **CONFIDENCIAL []** euros/usuario.

Respecto al coste de los contenidos Premium de carácter deportivo cabe señalar que TESAU accede a los mismos gracias a un contrato con el titular de los derechos. En dicho contrato se establece que TESAU debe realizar el pago de una cantidad fija por temporada que se corresponde con un número de pinchazos mínimos garantizados y sólo en caso de superar los consumos de referencia se aplicaría un precio mayorista a cada evento.

En concreto, para la temporada 2005/2006 el precio mayorista por encima del número de pinchazos es (i) por cada uno de los partidos en directo **[CONFIDENCIAL euros]**, (ii) por cada partido en diferido en el que intervenga el Real Madrid o el Barcelona **[CONFIDENCIAL euros]** y (iii) por cada consumo del servicio Multifútbol **[CONFIDENCIAL euros]**, según se recoge en la respuesta al requerimiento de información a TESAU. Dado que los precios minoristas que factura TESAU a sus abonados por dichos conceptos es de 8 euros por partido en directo, 4 por partido en diferido y 3 por Multifútbol, sólo en caso de superarse el número de pinchazos mínimos garantizados, existiría un problema de precios por debajo de costes para los partidos de fútbol en directo y diferido. Los pinchazos consumidos en la temporada 2005/2006 hasta la fecha son **CONFIDENCIAL []**, cifra inferior al número de pinchazos mínimos garantizados para esta temporada **CONFIDENCIAL []** por lo que no supone un coste adicional para la operadora.

Cabe concluir que los precios propuestos por TESAU en la Promoción Bienvenida eran replicables a partir de los servicios mayoristas por sus competidores.

III.4 Insuficiencia de la intervención ex post

Con respecto a las consideraciones realizadas por Uni2 sobre la insuficiencia de la intervención ex post, este operador debe tener presente el especial



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

momento en que se tramita el presente procedimiento. Así, el 7 de marzo de 2002 se adoptaron por el Parlamento y el Consejo Europeo las Directivas comunitarias que conforman el nuevo marco regulador de los servicios de comunicaciones electrónicas. Este nuevo marco supone un cambio significativo en los mecanismos establecidos para determinar las obligaciones que han de imponerse a los agentes en el mercado con el fin de garantizar el desarrollo de un mercado competitivo. Con arreglo al mismo, las Autoridades nacionales de reglamentación, antes de imponer obligaciones regulatorias, deberán definir los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales, y analizar la existencia de empresas con peso significativo en los mismos que determine la necesidad de imponer obligaciones.

La Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones de 3 de noviembre, que incorpora estas directivas al ordenamiento jurídico español, atribuye a esta Comisión la función de definir los mercados relevantes, el análisis de dichos mercados y la imposición de obligaciones de conformidad con el régimen establecido en el nuevo marco comunitario.

El artículo 10 de la Ley 32/2003 en su apartado 4 establece que en aquellos mercados en que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva la CMT podrá imponer, mantener o modificar determinadas obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en dichos mercados.

Por su parte, el artículo 13 establece que la CMT, en la forma y las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 6 del artículo 10, podrá imponer a los operadores, que de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo de mercado obligaciones en materia de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización y control de precios.

La Ley contempla un régimen transitorio, como también lo hacían las directivas. Así, la Disposición transitoria primera de la Ley 32/2003 establece que los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con PSM en dichos mercados y sus obligaciones.

Por tanto, no parece ser el expediente de referencia el marco en el que se deben plantear las cuestiones que propone Uni2.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IV CONCLUSIONES

De las anteriores consideraciones cabe desestimar la solicitud de Uni 2 respecto al supuesto empaquetamiento anticompetitivo que supone el servicio Línea Imagenio ni la promoción sobre el mismo denominada “Promoción Bienvenida” en tanto que:

- A pesar del crecimiento en términos de líneas comercializadas del Servicio Línea Imagenio, su importancia en el mercado todavía no alcanza el 5% del total y su cobertura geográfica es limitada. En cualquier caso, constatar que el éxito comercial de un producto, aunque sea de la empresa dominante, no implica per se que dicho éxito sea consecuencia de una práctica contraria a la libre competencia sino que puede deberse a una competencia en méritos;
- TESAU no cuenta con elementos cuya duplicación no sea factible por parte de terceros. Por una parte, los operadores alternativos cuentan con los elementos mayoristas de red, incluidos en la OBA, para replicar el canal utilizado por TESAU para comercializar en servicio Línea Imagenio. Por otra parte, 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 Línea Imagenio;
- El análisis de los precios de Imagenio realizado por esta Comisión en diferentes resoluciones no indica la existencia de precios predatorios o estrechamiento de márgenes.

Y todo lo anterior sin perjuicio de las consideraciones respecto al carácter dinámico del servicio Imagenio expuestas por esta Comisión anteriormente y del impacto que en un futuro, dada su evolución, podría tener sobre los mercados conexos de banda ancha y servicio telefónico fijo.

V RESPECTO A LAS OBLIGACIONES DE COMUNICACIÓN DE TESAU

De acuerdo con el acuerdo segundo de la Orden PRE/3028/2003²⁸ pesa sobre TESAU una obligación de comunicación de las modificaciones de los precios minoristas de los servicios de banda ancha:

“Segundo.—De acuerdo con el régimen de comunicación, las modificaciones de los precios minoristas para estos servicios deberán ser comunicados por

²⁸ De 30 de octubre de 2003, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de 25 de septiembre de 2003 de CDGAE, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al Consejo de Consumidores y Usuarios y a los usuarios afectados por las modificaciones de los precios de los servicios con, al menos, 10 días de antelación a su aplicación efectiva.”

De la anterior disposición se deduce que TESAU debe comunicar todos los elementos incluidos en las *modificaciones de los precios minoristas para estos servicios*, esto es, cualquier elemento, perteneciente o no al sector de las comunicaciones electrónicas, promocionados junto con los servicios de acceso de banda ancha.

En este sentido, en el escrito de 12 de mayo de 2005 remitido por TESAU en el que se comunicaba su intención de comercializar la promoción de referencia, no se hacía mención al regalo de 4 películas de Vídeo bajo Demanda. Esta Comisión debe recordar a este operador que no es su función juzgar que servicio están sujetos a comunicación de acuerdo con la orden citada anteriormente.

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

RESUELVE

Único.- Declarar que la promoción del servicio Imagenio denominada “Promoción Bienvenida”, llevada a cabo por Telefónica de España, S.A.U., y dadas las condiciones actuales de dicho servicio, no conlleva el ejercicio de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL SECRETARIO

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera