



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 08/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de marzo de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en relación con el expediente AEM 2005/1445, se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA POR LA DENUNCIA DE UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR UNA PROMOCIÓN EMPAQUETADA DE LOS SERVICIOS ADSL MINI, IMAGENIO Y TARIFA PLANA NACIONAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito Uni2 Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, UNI2) solicitando la cesación de una oferta de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) que integra los servicios ADSL Mini, Imagenio y Tarifa Plana Nacional, cobrando una única cuota mensual, por considerar que no es posible empaquetar el precio del servicio telefónico básico al precio del servicio de la Línea Imagenio, así como que la oferta provoca un estrangulamiento de márgenes, supone un empaquetamiento abusivo y resulta anticompetitiva.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de octubre, UNI2 remite un nuevo escrito a esta Comisión en el que aporta los motivos por los que concurren los requisitos necesarios para que se adopte una medida cautelar consistente en la cesación inmediata de dicha oferta, completando el escrito de 3 de octubre de 2005.

TERCERO.- Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 10 de octubre de 2005, se comunicó a UNI2 y a TESAU la apertura de un periodo de información previa en el marco del expediente AEM 2005/1445.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Adicionalmente y con objeto de realizar un análisis más profundo de la situación denunciada, se adjuntaba en dichos escritos un requerimiento de información adicional a cada operador.

La información requerida a UNI2 incluía el siguiente detalle:

- *“Descripción de las condiciones de comercialización de la oferta objeto de denuncia. En concreto se deberá detallar:*
 - *Nombre comercial del paquete promocionado,*
 - *componentes de la oferta,*
 - *período promocional,*
 - *regalos o conceptos subvencionados,*
 - *así como cualquier otra información que permita identificar la promoción de que se trata dentro de la actual oferta comercial de TESAU.”*

Asimismo, la información requerida a TESAU consistía en:

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

CUARTO.- Con fechas 19 de octubre y 2 de noviembre de 2005 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión, las respuestas a los requerimientos de información de UNI2 y TESAU respectivamente.

QUINTO.- Con fecha 19 de enero de 2006 se evacuó un segundo requerimiento de información a TESAU, siendo la información solicitada:

1. *“Número total de clientes del producto “Trío Imagenio + ADSL Mini + Llamadas”, aportar datos mensuales desde el inicio de la comercialización del producto hasta 31 de diciembre de 2005.*
2. *Del número total de clientes del producto “Trío Imagenio + ADSL Mini+ Llamadas” indicar:*
 - *Cuántos suponen clientes no adscritos a ninguna modalidad de servicios banda ancha;*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Cuántos se han producido como resultado de su migración desde productos ADSL de la propia TESAU o su Grupo empresarial;*
 - *Cuántos se han producido como resultado de su migración desde productos ADSL de operadores alternativos.*
3. *Del mercado de acceso a Internet de banda ancha, indicar el número de clientes mensual de cada una de las modalidades de facturación (24 horas, por volumen y por tiempo).*
4. *Del número de clientes de ADSL, indicar:*
- *Número total de clientes del servicio ADSL Mini desde el inicio de la comercialización del servicio.*
 - *Consumo efectivo medio mensual (en euros) de un usuario del servicio ADSL Mini, separando la parte fija o franquicia de volumen descargado y la parte variable por descarga de consumo adicional.*
 - *Cuántos de dichos clientes de ADSL Mini son consecuencia del paquete “Trío Imagenio+ ADSL Mini+ Llamadas”.*
5. *Descripción de la “Oferta de diez partidos de Liga o Copa del Rey”. En concreto, deberá describir en qué consiste dicha oferta, a qué público va dirigido, esto es, quién puede contratar dicho producto, canales de comercialización, indicar si existe un contrato de suscripción a la oferta y, en ese caso, aportar el contrato tipo.*
6. *Con respecto a los partidos de fútbol de la “Oferta de diez partidos de liga o copa del Rey” aportar el contrato de cesión de los derechos de los mismos 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.*
7. *Con respecto a la “Línea Imagenio” en el mercado minorista, aportar datos sobre:*
- *Preciario completo de los contenidos bajo demanda y pay per view 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 cuota mensual fija, consumo de contenidos de cine bajo demanda y pay per view, canales temáticos o contenidos deportivos (en particular, el fútbol).”*

SEXTO.- Con fecha 24 de enero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de UNI2 de fecha 20 de enero, comunicando que la promoción denunciada en fecha 3 de octubre de 2005 *“ha sido objeto de extensión por parte de TESAU hasta el 31 de marzo de 2006, según consta en la documentación que se adjunta en Anexo a este escrito.”*

Asimismo denuncia que *“esa promoción ha sido compatible, hasta el 31 de enero de 2005, con el alta de la línea telefónica ofrecida gratis por TESAU, según consta en documentación que también se adjunta en Anexo a este escrito.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Con fecha 1 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de TESAU solicitando ampliación del plazo a efectos de cumplimentar dicho trámite.

OCTAVO.- Con fecha 14 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, la respuesta al requerimiento de información de TESAU.

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”*.

Además, el artículo 11.4 de la Ley 32/2003 dispone que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*.

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

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

Por otra parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.- 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 determinado por las posibilidades reales de sustitución, teniendo en cuenta las prestaciones obtenidas y el precio, todo ello referido a un ámbito geográfico determinado.

¹ Caso 27/76 United Brands v. Comisión.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.1.1 Mercado de producto afectado

El mercado de producto afectado en el marco del presente procedimiento viene determinado por los productos incluidos en el producto “Trío Imagenio + ADSL Mini + Llamadas”, es decir, acceso de banda ancha, televisión y contenidos bajo demanda y 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 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,

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”.

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

⁶ Ver Caso COMP/38.233, Wanadoo Interactive.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 y contenidos bajo demanda

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 difundida en abierto o “gratuita” el operador hace llegar al público unos contenidos, consiguiendo de esta forma generar 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} y han determinado que los servicios de acceso a contenidos bajo demanda estarían incluidos en este mercado.

C. Mercado de 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 de acceso a la red telefónica pública, como se reconoció en la Resolución de esta Comisión de 22 de julio de 2004⁹, si bien es precisamente en el mercado de acceso donde existen mayores dificultades de competencia al no existir una alternativa real a la red de TESAÚ, salvo en ciertas demarcaciones donde se encuentran los operadores de cable.

II.1.2. Mercado geográfico

Con el objeto de determinar cuál es el ámbito geográfico que corresponde al mercado de referencia afectado, se debe 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 competencia¹⁰.

Los criterios que se han considerado tradicionalmente por las autoridades de competencia para determinar el alcance geográfico del mercado de referencia son¹¹:

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 74/02).

⁹ Resolución relativa al producto Nueva Línea Hogar de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U.

¹⁰ Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (2002/C165/03).

¹¹ Ver párrafo 59 de las citadas Directrices.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 de 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, los mercados de servicios de banda ancha y servicio telefónico fijo tiene un alcance geográfico nacional. Respecto de los servicios de televisión de pago, en el Informe sobre la concentración económica SOGECABLE/VÍA DIGITAL (C 72/02), 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 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 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.

[CONFIDENCIAL]

Dado que el servicio Imagenio es un servicio empaquetado, resulta interesante describir en qué situación están los mercados de que se compone dicho servicio de manera independiente.

Mercado de servicios de banda ancha

Se puede señalar que este mercado se ha caracterizado por un fuerte crecimiento durante 2004. Según se indica en el Informe Anual 2004 de esta Comisión, el mercado de banda ancha ha aumentado en términos de ingresos un 53%, mientras que en términos de clientes ha crecido un 63%, lo que supone una ganancia neta de algo más de 1,3 millones de clientes durante el año. La competencia se ha centrado principalmente en la captación de nuevos clientes.

Las empresas del grupo Telefónica han reducido ligeramente su posición en el mercado de la banda ancha especialmente si se observa la cuota de mercado por clientes donde ha sufrido una pérdida de seis puntos porcentuales respecto al año 2003, ostentando en 2004 una cuota por clientes del 52%.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, los operadores de cable han ganado peso en términos de ingresos, si bien en términos de clientes han perdido un punto porcentual a favor de los operadores basados en reventa de servicios mayoristas.

No obstante, conviene señalar que 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, al tiempo que desplegar la red de acceso es el aspecto más costoso para las redes de telecomunicaciones, por lo que resulta la parte más difícilmente replicable en las mismas. La creación de una infraestructura alternativa de acceso tiene costes muy elevados, por lo que los operadores pueden acudir a los servicios mayoristas basados en la red de acceso del operador tradicional.

Cabe señalar que la red de TESAU no es la única infraestructura a partir de la que se pueden prestar los servicios de referencia a los usuarios finales, sin embargo, en la actualidad no existe una alternativa viable a la de TESAU, pues ningún operador alternativo ha podido crear una red de acceso comparable a la de TESAU en todo el ámbito nacional.

En conclusión, se debe considerar la posición de dominio de TESAU en el mercado de banda ancha de acuerdo con la doctrina de los mercados conexos, es decir, dada su posición en el mercado de acceso.

Mercado de servicios de televisión de pago y contenidos bajo demanda

Este mercado se ha venido caracterizando por un descenso del volumen de negocio generado, así como una disminución global de la cifra de clientes de estos servicios, destacando principalmente el descenso de abonados de Sogecable y el crecimiento continuado de los abonados a servicios de televisión por cable. Así, en la siguiente tabla se observa el número de abonados y cuota de mercado de la televisión de pago.

Tabla 2. Número de abonados y cuota de mercado de la televisión de pago

Operador		Abonados	% Total
Sogecable		2.093.817	65,07
	Digital+	1.652.573	51,36
	Canal +	441.244	13,71
Grupo Ono		434.368	13,50
Grupo Auna fijo		367.849	11,43
Resto Operadores Cable		177.484	5,52
Operadores de cable locales		135.960	4,23
Telefónica Cable		8.388	0,26



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Total	3.217.866	100,00
-------	-----------	--------

Fuente: Informe Anual 2004, CMT

De los datos anteriores se concluye que la presencia de TESAU en este mercado no es significativa, con lo que su posición no puede ser dominante en ningún caso.

Mercado de servicios de tráfico telefónico fijo

Según se indica en el Informe Anual de la CMT del año 2004, los servicios de voz asociados con telefonía fija han registrado un descenso con respecto a ejercicios anteriores, con una reducción del tráfico total del 10%.

Telefónica perdió 3,1 puntos porcentuales en su cuota de mercado en términos de ingresos, a favor de los operadores de acceso directo y, en términos de clientes, los operadores de acceso indirecto alcanzaron una cuota del 13,8% del mercado, con un crecimiento de 3,8 puntos porcentuales medido en tráfico total.

En la siguiente tabla se observan las cuotas de mercado del servicio telefónico fijo por ingresos para los años 2003 y 2004:

Tabla 3 Cuota de mercado por ingresos del servicio telefónico fijo (Años 2003 y 2004)

	2003	2004
Telefónica de España	81,3	79,0
Grupo Auna fijo	5,3	6,4
Uni2 Telecomunicaciones	3,2	2,8
Grupo Ono	2,4	2,7
Comunitel Global	1,2	1,3
Jazz Telecom	1,3	1,3
Euskaltel	1,0	1,2
BT España	0,9	1,0
Tele2 Telecommunications Services	0,6	1,0
R Cable y Telecomunicaciones Galicia	0,4	0,6
Xtra Telecom	0,4	0,4
Al-pi	0,3	0,3
Resto	1,7	1,9
Total	100,0	100,0

Fuente: Informes Anuales 2003 y 2004, CMT



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se observa que si bien TESAU ha ido perdiendo cuota de mercado, ésta sigue siendo muy superior a la de su inmediato competidor, y al ser superior al 50% según la jurisprudencia, serviría por sí sola para determinar la existencia de una posición dominante, salvo circunstancias excepcionales. Este argumento se reforzaría toda vez que esta cuota se ha mantenido muy por encima del umbral del 50% establecido por la jurisprudencia europea, aunque haya ido perdiendo cuota en los últimos años desde la liberalización de las telecomunicaciones.

III.- ANÁLISIS DE LA CONDUCTA REALIZADA POR TESAU EN EL MARCO DE LA OFERTA “TRÍO IMAGENIO+ ADSL MINI+ LLAMADAS” Y SUS PROMOCIONES.

III.1 Consideraciones preliminares

De forma preliminar al análisis de la práctica concreta objeto del presente trámite de información previa, 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 el momento actual, 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 82¹². 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 por caso y en el contexto concreto en que se produce la denuncia. En particular, con respecto al servicio Línea Imagenio, dado su carácter dinámico.

¹² Consulta Pública de la DG Competition sobre la aplicación del Artículo 82 del Tratado a los abusos excluyentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este caso en concreto, a resultas del requerimiento de información remitido a TESAU por esta Comisión, se puede observar cuál es la situación de Imagenio en la actualidad y su relación con el servicio de acceso a Internet de banda ancha, así como el efecto que tiene esta promoción en ambos mercados.

El número de clientes que ha alcanzado la operadora, en el producto "Trío Imagenio + ADSL Mini + Llamadas" desde su lanzamiento en septiembre de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2005, se observa en la siguiente tabla:

[CONFIDENCIAL]

Conviene contrastar dicha información sobre la planta de clientes del producto denunciado con la procedencia de dichos clientes y saber así, cuántos de dichos clientes no estaban anteriormente adscritos a ninguna modalidad de servicios de banda ancha, cuántos proceden de una migración desde productos de ADSL de TESAU o de su Grupo empresarial y cuántos provienen de migraciones desde productos ADSL de operadores alternativos.

Así, en la siguiente tabla se observa que hasta la fecha este producto ha captado mayoritariamente a clientes que no disponían de acceso a Internet de banda ancha o que habían migrado desde productos ADSL del Grupo Telefónica, suponiendo la migración desde operadores alternativos entre un [CONFIDENCIAL] y un [CONFIDENCIAL].

[CONFIDENCIAL]

Por ese motivo, en el momento actual no se puede inferir que el producto esté atrayendo a clientes de la competencia sino que el perfil mayoritario es el de un cliente que accede por primera vez al servicio de acceso a Internet de banda ancha, o que dentro del grupo Telefónica, decide migrar a un servicio que incorpora un nuevo elemento, la televisión de pago y que parece aportar un valor añadido como para justificar dicho cambio. No obstante, de momento el porcentaje de migraciones desde operadores alternativos al Grupo Telefónica no es relevante.

En cualquier caso, sí conviene señalar que con los datos disponibles hasta el momento actual, se observa que el crecimiento del ADSL Mini se está estancando, si bien el mayor impulso a la contratación de este tipo de acceso a Internet de banda ancha viene por el Paquete Trío, esto es por una oferta empaquetada.

[CONFIDENCIAL]

Por todo ello, no existen motivos en la actualidad que justifiquen que este producto, a través de la promoción denunciada, esté afectando negativamente a la competencia en los mercados de tráfico telefónico fijo, si comparamos las magnitudes afectadas por la oferta con las cuotas de mercado más recientes del servicio telefónico fijo, y de acceso a Internet de banda ancha, toda vez que no se da un crecimiento muy elevado del número de clientes y la migración de clientes de ADSL desde operadores alternativos al Grupo Telefónica no es significativa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III.2 Sobre la existencia de un empaquetamiento anticompetitivo

UNI2 pretende que se impida en todos los casos el empaquetamiento de los servicios Imagenio y telefónico básico debiendo ofrecerse precios separados cuando se comercialicen de forma conjunta.

Por otra parte, UNI2 considera que no se debe reducir el análisis de un empaquetamiento ilícito a un supuesto de pinzamiento de márgenes puesto que no es el único caso de cierre de mercado ni de imposibilidad de emulación.

De forma preeliminar al análisis de la oferta denunciada, ya informada por los Servicios de esta Comisión como corresponde a toda oferta comunicada por TESAU, en aplicación de la orden PRE/3028/2003¹³ antes de su comercialización, cabe señalar que esta Comisión ha analizado el empaquetamiento de los servicios incluidos en el servicio “Línea Imagenio” con el servicio telefónico fijo como consecuencia de la propuesta de promoción comunicada por TESAU el 29 de diciembre de 2004, por cuyo empaquetamiento se dictaron medidas cautelares con fecha 20 de enero de 2005, con el objeto de determinar el impacto de dichos productos en el mercado y sus consecuencias según la normativa comunitaria.

Posteriormente, por Resolución de fecha 21 de abril de 2005 del Consejo de la CMT, se acordó extinguir las medidas provisionales adoptadas mediante Resolución de 20 de enero de 2005, por las que se había paralizado la promoción del servicio telefónico fijo con la contratación del servicio “Línea Imagenio”.

En aquella resolución por la que se autorizó el empaquetamiento del servicio “Línea Imagenio” con el servicio telefónico fijo de acuerdo a un análisis conforme al Derecho de la Competencia, el mercado de productos afectados venía determinado por los productos incluidos en la “Línea Imagenio”, esto es, acceso de banda ancha, televisión y contenidos bajo demanda, así como el servicio promocionado conjuntamente con la “Línea Imagenio”: el servicio telefónico fijo.

En general, un empaquetamiento se produce cuando la compra de un producto primario se realiza de forma condicional a la compra de un producto secundario. Ahora bien, una situación de vinculación puede caracterizarse, de una manera más genérica, como dos servicios que podrían suministrarse de forma separada, se están, de hecho, comercializando conjuntamente. Así, las propuestas de TESAU podrían 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.

Ahora bien, la calificación de una determinada oferta como venta empaquetada no implica, *per se*, un abuso de posición de dominio, sino que únicamente será constitutiva de abuso cuando la venta vinculada suponga una distorsión de la competencia. En efecto, el Derecho de la competencia y la jurisprudencia consolidada establecen que la vinculación anticompetitiva puede constituir un abuso de posición de

¹³ De 30 de octubre de 2003, por la que se dispone de la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la 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

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. En el caso del paquete propuesto, los efectos anticompetitivos anteriores podrían producirse si los descuentos sobre los servicios asociados a dicho paquete colocaran los precios minoristas por debajo de los costes, provocando que un competidor igual de eficiente que TESAU no pudiera competir en el mercado secundario.

Dadas las obligaciones actualmente vigentes, es necesario señalar que los servicios individuales incluidos en el paquete que conforma la oferta denunciada tienen su replicabilidad garantizada, en tanto que fueron objeto de un análisis previo por parte de esta Comisión. De igual forma, antes de comercializar esta oferta, TESAU en fecha 22 de junio de 2005 había comunicado una serie de paquetes que suponían un descuento con respecto a los planes de precios aprobados inicialmente.

Respecto a lo anterior, cabe señalar que, si bien las ventas empaquetadas no están prohibidas *per se*, como se ha analizado anteriormente, el Artículo 82 del Tratado estima que la venta empaquetada puede ser constitutiva de un abuso de posición dominante:

“d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

A partir del Artículo anterior, la Comisión Europea consideró, en el caso Microsoft¹⁴, que para que un empaquetamiento sea ilícito 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;
- La empresa debe ser dominante en el mercado que se empaqueta (en el mercado del producto empaquetado no es necesario): esta condición asegura que los empaquetamientos anticompetitivos conlleven una extensión de posición de dominio;
- La empresa dominante no ofrece la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete;
- El empaquetamiento cierra el mercado a la competencia.

De esta forma, el análisis de los diferentes productos propuestos por TESAU debe determinar si se cumplen las anteriores previsiones. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia Tetra Pak International SA/ Comisión¹⁵, consideró que *“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”*. Por tanto, no sería

¹⁴ Véase Asunto C-3/37.792.

¹⁵ Véase Asunto C 333/94.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suficiente que, en el caso de existir una venta empaquetada ilícita, se estuvieran comercializando productos similares en el mercado.

Sobre estos puntos se realizó el análisis de los citados paquetes propuestos por TESAU el 22 de junio de 2005, uno de los cuales coincide con la oferta objeto de denuncia, que resultaron aprobados para su comercialización en la Resolución de 21 de julio de 2005¹⁶ donde se fijaron las cantidades máximas para promociones en ofertas de dichos paquetes, para evitar potenciales situaciones de estrechamiento de márgenes.

Por otra parte, abundando en el empaquetamiento del servicio Imagenio y del servicio de tráfico telefónico fijo, al ser este objeto expreso de denuncia por parte de UNI2 es necesario tener en cuenta que, en el marco de la aprobación de la Oferta del Bucle de Abonado¹⁷, 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 tanto, se deduce que una oferta como la denunciada, relativa a los servicios de televisión incluidos en la “Línea Imagenio”, quedaría 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 la Línea Imagenio, concluyéndose que eran suficientes para replicar 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.

Finalmente, y para completar el análisis sobre las posibilidades de que una promoción como la denunciada cierre el mercado a la competencia, es necesario analizar la situación en el mercado de cada uno de los operadores que comercializan un servicio empaquetado como la “Línea Imagenio”. Así, la tabla siguiente muestra para los años 2003 y 2004, los abonados a cada uno de los servicios:

¹⁶ Resolución 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. (MTZ 2005/993)

¹⁷ 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla 7 Número de abonados a banda ancha, TV de pago y telefonía fija (Años 2003 y 2004)

	2003			2004		
	Banda Ancha	TV Pago	Telefonía Fija	Banda Ancha	TV Pago	Telefonía Fija
Telefónica de España	1.069.223	0	12.337.475	1.609.934	8.388	12.161.026
Auna Telecomunicaciones	242.694	296.132	551.078	397.854	367.849	731.024
Grupo Ono	186.447	339.378	557.274	275.030	357.561	638.125
Uni2/Wanadoo	190.088	0	364	526.908	0	2.239
Euskaltel	30.833	21.763	137.433	68.867	28.028	202.989
Telecable de Asturias	38.595	86.043	64.347	49.450	96.657	74.698
R Cable y Telecomunicaciones Galicia	29.051	41.019	107.766	45.618	52.799	136.356
Retecal Sociedad Oper. de Tel. Castilla-León	35.889	67.000	63.349	48.281	76.807	79.579

Fuente: Elaboración a partir de Informes Anuales 2003 y 2004, CMT

De la tabla anterior se deduce que la posición de partida de TESAU, con respecto a la venta de un producto empaquetado de banda ancha, televisión y servicio telefónico, es claramente inferior a la de sus directos competidores. Por tanto, el efecto de un empaquetamiento de estos tres servicios no tendría efectos negativos sobre la competencia, dado el actual desarrollo de los diferentes mercados.

Por otra parte, en la citada Resolución de 21 de abril de 2005 por la que se acordó extinguir las medidas provisionales adoptadas mediante Resolución de 20 de enero de 2005 se establecía que:

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

- La importancia de Imagenio ha aumentado 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

forma, la cobertura en términos de bucles a nivel de central alcanzaba a los 6.594.693 mientras que en ellas los bucles con calidad 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 hasta el 31 de diciembre de 2005 gracias al Trío Imagenio + ADSL Mini + Llamadas objeto de esta denuncia.

Ahora bien, aunque la base de clientes de Imagenio y su cobertura hayan aumentado, no se observan los efectos anticompetitivos que aduce UNI2.

Por tanto, como se había expuesto en el punto III.1, la situación del servicio Imagenio y su impacto en los mercados conexos de servicio de acceso a Internet de banda ancha y servicio telefónico fijo es cambiante dado su carácter dinámico. En cualquier caso, 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. Por tanto, cabe considerar que la situación de este servicio es todavía incipiente y que sus efectos en el mercado no son relevantes.

III.3 Sobre la existencia de ventajas irreplicables

Según la operadora, en esta oferta existe una ventaja irreplicable que impide la emulabilidad por sus competidores al disponer TESAU de una red de acceso completamente desplegada, que determina unos plazos de implantación del servicio Imagenio no comparables con los procedimientos y plazos que han de seguir los demás operadores de conformidad con la OBA y además objeto de continuos incumplimientos, de tal forma que, cuando haya un número sustancial de bucles efectivamente desagregados por parte de los operadores alternativos, ya se habrá producido un cierre de mercado y TESAU habrá captado los clientes más interesantes para ofertarles todos los servicios.

A este respecto, cabe señalar que esta Comisión ha tenido en cuenta la red de acceso de TESAU a la hora de determinar su posición en el mercado. Si bien es cierto, que la posesión de esa red dota a TESAU de ciertas ventajas que le permiten comportarse de forma independiente a sus competidores, no lo es que cualquier servicio lanzado sobre esta infraestructura no pueda ser replicado por terceros, toda vez que existen obligaciones mayoristas de acceso a la misma, como es el caso de la OBA.

Además UNI2 sostiene que TESAU ha generado una incompatibilidad del servicio Imagenio con el ADSL de cualquier operador alternativo.

Respecto a esta alegación de UNI2 sobre la incompatibilidad creada por TESAU al configurar el servicio Imagenio con el servicio de banda ancha sobre ADSL de otro



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador, cabe recordar que ya se ha considerado por esta Comisión en la Resolución de 15 de julio de 2004¹⁸:

“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 posibilita subvenciones cruzadas entre los distintos servicios (...) o sea 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 los servicios de televisión, que el usuario puede adquirir a empresas alternativas.”

Por otra parte, existe una justificación técnica en la configuración del servicio Línea Imagenio, 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.

III.4 Sobre la situación de pinzamiento de márgenes en las promociones sobre el producto “Trío Imagenio + ADSL Mini + Llamadas”

En su escrito de 3 de octubre, UNI2 no está de acuerdo con la metodología empleada por esta Comisión para la detección de situaciones de pinzamiento de márgenes. No obstante, aplica dicho método para señalar (i) que el importe de la promoción empaquetada excede de la cantidad máxima para promociones de ADSL por volumen

¹⁸ Resolución por la que se pone fin al período 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.(AEM2003/1545)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

permitido por esta Comisión, que según UNI2 es de 110,09 euros, conforme a la Resolución MTZ 2005/589¹⁹ y (ii) se debería incluir como cantidades promocionadas el diferencial de precios por la contratación de 10 partidos de fútbol de la actual temporada de Liga o Copa del Rey a un precio de 4,5 euros por partido, cuando fuera de la promoción es de 8 euros y que aumentaría entonces el importe de la cantidad promocionada en 35 euros.

Asimismo, UNI2 indica que enviará a esta Comisión una contribución precisando lo que considera un buen test para determinar el pinzamiento de márgenes, basado en costes eficientes evitados. Considera que se debería determinar cuáles son los costes necesarios para que un operador eficiente y no dominante pueda proporcionar un servicio de televisión de pago que emule el servicio Imagenio de TESAU. Ese análisis debería tener en cuenta el coste del acceso a los contenidos Premium, tanto fútbol como películas de estreno, siendo estos los elementos determinantes de un servicio de televisión de pago.

Respecto a esta alegación resulta interesante diferenciar entre los documentos de 3 de octubre de 2005 y de 20 de enero de 2006.

1. Oferta denunciada en el escrito de 3 de octubre de 2005

Esta oferta, según la información aportada por TESAU, consiste concretamente en:

Un paquete de servicios de triple oferta conformado por la "Línea Imagenio" con TV y acceso a Internet Banda ancha, sobre la modalidad básica del Servicio ADSL bajo la opción de facturación por volumen de descarga "ADSL 12/04" (ADSL Mini), y adicionalmente una tarifa plana para llamadas de ámbito nacional (plan de precios 10).

Los conceptos promocionados son:

- Gratuidad de la cuota de conexión correspondiente a Imagenio con ADSL.
- Cuota de abono a 38 euros hasta el 31 de diciembre de 2005 (siendo el precio habitual del paquete 46 euros/mes).
- Módem router inalámbrico con instalación: 14,14 euros.

Para las contrataciones realizadas a través del Canal Online de TESAU, se incluirá un regalo consistente en:

- Módem router inalámbrico con instalación gratuito.
- Exención de la cuota de alquiler del descodificador correspondiente a los dos primeros meses.

Esta promoción fue comunicada en fecha 5 de agosto de 2005 a esta Comisión. Fue objeto de estudio por parte de los Servicios de la CMT en el *"Informe sobre la nueva promoción del paquete de servicios de triple oferta compuesto por Línea Imagenio,*

¹⁹ Resolución 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

servicio ADSL (en la modalidad de facturación por volumen –ADSL 12/04) y plan de precios 10 propuesta por Telefónica de España, S.A.U.”, en el que tras aplicar el test de pinzamiento de márgenes aprobado por esta Comisión, se concluyó señalando “que se ha constatado que la propuesta de TESAU no constituye una práctica anticompetitiva ya que el coste de la promoción no supera el máximo establecido por esta Comisión”.

A mayor abundamiento señalar que esta promoción fue comunicada por TESAU al amparo de la citada Resolución de fecha 21 de julio de 2005²⁰, en la que se establecían las cantidades máximas para promociones de una serie de paquetes que incluían servicio minorista de ADSL en sus distintas versiones de tiempo y volumen, el servicio de televisión y contenidos bajo demanda y un plan de precios consistente en una tarifa plana de ámbito nacional, denominado comercialmente Plan de Precios 10.

En el mencionado Informe de los Servicios, se comprobaba que el importe de las promociones, tanto desde la contratación por medios tradicionales como por el Canal Online, no superaba los 146,77 euros, siendo ésta la cantidad máxima que puede destinarse para promociones del Paquete 4 (coincidente con los servicios ofertados en la oferta denunciada) en la Resolución de 21 de julio de 2005²¹.

Para la detección de un posible estrechamiento de márgenes, en el Informe se tenía en cuenta lo estipulado en la Resolución de 15 de julio de 2004 de esta Comisión, por la que se aprueba el mecanismo para la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL comercializados por empresas del Grupo Telefónica que determina:

“El mecanismo descrito a lo largo de esta Resolución, que se aplicará de forma independiente a cada oferta realizada por empresas del Grupo Telefónica en la modalidad de conexión GigADSL denominada D en la OBA, se resume a continuación:

- 1. Se calcula el importe total de la promoción, es decir, la suma de los descuentos o regalos aplicados a una nueva alta, valorados a precio mayorista. Para valorar los descuentos en las cuotas mensuales (en este caso se computan también los eventuales recargos minorando la cuantía de la promoción), se consideran las cuotas aplicadas a lo largo de todo el periodo de recuperación de costes de adquisición respecto de la cuota mensual minorista de referencia.*

(...)”

En dicho informe, los importes considerados en el importe del cálculo de la promoción son:

- El regalo de la cuota de alta, que de acuerdo con la Resolución sobre la modificación de la OBA de TESAU actualizada a 31 de marzo de 2004, asciende a 41,83 euros.
- El descuento de la cuota de abono, que pasa de 46 a 38 euros, hasta el 31 de diciembre de 2005 para las contrataciones realizadas entre el 3 de septiembre y el 9 de octubre, lo que supone un descuento de 32 euros.

²⁰ Ver Nota 16

²¹ Ver tabla en la página 8 de la citada Resolución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El coste del descuento en la venta del módem router inalámbrico, estimado en 38,76 euros, al haberse valorado el router a 52,90 euros.

Obteniéndose un importe de promoción de 112,59 euros.

En el caso de contratación por medios telemáticos de la compañía, Canal Online, se ha incluido también el coste que supone el regalo del módem router inalámbrico, que pasa a ser gratuito para el usuario y el importe de dos cuotas de alquiler del descodificador gratuitas. Si bien el importe de la promoción se incrementa en 14,14 euros por el importe del regalo del módem inalámbrico y en 12 euros por el alquiler del descodificador, tampoco excede el límite máximo para promociones y, además, la discriminación de precios viene justificada por causas objetivas, toda vez que la comercialización por medios telemáticos presenta unos costes inferiores en comparación con la comercialización por canales convencionales.

En cambio, no es posible considerar un mayor coste por la Tarifa Plana Nacional como indica UNI2 en la denuncia, puesto que no supone en ningún caso un concepto promocionado al tratarse de un elemento más dentro de la oferta empaquetada aprobada en fecha 21 de julio de 2005. De esta forma, no se puede imputar como un coste que se detrae del límite asignado para promociones en un test de pinzamiento de márgenes, sino que se ha tenido en cuenta dicho coste a la hora de calcular dicho límite máximo.

De igual forma, tampoco es posible incluir como promoción los partidos de fútbol de Liga o Copa del Rey como pretende UNI2, en tanto que se tratan de promociones diferenciadas. La oferta denunciada consiste en el alta de un paquete de "Línea Imagenio", es decir, trata de captar nuevos clientes, mientras que existe un Bono de 10 partidos que sólo podrá contratar quien ya sea cliente. En ningún momento se vincula el bono dentro del paquete denunciado, sino en una contratación separada.

En este sentido, se corrobora a partir de la respuesta al segundo requerimiento de información remitido a TESAU que la "Oferta de diez partidos de Liga o Copa del Rey" está desvinculada del alta pues su forma de contratación es únicamente a través del televisor, sin existir ningún tipo de contrato de suscripción de la oferta. Por otra parte, se empezó a comercializar el 5 de octubre de 2005 para clientes nuevos y antiguos de Imagenio y caduca el 14 de mayo de 2006, coincidiendo con la jornada 38 y última del Calendario de Liga en Primera División.

Respecto a la alegación de que se debe tener muy en cuenta el 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]**, (ii) por cada partido en diferido en el que intervenga el Real Madrid o el Barcelona **[CONFIDENCIAL]** y (iii) por cada consumo del servicio Multifútbol **[CONFIDENCIAL]**,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 hasta el 15 de enero 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.

2. Oferta denunciada en el escrito de 20 de enero de 2006

UNI2 remite un nuevo escrito señalando que la promoción denunciada el 3 de octubre ha sido objeto de extensión hasta el 31 de marzo de 2006. A este respecto, cabe señalar que se trata de un error pues no es la misma promoción como se observa en los anexos aportados por UNI2.

Se trata de una promoción diferente sobre el paquete de servicios “Trío Imagenio + ADSL Mini + Llamadas” (paquete 4, aprobado en la Resolución de 21 de julio de 2005²²), comunicada por TESAU el 19 de diciembre de 2005 y consistente en:

Paquete de servicios de triple oferta conformado por Línea/Kit Imagenio con TV y acceso a Internet banda ancha, sobre la modalidad básica del Servicio ADSL bajo la opción de facturación por volumen de descarga “ADSL 12/04” (ADSL Mini), y adicionalmente una tarifa plana para los servicios de voz de ámbito nacional (plan de precios 10).

Los conceptos promocionados son:

- Cuota de alta reducida de 30 euros para instalaciones con filtrado distribuido.
- Cuota de abono a 38 euros durante 3 meses.
- Módem router gratis.

Asimismo, las contrataciones realizadas a través del Canal On-Line incluirán un regalo con un coste máximo de 20 euros.

Por tanto, se constata que no se trata de una extensión de la oferta denunciada por la que se ha abierto este trámite de información previa y como tal, no es objeto del mismo.

III.5.- Manifestaciones de TESAU respecto al empaquetamiento denunciado

En relación a la oferta denunciada, TESAU señala que existen una serie de errores de concepto por parte de UNI2 en lo referente a los conceptos promocionados.

Esta alegación ya ha sido contestada en los apartados anteriores, en la medida en que se han valorado las partidas que forman parte de la promoción y consecuentemente se han tenido en cuenta para obtener el importe promocionado con el objeto de

²² Ver Notas 16 y 20



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

compararlo con el importe máximo destinado a promociones aprobado por esta Comisión en fecha 21 de julio de 2004.

Respecto a las afirmaciones de UNI2 sobre las prácticas de empaquetamiento de TESAU, ésta sostiene que UNI2 nunca alude a la existencia de la interconexión por capacidad en España, que es una obligación mayorista que tiene impuesta y que se conforma como uno de los elementos que hace posible la replicabilidad de los servicios de facturación plana en voz, y que esta Comisión tiene en cuenta de cara a evaluar la replicabilidad de las dobles y triples ofertas de TESAU.

En referencia a esta manifestación procede indicar que esta Comisión ha estimado la emulabilidad, tanto para los servicios individuales como para los diferentes paquetes de servicios, atendiendo a una ponderación de interconexión por tiempo y por capacidad, debido al uso creciente que hacen los operadores alternativos de esta última modalidad de interconexión, con el objeto de asegurar que dichos productos ofertados por TESAU son replicables por operadores alternativos.

IV. CONCLUSIONES

De modo preliminar cabe señalar que a pesar del crecimiento en términos de líneas comercializadas del Servicio Imagenio, su importancia en el mercado todavía no alcanza el 5% del total y su cobertura geográfica es limitada.

TESAU no cuenta con elementos cuya duplicación no sea posible por parte de los operadores alternativos puesto que los operadores alternativos disponen de los elementos mayoristas de red, incluidos en la OBA, para replicar el canal utilizado por TESAU para comercializar el servicio Imagenio.

Por otra parte, de la observación de la posición actual que detentan los distintos agentes en los mercados implicados, no se pueden extraer evidencias acerca de un posible cierre del mercado por parte TESAU, al ser su posición en el mercado de servicios de televisión de pago y contenidos bajo demanda no significativa.

El análisis realizado pone de manifiesto que TESAU por medio de esta oferta, permite el acceso a nuevos servicios como es la Televisión por ADSL y CbD o el Servicio ADSL Mini a sus clientes finales. Asimismo, ofertas como la denunciada parecen responder por un lado a hacer frente a la presión competitiva ejercida por los operadores alternativos con una estrategia basada en el empaquetamiento de servicios y en las reducciones de precios, y por otro a satisfacer a un número creciente de usuarios interesados en la integración en una misma infraestructura de servicios innovadores y de alto valor añadido, dinamizando así tanto los mercados de banda ancha como de televisión de pago y contenidos bajo demanda con el objetivo de desarrollar la Sociedad de la Información.

El empaquetamiento del servicio Imagenio se corresponde con un enriquecimiento de la oferta comercial de TESAU que reforzará su posición en los mercados de acceso telefónico fijo y banda ancha únicamente si demuestra aportar valor añadido al consumidor. Ahora bien, si se da en situación de competencia en méritos, no habría



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

motivo para impedir ofertas comerciales de TESAU que beneficien a los consumidores, aunque ésta sea la empresa dominante.

No obstante, como ya se ha expuesto en el punto III.1, la situación del servicio Imagenio y su impacto en los mercados de acceso a Internet de banda ancha y servicio telefónico fijo es cambiante dado su carácter dinámico. Así, cabe considerar que la situación de este servicio es todavía incipiente y que sus efectos en el mercado no son relevantes, si bien, habrá que estudiar en cada momento y caso por caso, la situación del mercado y los efectos que pudiese tener en los mercados conexos.

V. RESPECTO A LAS OBLIGACIONES DE COMUNICACIÓN DE TESAU

De acuerdo con el acuerdo segundo de la Orden PRE/3028/2003 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 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.

A este respecto, cabe señalar que del análisis de las respuestas aportadas por TESAU y UNI2 en sus respectivos requerimientos de información no es posible concluir que se den condiciones distintas a la oferta ya comunicada por TESAU en fecha 5 de agosto y analizada por esta Comisión permitiéndose su comercialización.

Si bien, dado el volumen creciente de ofertas por parte de TESAU, esta Comisión debe recordar a este operador que no es su función juzgar qué servicios están sujetos a comunicación de acuerdo con la orden citada anteriormente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Proceder al archivo del expediente en relación con la denuncia presentada por Uni2 Telecomunicaciones, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U., dadas las condiciones actuales del servicio Imagenio y declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera