



INFORME DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

N-06038 TELEFÓNICA / IBERBANDA

Con fecha 17 de abril de 2006 ha tenido entrada en este Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) notificación relativa a la adquisición por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) del control exclusivo de IBERBANDA, S.A. (en adelante IBERBANDA).

Dicha notificación ha sido realizada por TESAU, según lo establecido en el artículo 15.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia por superar el umbral establecido en el artículo 14.1 a). A esta operación le es de aplicación lo previsto en el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, en lo referente al control de las concentraciones económicas.

El artículo 15 bis de la Ley 16/1989 establece que: "El Ministro de Economía, a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia, remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia los expedientes de aquellos proyectos u operaciones de concentración notificados por los interesados que considere pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, para que aquél, previa audiencia, en su caso, de los interesados dictamine al respecto".

Asimismo, se añade: "Se entenderá que la Administración no se opone a la operación si transcurrido un mes desde la notificación al Servicio, no se hubiera remitido la misma al Tribunal".

Con fecha 20 de abril de 2006 se solicitó informe sobre la operación al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) que fueron evacuados con fecha 5 de mayo y 15 de mayo de 2006 respectivamente.

En ejercicio de lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto 1443/2001, el Servicio de Defensa de la Competencia requirió de la notificante con fecha 26 de abril de 2006 información de carácter necesario para la resolución del expediente. La información requerida fue cumplimentada con fecha 10 de mayo y ampliada con fecha 19 de mayo de 2006.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 15.2 de la Ley 16/1989, la notificante solicita que, en el caso de que el Ministro de Economía resuelva remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, se levante la suspensión de la ejecución de la operación.

Según lo anterior, la fecha límite para remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia es el **31 de mayo de 2006** inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

I. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

La operación notificada consiste en la adquisición del control exclusivo sobre IBERBANDA, S.A. por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU) mediante la adquisición de



acciones representativas de un 51% de su capital social y la firma de un pacto de accionistas que le otorga control.

La operación de concentración objeto del presente informe se instrumenta en un contrato de fecha 7 de abril de 2006, suscrito por las Partes de la operación -TESAU e IBERBANDA- y algunos accionistas de la adquirida que desean permanecer en su capital - PRISA¹, IECISA² y OMEGA³-,

Dicho contrato establece los términos y condiciones de las distintas actuaciones en que se sustenta la operación, entre otras:

- (i) *Reestructuración del capital de IBERBANDA*, previa a la entrada de TESAU, [...] ⁴ y se modificará la estructura del accionariado de forma que PRISA e IECISA posean, cada una, el [...] % del capital y OMEGA el [...] % restante ⁵.
- (ii) *Aprobación de un nuevo modelo de negocio y consiguiente reestructuración del negocio existente*: IBERBANDA se centrará en ciertos ámbitos de actividad ⁶, en coordinación con TESAU. En virtud de dicho Modelo, IBERBANDA discontinuará sus actividades en el ámbito urbano y suburbano no afectado por los concursos y contratos adjudicados por la Administración. Para ello, se elaborará un plan de apagado ordenado de las estaciones base y resto de infraestructura urbana y suburbana de IBERBANDA a discontinuar. Dicho plan se completará en un plazo máximo de 9 meses desde la ejecución de la operación de concentración.
- (iii) *Establecimiento de un Nuevo Marco de Relaciones Comerciales* entre TESAU e IBERBANDA, por el que IBERBANDA otorga a TESAU la condición de proveedor preferente de los servicios de telecomunicaciones que pudiera precisar. Como contraprestación TESAU satisfará a IBERBANDA [...] de euros en especie mediante la prestación de servicios.
- (iv) *Modificación de estatutos de IBERBANDA y entrada en el capital de TESAU*: los accionistas que permanezcan en la sociedad tras la reestructuración de su capital, acordarán una nueva ampliación de capital que suscribirá íntegramente TESAU con un desembolso de [...] millones de euros, tras el que TESAU dispondrá de un 51% del capital social de IBERBANDA.

Asimismo, los socios suscribirán un pacto de accionistas que, entre otros, regulará el gobierno y funcionamiento de la adquirida en unos términos que confieren a TESAU el control exclusivo sobre IBERBANDA a los efectos del artículo 14 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia⁷.

¹ Promotora de Informaciones, S.A.

² Informática El Corte Inglés, S.A.

³ Omega Capital, S.L.

⁴ Se inserta entre corchetes la información declarada confidencial a solicitud de las notificantes.

⁵ [...]

⁶ Relacionados con contratos y concursos de las Administraciones Públicas, actividad en zonas rurales de IBERBANDA como proveedor mayorista de infraestructuras con tecnología de acceso radio conjuntamente con TESAU como proveedor minorista, cesión de capacidad espectral a TESAU para el desarrollo del plan de sustitución de la Telefonía Rural de Acceso Celular (TRAC), etc.

⁷ Dicho pacto prevé que IBERBANDA tenga un Consejo de Administración de once miembros, de los que [>50%] representarán los intereses de TESAU. Adicionalmente, el nombramiento del Consejero Delegado y del Presidente del Consejo corresponderá a TESAU.



Con fecha 8 de mayo y 12 de mayo de 2006 respectivamente, NEOSKY y BASA formularon alegaciones en las que, entre otros argumentos, hacen referencia a la reciente prohibición por el Consejo de Ministros de una operación planteada entre las mismas Partes, que fue remitida a segunda fase por el Vicepresidente Segundo y Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del SDC, e informada por el TDC, la CMT y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (SETSI).

En efecto, la presente operación de concentración tiene como antecedente directo otra, notificada con fecha 10 de octubre de 2005, en la que TESAU notificó al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) la adquisición del control exclusivo de IBERBANDA con base en un contrato de fecha 9 de agosto de 2005. Dicha notificación dio lugar al expediente N-05090 TESAU/IBERBANDA del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC).

En el contrato de 9 de agosto de 2005 en el que se sustentaba la operación precedente se recogían una serie de pactos y acuerdos, que fueron presentados como restricciones accesorias a la operación, por los que TESAU pasaría a prestar los servicios de comunicaciones electrónicas a los socios⁸ y a TELECOR⁹ que en la actualidad presta IBERBANDA, y éstos, a su vez, se comprometían a hacer los mejores esfuerzos para garantizar a TESAU un determinado volumen de negocios derivado de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y a atribuir a TESAU la condición de proveedor preferente.

En el marco del expediente N-05090, con fecha 25 de octubre de 2005 la SETSI elaboró un informe en el que se afirmaba que dicha operación ponía en manos de TESAU, “*mejores instrumentos para el despliegue de redes de acceso en banda ancha (...) (especialmente en zonas rurales y de difícil orografía)*”. Por otra parte, la SETSI estimaba que la operación ponía a TESAU en mejores condiciones para afrontar sus obligaciones del Servicio Universal pudiendo con ello contribuir a la reducción del coste neto en su prestación. Adicionalmente, consideraba que la operación facilitaba a TESAU el cumplimiento de los compromisos que viene adquiriendo en el contexto del Programa Nacional de Extensión del Acceso a la Banda Ancha en Zonas Rurales y Aisladas.

Con fecha 7 de noviembre de 2005, el Vicepresidente Segundo y Ministro de Economía y Hacienda acordó remitir dicha operación al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), lo que dio lugar al expediente C-93/05 del TDC.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) evacuó el 11 de noviembre de 2005 su informe preceptivo sobre dicha operación. La CMT concluía que la operación no parecía alterar significativamente la estructura ni las condiciones de competencia en los mercados minoristas relevantes porque, dado el reducido tamaño de IBERBANDA, TESAU apenas vería incrementada su presencia en los mismos. Por otra parte, la CMT consideraba que la operación tiene efectos procompetitivos ya que TESAU aportaría los recursos financieros y la capacidad comercial necesaria para impulsar el desarrollo de las redes de acceso inalámbrico. Así se dinamizaría la competencia entre los operadores de LMDS y, por extensión, entre todos los operadores que prestan servicios avanzados de comunicaciones electrónicas, en especial los servicios de banda ancha.

Con respecto a las restricciones accesorias a la operación, la CMT estimaba que el compromiso de TELECOR y los socios de IBERBANDA de garantizar a TESAU un determinado

⁸ PRISA, IECISA y OMEGA.

⁹ Filial del grupo El Corte Inglés, del que IECISA forma parte.



volumen de mercado podía restringir de manera injustificada la demanda potencial de sus competidores. Asimismo, consideraba que la cláusula que convertía a TESAU en operador preferente de sus socios en IBERBANDA podía tener efectos anticompetitivos debido a la capacidad fidelizadora de dicha cláusula y a la posición de liderazgo de TESAU.

Por su parte, el TDC recomendó en su informe de 27 de diciembre de 2005 que no se autorizase la operación de concentración, por considerar que la misma puede obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de acceso a Internet de banda ancha, y en otros mercados afectados del sector de las telecomunicaciones. En particular, el TDC llegó a las siguientes conclusiones sustantivas:

“PRIMERA: La operación de concentración consiste en la toma de control exclusivo de IBERBANDA, S.A. por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

SEGUNDA: Los mercados de referencia son los mercados minorista y mayorista de servicios de acceso a Internet en banda ancha.

TERCERA: La presente operación supondría el control por parte de TESAU de uno de los tres operadores independientes, que obtuvieron licencias de acceso radio en el año 2000, concurso en el que se excluyó a TESAU. TESAU accedería a través de IBERBANDA a la tecnología LMDS que presenta una serie de ventajas, fundamentalmente para el acceso a banda ancha en las zonas rurales y para el desarrollo futuro de la tecnología WIMAX.

CUARTA: TESAU adquiriría la cartera de clientes del negocio urbano de IBERBANDA en el que la cuota de mercado de TESAU es especialmente elevada.

QUINTA: TESAU ostenta una posición de dominio tanto en los mercados de referencia como en prácticamente todos los mercados de telecomunicaciones de España (telefonía fija, telefonía móvil, acceso a Internet...). Si bien, IBERBANDA no aporta cuotas de mercado significativas en ninguno de los mercados analizados, la operación de concentración contribuye a reforzar la posición de dominio de TESAU en los mismos si se tienen en cuenta los efectos a medio plazo que supone la adquisición de una tecnología con un gran potencial.

SEXTA: Aunque incumbe a TESAU una especial responsabilidad en el mantenimiento de la competencia en los mercados que domina, tiene también grandes incentivos para obstaculizar el acceso de sus competidores a los diversos mercados. Han sido frecuentes las ocasiones en que tanto la CMT como el propio Tribunal se han visto obligados a declarar infracciones de TESAU en este sentido.

SÉPTIMA: El Tribunal considera que el acceso por parte de TESAU a la banda de radiofrecuencias necesaria para la utilización de la tecnología WiMAX, precisamente en el momento en que ésta va a desarrollarse, puede obstaculizar la competencia efectiva en el mercado.

OCTAVA: El mercado de referencia presenta elevadas barreras a la entrada. El espectro radioeléctrico es un recurso escaso y sólo es posible acceder al mismo para operar con redes LMDS mediante concesión administrativa. La banda de radiofrecuencias que TESAU controlaría indirectamente se encuentra además entre las más demandadas. Por otra parte, el despliegue de una red de acceso alternativo a la de TESAU conlleva unos costes de infraestructura tan elevados que la hacen difícilmente replicable.



NOVENA: El dominio por parte de TESAU de la red terrestre y aérea haría muy difícil la competencia para el resto de los operadores, poniendo en riesgo la expansión y desarrollo de la tecnología WiMAX y, por ende, los beneficios de la competencia entre tecnologías alternativas.

DÉCIMA: El Tribunal de Defensa de la Competencia considera que la presente operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.”

Adicionalmente, el Tribunal de Defensa de la Competencia también consideró en su informe que la duración de los citados contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas entre TESAU, los socios de IBERBANDA y TELECOR iban más allá de lo justificable y suscribió la valoración de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acerca de los efectos anticompetitivos de atribuir a TESAU la condición de suministrador preferente.

Por último, el Consejo de Ministros de fecha 27 de enero de 2006 acordó declarar improcedente y no autorizar dicha operación de concentración. En concreto, el Consejo de Ministros denegó la autorización considerando que no existían condiciones viables para resolver los problemas de competencia derivados de los acuerdos entre TESAU, IBERBANDA, los socios de ésta y TELECOR, dado que según TESAU, la operación de concentración únicamente podía ejecutarse si se autorizan dichos acuerdos, puesto que sólo los flujos de caja derivados de estos permitían a TESAU entrar en el capital de IBERBANDA y asumir las inversiones derivadas de la puesta en práctica del nuevo modelo de negocio.

En relación con estos antecedentes, cabe señalar que la operación que analiza el presente informe difiere de la anterior por cuanto no incluye los compromisos tendentes a garantizar un volumen de negocios mínimo a TESAU y a atribuirle la condición de proveedor preferente respecto a los Socios. De hecho, TESAU formula explícitamente el compromiso de notificar al Servicio cualquier ampliación de la vigencia o modificación de los contratos de comunicaciones electrónicas firmados entre IBERBANDA o TESAU y los Socios, así como a comunicar cualquier nuevo contrato de comunicaciones electrónicas que pueda firmarse entre TESAU y los Socios. En todas estas comunicaciones, TESAU se compromete a indicar el modo de negociación de las modificaciones o de los nuevos contratos, así como, en la medida que disponga de esa información, qué ofertas competidoras han concurrido en su caso.

Por último, esta operación de concentración no se ve afectada por el contenido de la condición decimonovena del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 por el que se autoriza la operación de concentración económica consistente en la integración de Vía Digital en Sogecable, que establece que *"Tanto Sogecable como cualquiera de las empresas que ostentan su control o las controladas por ella no podrán suscribir acuerdos o alianzas de carácter estratégico con cualquier empresa del grupo Telefónica y viceversa en el ámbito de los medios de comunicación que excedan o no se correspondan con los incluidos en la operación notificada"*, dado que IBERBANDA sólo se encuentra presente en el sector de servicios de comunicaciones electrónicas, y no en el ámbito de medios de comunicación.

La ejecución de la presente operación de concentración está condicionada a su autorización por parte de las autoridades de defensa de la competencia de España.

II. RESTRICCIONES ACCESORIAS

Como ya se ha indicado anteriormente, en el contrato de 7 de abril de 2006 no se recogen las restricciones incluidas en el contrato de 9 de agosto de 2005, que fueron consideradas anticompetitivas por la CMT y el TDC, y que llevaron al Consejo de Ministros a no autorizar la operación de concentración entre TESAU e IBERBANDA.



En la presente notificación, TESAU advierte de la existencia de determinados pactos que considera necesarios y directamente vinculados a la presente operación de concentración.

II.1 Pactos durante el periodo transitorio, hasta la entrada de TESAU en capital social de IBERBANDA:

- a) Los futuros socios se comprometen a que IBERBANDA no realice más actos que los correspondientes al giro y al tráfico ordinario de su negocio. Si hay actos que afecten gravemente a los intereses de IBERBANDA o impliquen una alteración sustancial de las circunstancias, se deberá obtener el visto bueno previo de TESAU.
- b) Las manifestaciones y garantías que los futuros socios han prestado sobre la situación de IBERBANDA se extienden al periodo transitorio. Además se dan garantías adicionales¹⁰. Cualquier incumplimiento de estas garantías debe obtener el visto bueno previo de TESAU.
- c) Los futuros socios se comprometen a no transmitir o enajenar acciones de IBERBANDA o derechos de suscripción preferente.
- d) Ante circunstancias sobrevenidas que cambien la situación significativamente y que no puedan ser cubiertas por garantía adecuada de los futuros socios (según apreciación de TESAU), ésta podrá resolver el contrato sin pagar contraprestación alguna a los futuros socios o a IBERBANDA.
- e) Los futuros socios de TESAU se comprometen a garantizar que IBERBANDA consiga financiación para cubrir sus necesidades operativas y de inversión en el periodo transitorio.

II.2 Compromiso de permanencia: PRISA e IECISA no podrán vender sus participaciones en IBERBANDA antes del [...] o la fecha de vencimiento de las obligaciones de la licencia¹¹, si ésta es más tardía.

La notificante defiende esta limitación por la necesidad de que estos socios se mantengan en el accionariado, al menos durante el periodo de vigencia de los compromisos asumidos por IBERBANDA frente a la Administración con la concesión de la licencia. Dado que IBERBANDA debe hacer frente a una serie de inversiones significativas, TESAU condiciona su entrada a que no se produzcan modificaciones en el accionariado de la compañía que puedan tener un efecto desfavorable en la Licencia concedida a IBERBANDA.

II.3 Cláusula de no competencia. Cuando algún accionista ostente más del [>50%] del capital social de IBERBANDA, para tener presencia en el Consejo de Administración de la misma se requiere (i) ostentar más del [...] del capital social y (ii) no realizar actividades competitivas con las de IBERBANDA¹².

Además, ningún accionista de IBERBANDA podrá transmitir las acciones o derechos de adquisición preferente a terceros que, directa o indirectamente, compitan con IBERBANDA o con empresas del grupo Telefónica en los mismos o análogos negocios.

La notificante justifica esta limitación por el hecho de que los accionistas con presencia en el Consejo disfrutaran de un acceso privilegiado a su información estratégica de IBERBANDA, por lo que podrían utilizarla para competir deslealmente con aquélla.

¹⁰ [...]

¹¹ En principio la licencia vence en el 2020, aunque es prorrogable una vez por 10 años más a petición del titular.

¹² Se excluye a las participaciones que OMEGA tiene en [...] y [...].



II.4 Valoración

El apartado 5 del artículo 15 bis de la Ley 16/1989 establece que podrán entenderse comprendidas dentro de una operación determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización.

Teniendo en cuenta los precedentes nacionales y comunitarios, así como la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03), este Servicio estima lo siguiente:

a) En relación con las disposiciones relativas al periodo transitorio

La Comunicación de la Comisión sobre Restricciones Accesorias señala que en las concentraciones que se llevan a cabo en varias fases, las disposiciones contractuales relativas a las fases anteriores a la adquisición del control y, en particular, un acuerdo para abstenerse de introducir cambios sustanciales en la actividad que se va a ejercer hasta la conclusión de la operación se considera directamente vinculado y necesario para la ejecución de la operación.

En opinión de este Servicio, las distintas disposiciones relativas al periodo transitorio contenidas en la cláusula séptima del contrato se ajustan a los criterios anteriores, por lo que se pueden considerar restricciones accesorias a la operación.

b) En relación con la cláusula de no competencia, la cláusula de permanencia y las limitaciones a la venta de acciones:

A diferencia de lo que sucedía en la operación basada en el contrato de 9 de agosto de 2005, las cláusulas de no competencia, permanencia y limitación a la venta de acciones recogidas en el contrato de 7 de abril de 2006 no constituyen restricciones a la competencia que vayan más allá de lo necesario para la operación de concentración.

III. APLICABILIDAD DE LA LEY 16/1989 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con el notificante, la operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE L-24/1, de 29.1.2004), por lo que carece de dimensión comunitaria.

La operación notificada cumple, sin embargo, los requisitos previstos por la Ley 16/1989 para su notificación, al superarse el umbral establecido en el apartado a) del artículo 14.1 de la misma.

IV. EMPRESAS PARTICIPES

IV.1 TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU)

TESAU es una filial de TELEFÓNICA, S.A. (TELEFÓNICA), sociedad española cuyas acciones cotizan en diferentes mercados bursátiles. Se trata de uno de los principales operadores mundiales de telecomunicaciones con presencia en Europa, África y Latinoamérica. Ofrece una extensa gama de servicios de telecomunicaciones, incluidos telefonía fija, móvil, acceso a Internet y otros servicios, como servicios audiovisuales¹³.

A través de su filial TESAU, TELEFÓNICA presta servicios de telefonía fija básica, acceso a Internet mediante tecnología ADSL y servicios de proveedor de acceso a Internet (PSI), alquiler y venta de equipos y terminales y servicios de valor añadido para sus clientes.

¹³ Telefónica S.A. tiene una participación directa e indirecta del 17,3% en el capital social de Sogecable, S.A.



TELEFÓNICA es el primer operador de telecomunicaciones en el mercado español, al que el regulador impone, entre otras, la obligación de prestar el Servicio Universal.

El volumen de ventas de TESAU en los tres últimos ejercicios económicos conforme al art. 3 del R.D. 1443/2001, según la notificante, es el siguiente:

VOLUMEN DE VENTAS DE TELEFÓNICA, S.A. (en millones de euros)			
	2003	2004	2005*
Mundial	28.399,8	30.321,9	37.882,1
Unión Europea	[> 250]	[> 250]	[> 250]
España	[> 60]	[> 60]	[> 60]

* Datos no auditados

Fuente: Notificación con base en Memorias Anuales

IV.2 IBERBANDA, S.A. (IBERBANDA)

IBERBANDA¹⁴ es un operador de servicios globales de comunicaciones de banda ancha que proporciona servicios de acceso a Internet de alta velocidad, transmisión de datos, telefonía fija y servicios de valor añadido en red, a través de tecnologías de acceso al bucle local vía radio¹⁵. Tiene una filial, Iberbanda Inversiones, S.A.U. cuya actividad es la realización de proyectos.

IBERBANDA dispone de una red inalámbrica compuesta por [...] estaciones base¹⁶. Una parte de las mismas corresponden a áreas urbanas¹⁷, desplegadas inicialmente en cumplimiento de los compromisos adquiridos con la obtención de la licencia, y el resto en áreas suburbanas y rurales, desplegadas a partir de 2003. Además, ofrece su red a proveedores de aplicaciones y proveedores de servicios de Internet y otros operadores de telecomunicaciones.

Según la notificación, el escaso éxito comercial de los servicios ofrecidos a través de esta red urbana ha afectado a la sostenibilidad financiera de IBERBANDA. De hecho, a 31 de diciembre de 2005 la suma de los resultados negativos de ejercicios anteriores y de las pérdidas del ejercicio alcanzaba los [...] de euros.

La actividad de IBERBANDA tras la entrada en la capital de TESAU, según el acuerdo entre las partes, se centrará principalmente en:

- La ejecución de los compromisos y explotación de los servicios de telecomunicaciones derivados de concursos y contratos adjudicados por las Administraciones¹⁸ y la participación, conjuntamente con TESAU, en la licitación de nuevos concursos de extensión de banda ancha en los ámbitos, modalidad de negocio y áreas geográficas determinadas por TESAU;

¹⁴ Se constituye el 3 de marzo de 1999 con la denominación social de FirstMark Communications Spain, S.L., adoptando la forma jurídica de S.A. el 01-04-2000 y el nombre actual el 26-09-2002.

¹⁵ Actualmente es uno de los tres operadores activos en la prestación de servicios mediante tecnologías LMDS. Resultó adjudicataria de una licencia individual tipo C2 para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio en la banda de 3,4 a 3,6GHz. Dicha licencia lleva aparejada la concesión de dominio público radioeléctrico necesaria para la explotación de las redes.

¹⁶ De éstas, [...] están ubicadas en emplazamientos de terceros, de los cuales [...] son del Grupo Telefónica.

¹⁷ La notificante señala que a fecha actual [...].

¹⁸ En 2003 ha resultado adjudicataria de concursos para la extensión del acceso a banda ancha en zonas rurales en Cataluña y Andalucía, en 2005 en la Comunidad Foral de Navarra y en Castilla y León, y en 2006 en Cataluña.

- La actuación como proveedor mayorista de infraestructuras para aquellas actividades relacionadas con la extensión de la banda ancha en las zonas rurales con tecnología de acceso radioeléctrico soportado en la banda de 3,5 GHz, donde acudirá junto con TESAU y en la que TESAU es proveedor minorista y carece de dicha infraestructura.
- El suministro a TESAU de capacidad espectral para el desarrollo del plan de sustitución de la Telefonía Rural de Acceso Celular (TRAC), así como para aquellas actividades que tanto en áreas rurales como urbanas puedan desarrollarse, no contempladas en el plano de extensión de la banda ancha en los concursos de las Administraciones.
- Cualquier otro negocio que Iberbanda y TESAU acuerden llevar a cabo para la explotación de la licencia.

A continuación se detallan los accionistas actuales de IBERBANDA y sus porcentajes de participación y la previsible configuración del accionariado como consecuencia de la entrada de TESAU en el capital social:

ACCIONARIADO DE IBERBANDA		
Accionista	Participación actual	Participación previsible
PRISA ¹⁹	25,98%	[...]%
IECISA (Grupo El Corte Inglés)	25,98%	[...]%
OMEGA ²⁰	8,80%	[...]%
SERCOTEL (Grupo América Móvil)	17,83%	-
Caja Duero	7,03%	-
Ibercaja	4,40%	-
Caja San Fernando	4,40%	-
El Monte de Huelva y Sevilla	4,06%	-
Diario de Burgos	1,52%	-
TESAU	-	51%
TOTAL	100%	100%

Fuente: Notificación

¹⁹ Tiene una participación del 43,4% en el capital social de Sogecable, S.A., y a través de su filial Prisacom, S.A. dedicada a la prestación de servicios de Internet, tiene participaciones de un 50% en el capital de las siguientes sociedades: Santillana en Red, S.L. (Editorial Multimedia), Inversiones Digitales, S.L. (tenencia de acciones de sociedades que prestan servicios de telecomunicaciones) e Infotecnia 11824, S.L.(explotación de números de servicios de información telefónica)

²⁰ Participa indirectamente en Grupo Corporativo ONO, en el que ostenta indirectamente un [...] % del capital social.



El volumen de ventas de los tres últimos ejercicios correspondiente a la actividad de IBERBANDA conforme al art. 3 del R.D. 1443/2001, según la notificante, es el siguiente:

VOLUMEN DE VENTAS DE IBERBANDA S.A. (en millones de euros)			
	2003	2004	2005
Mundial	22,8	26,5	30,9
Unión Europea	[< 60]	[< 60]	[< 60]
España	[< 60]	[< 60]	[< 60]

Fuente: Notificación con base en Memorias Anuales

V. MERCADOS RELEVANTES

El sector económico en el que se enmarca la operación notificada es el de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Estos servicios comprenden dos grandes grupos atendiendo a la movilidad del usuario: los prestados a usuarios que operan desde una ubicación fija y los prestados a usuarios que operan desde una ubicación móvil.

A su vez, los operadores de redes pueden prestar el servicio de acceso en dos niveles: el minorista y el mayorista, ofreciendo en este último caso a otro operador la conexión a la red y otros servicios para que a su vez elabore su propia oferta al usuario final.

La puesta a disposición del acceso permite no solamente la recepción y envío de llamadas vocales con destino a terminales fijos o móviles sino también otro tipo de servicios como los de acceso a redes de datos, servicios de fax, buzón de voz, difusión de video o televisión, entre otros²¹.

V.1 Regulación

Los servicios de telecomunicaciones se prestan en régimen de libre competencia desde 1998, año en que la antigua Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones liberalizó²² su prestación. La nueva Ley General de Telecomunicaciones actualmente vigente (en adelante LGTel)²³ suprimió la exigencia de obtener títulos habilitantes y sustituyó éstos por autorizaciones, de manera que el operador que cumpla los requisitos para la prestación del servicio²⁴ solamente requiere una inscripción previa en los registros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

²¹ La convergencia de redes hace que la distinción entre los servicios de transporte de voz y de datos cada vez tenga menos sentido. Así, la CMT señala que la única diferencia se centraría en la interpretación que los equipos terminales hacen de los datos recibidos.

²² De acuerdo con sus disposiciones transitorias, se procedió a la transformación parcial de las concesiones para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable para su adaptación a la nueva Ley, quedando sujeto a concesión únicamente el derecho al establecimiento de la red de telecomunicaciones. El derecho a la prestación del servicio de telecomunicaciones quedó sujeto a los nuevos títulos habilitantes (licencias individuales B1).

²³ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones –LGTel) (BOE de 4-11-2003), modificada por la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, que derogó la hasta entonces vigente Ley 42/1999 de Telecomunicaciones por Cable, a excepción de las obligaciones de transmisión establecidas por el artículo 11 (párrafos e, f y g del apartado 1) de esta última.

²⁴ Conforme al art. 6.1 LGTel “podrán explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros las personas físicas o jurídicas nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o con otra nacionalidad, cuando,



V.1.1. Regulación de obligaciones de acceso e interconexión.

La actual LGTel diferencia el tratamiento regulatorio en función de si el operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas tiene o no poder significativo en los mercados de referencia.

La CMT, como autoridad nacional de reglamentación en el marco de la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco), tiene competencias para imponer obligaciones a los operadores con poder significativo en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas para garantizar una competencia efectiva. Para ello, realiza periódicamente análisis de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Mientras no finalice el procedimiento actualmente en curso de análisis y designación de los operadores con poder significativo de mercado, la actual LGTel mantiene las obligaciones interconexión y acceso impuestas a los operadores dominantes. Así, el operador histórico, TESAU está sujeto a obligaciones de acceso e interconexión, así como a regulación de precios.

Las obligaciones de interconexión de TESAU se plasman en la “Oferta de Interconexión de Referencia” (OIR), aprobada por la CMT, que esta compañía tiene que poner a disposición de terceros que exploten redes de comunicaciones electrónicas públicas. La OIR busca asegurar que las terceras redes estén interconectadas y sean interoperativas con la red del par de cobre propiedad de TESAU, a fin de permitir que sus usuarios puedan comunicarse libremente entre sí. Para ello recoge todas las condiciones técnicas, económicas y operativas de los servicios de interconexión de originación, tránsito y terminación de tráfico conmutado en la red de TESAU, así como las condiciones necesarias para interconectar terceras redes

Las obligaciones de acceso se recogen en la “Oferta de Acceso al Bucle Abonado” (OBA), que contiene un conjunto de contratos tipo, servicios, procedimientos administrativos, condiciones técnicas y precios que TESAU está obligada a ofrecer en su red a terceros operadores en condiciones transparentes, objetivas, y no discriminatorias. La OBA busca permitir que terceros operadores ofrezcan servicios de comunicaciones electrónicas sin necesidad de desplegar una red completa propia. Para ello, ofrece tres modalidades de acceso: acceso completamente desagregado, acceso desagregado compartido y acceso indirecto.

Obligaciones de los operadores con poder significativo

De los análisis en curso que está llevando a cabo la CMT, conviene tener en cuenta que TESAU va a ser declarado operador con poder significativo de mercado en la mayoría de los casos, y se le van a imponer una serie de obligaciones *ex ante*. De cara a la presente operación de concentración, son especialmente relevantes las resoluciones relativas a los mercados de acceso mayorista para la prestación de servicios de banda ancha, dado que la entidad adquirida, IBERBANDA, va a centrar su negocio en ellos tras la operación de concentración. En particular, la CMT ha dictado dos proyectos de resolución²⁵:

en el segundo caso, así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen al Reino de España. Para el resto de personas físicas o jurídicas, el Gobierno podrá autorizar excepciones de carácter general o particular a la regla anterior.”

²⁵ Según Acuerdos del Consejo de la CMT de 30 de marzo y de 6 de abril de 2006 respectivamente, por el que se aprueban las respectivas Resoluciones de notificación a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de reglamentación dichos proyectos de medida.

- Proyecto de medida relativo a la definición del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y sub-bucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas.
- Proyecto de medida relativo a la definición del mercado mayorista de acceso de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas.

El mercado de referencia del primer proyecto de medida se circunscribe al acceso desagregado (total o compartido) al bucle metálico (par de cobre). En el mismo se propone declarar a TESAU operador con poder significativo y la imposición de una serie de obligaciones de acceso a precios regulados, de transparencia y de no discriminación. La mayoría de estas obligaciones se concretan en las ya recogidas en la OBA, que se mantendrá vigente aunque susceptible de ser modificada para hacer efectivas las obligaciones que se impongan a TESAU.

El mercado de referencia del segundo proyecto de medida se define como *“el conjunto de servicios que permiten la concentración del tráfico procedente de un número variable de usuarios sobre un único punto de acceso hacia el operador, de forma que éste puede prestar servicios de banda ancha utilizando indirectamente la red de acceso del operador suministrador”*.

Aunque en principio este mercado puede abarcar cualquier tecnología, la CMT lo circunscribe a los servicios prestados en las redes de par de cobre mediante tecnología xDSL, sobre los que propone obligaciones ex ante, dejando fuera otras tecnologías, dado que en España no se ofrecen servicios mayoristas en la red de cable coaxial, y el resto de tecnologías²⁶ tienen un grado de penetración muy marginal.

En este segundo mercado de referencia también se propone declarar a TESAU operador con poder significativo e imponerle una serie de obligaciones de acceso a precios razonables, de transparencia y de no discriminación. La mayoría de estas obligaciones se concretan en las ya recogidas en la OBA, que se mantendrá vigente aunque susceptible de ser modificada para hacer efectivas las obligaciones que se impongan a TESAU.

En lo que respecta a la obligación de acceso, conviene tener en cuenta que la CMT concreta que dicha obligación *“implica que TESAU estará obligada a facilitar un acceso mayorista de banda ancha (acceso indirecto al bucle) suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas que comercialice, bien directamente o a través de otras empresas de su mismo grupo”*.

Obligaciones de operadores sin poder significativo

En cuanto a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas sin poder significativo, como es el caso de IBERBANDA, en la actualidad, tienen la obligación de negociar la interconexión mutua de redes para prestar servicios de comunicaciones disponibles al público con aquellos operadores que así lo soliciten²⁷. Esta obligación se debe cumplir conforme a los principios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

²⁶ Tales como LMDS, WIMAX, satélite, WIFI o PLC.

²⁷ Ver artículo 11.2 LGTel.



Por otra parte, IBERBANDA tendrá obligaciones de dar acceso a terceros operadores en el marco de las redes desplegadas tras adjudicarse diversos concursos de distintas AA.PP. para la extensión de la banda ancha en zonas suburbanas y rurales²⁸.

En virtud del artículo 14 LGTel, la CMT será competente para dilucidar los posibles conflictos en materia de aplicación de estas obligaciones de acceso, con independencia de que las Administraciones Públicas puedan dirimir los conflictos por incumplimiento de las condiciones por las que éstas adjudicaron los concursos.

V.1.2 Regulación del Servicio Universal

La LGTel prevé la imposición a los operadores de la obligación de Servicio Universal. Esta obligación se desarrolla en el Real Decreto 424/2005²⁹ bajo los principios, entre otros, de objetividad, transparencia y no discriminación.

El Servicio Universal comprende la conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija desde la que se deben poder prestar el servicio de llamadas, comunicaciones de fax y acceso a Internet en banda estrecha (56Kb). Asimismo, incluye la puesta a disposición de una guía de número de abonados, servicio de información o consulta sobre estos números y una oferta suficiente de teléfonos públicos en todo el territorio nacional.

En la actualidad, la obligación de prestar el Servicio Universal se atribuye a TESAU, hasta el 31 de diciembre del año 2007. Aunque la normativa prevé mecanismos para designar posteriormente otros operadores, conviene señalar que la SETSI, a finales del año 2005, ha llevado a cabo una consulta pública sobre la designación de operadores para la prestación del Servicio Universal de telecomunicaciones. En la misma se puso en evidencia, tal y como recoge la nota de prensa elaborada con tal ocasión³⁰, que el único operador interesado en prestar el Servicio Universal completo es TESAU

V.1.3 Regulación del uso privativo del espectro radioeléctrico

La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas vía acceso radio (que es la tecnología que utiliza IBERBANDA) exige disponer de la facultad de usar privativamente el espectro radioeléctrico.

La antigua Ley 11/1998 obligaba a disponer de una licencia individual para poder establecer y explotar una red pública fija de acceso radio, que llevaban aparejadas la concesión del uso privativo de dominio público radioeléctrico. Sin embargo, la nueva Ley 32/2003 al extinguir el régimen de licencias mantuvo vigentes las concesiones de uso privativo del espectro radioeléctrico³¹. En el caso de IBERBANDA, se mantiene vigente la concesión que le fue otorgada en la Orden de 8 de marzo de 2000³².

Las bases del concurso en el que IBERBANDA adquirió su licencia se recogen en la Orden de 7 de octubre de 1999³³. Dicha Orden establece que la licencia se otorga para el

²⁸ En particular, dichas obligaciones se recogen en los concursos de Cataluña, Navarra y Castilla y León.

²⁹ Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el Servicio Universal y la protección de los usuarios.

³⁰ Ver Nota de prensa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 24 de febrero de 2006: "Resultado de la Consulta Pública para la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones".

³¹ Ver apartado 2.a) de Disposición transitoria primera Ley 32/2003 y desarrollo reglamentario recogido en Disposición adicional única del Real Decreto 424/2005.

³² Publicada en el BOE de 10 de marzo de 2000.

³³ Publicada en el BOE de 9 de octubre de 1999.

establecimiento de redes públicas fijas de acceso vía radio y que el titular de dicha licencia podrá prestar servicios para los que se requiera autorización general. Estas concesiones son reguladas por la Orden de 9 de marzo de 2000 por la que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico.

Por otra parte el art. 32 de la Orden de 9 de marzo de 2000 establece que la transmisión del título habilitante para el uso privativo del espectro radioeléctrico requerirá la autorización del órgano administrativo que lo otorgó. La SETSI aclara en su informe sobre la presente operación de concentración, en relación con la adquisición indirecta de la licencia por parte de TESAU, que tal operación no está sujeta a autorización previa por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio dado que el artículo 32 *“hace referencia a la transmisión del título habilitante, y no a la toma de capital social por parte de otra empresa diferente a la titular de la concesión administrativa”*.

V.2 Mercados de producto relevantes

El TDC ha coincidido tanto con el SDC como con la CMT por lo que respecta a los mercados de producto y geográfico relevantes en los que la actividad de TESAU e IBERBANDA es coincidente, siendo los principales los siguientes³⁴:

- Servicios de acceso directo a la red telefónica pública desde una ubicación fija y servicios de telefonía fija;
- Servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha y mayoristas de acceso de banda ancha;
- Servicios de transmisión de datos y de alquiler de circuitos a clientes finales y a otros operadores de telecomunicaciones.
- Otros: Servicios de albergamiento telemático (*hosting* y *housing*), servicios de reventa para llamadas internacionales desde una ubicación fija y servicios mayoristas de “marca blanca”. Estos no se analizarán en la presente operación dado que forman parte de las actividades que IBERBANDA cesará de acuerdo con el nuevo plan de negocio acordado.

En el precedente más reciente, el TDC centró su atención en los mercados minorista y mayorista de acceso a Internet de banda ancha, no considerando relevante una análisis pormenorizado de los restantes mercados, ya que la valoración de la operación no dependía de una delimitación más o menos estrecha de los mismos teniendo en cuenta que las cuotas de mercado de IBERBANDA son muy reducidas.

Así, el TDC señaló que el mercado de producto de referencia es el de servicios de acceso a Internet de banda ancha desde ubicación fija. Estos servicios pueden ser prestados directamente al abonado en el mercado minorista o pueden ser ofrecidos a otros operadores en el mercado mayorista conexo al primero.

³⁴ Se prescinde en la presente operación de analizar posibles mercados relacionados verticalmente, dados los servicios que se prestan de forma unilateral o mutuamente las partes en la operación (servicios de carrier internacional, coubicación, interconexión en terminación de llamadas, cesión de espectro, etc.), pues ya se señaló en la misma que dada la escasez de presencia de IBERBANDA o el hecho de que se trate de mercados emergentes cuyo ámbito y estructura no está todavía definidos, no se consideraban relevantes.

Puesto que no existen nuevos elementos a efectos de la delimitación de los mercados relevantes, en el presente informe se va a seguir la misma línea que el TDC, y se va a centrar la descripción de los mercados relevantes en los mercados minorista y mayorista de acceso de banda ancha.

V.2.1 Servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha desde una ubicación fija

La CMT define el mercado de servicios de acceso a Internet de banda ancha como aquél que permite a un usuario final, utilizando un terminal específico o situado en una ubicación fija, disponer de una conexión, generalmente permanente, de capacidad de transmisión elevada para acceder a los servicios de Internet. La banda ancha permite velocidades de acceso superiores, hoy en día, a los 512 Kbit/s.

Las diferentes aproximaciones tecnológicas para el acceso al mercado son:

- Acceso a través de la red del par de cobre usando tecnologías xDSL basadas en el bucle de abonado que ofrecen el Grupo TELEFÓNICA, propietario de la red, y terceros operadores mediante uso de las ofertas de acceso mayorista de aquella en sus diferentes modalidades.
- Ofertas basadas en el bucle de abonado mediante cable coaxial que ofrecen los operadores de cable.
- Ofertas basadas en el bucle de abonado inalámbrico WLL (Wireless Local Loop) ofrecido por IBERBANDA, NEO-SKY y otros operadores, con tecnologías como el LMDS³⁵ y el estándar WIMAX³⁶.
- Ofertas basadas en la transmisión vía Satélite.
- Ofertas basadas en el bucle de abonado de fibra óptica o utilizando la línea eléctrica (PLC).
- Asimismo, se puede acceder al mercado de Internet de Banda Ancha a través de ofertas basadas en acceso radio celular UMTS o 3G, aunque en este caso no se trata del mismo

³⁵ Las redes públicas de acceso vía radio utilizan tanto sistemas LMDS (*Local Multipoint Distribution System*) como MMDS (*Multichannel Multipoint Distribution System*), permitiendo esta última, en entornos geográficos reducidos, transmitir varios canales de TV y soportar servicios interactivos, además de las aplicaciones en telefonía, fax y transmisión de datos común a la primera. Generalmente, se consideran ambas al hablar de “redes LMDS”. La tecnología LMDS constituye un medio alternativo para proporcionar conexión, vía radio, en el bucle de abonado (también llamado “última milla”), es decir, el tramo entre el domicilio del cliente y el punto más cercano de la red pública de telecomunicaciones. Distribuye señales del tipo banda ancha, entre una estación base y las terminales de usuario. La instalación en la sede del usuario requiere tan sólo un panel receptor y una pequeña estación terminal, similar a la habitual para televisión. Su utilización requiere el uso del espectro radioeléctrico. En España, las concesiones se otorgaron en las bandas de 3,5 GHz y 26 GHz. El despliegue de la red necesaria para operar con esta tecnología es más rápido y menos agresivo que los tendidos de par de cobre, de cable coaxial y de fibra óptica. Aunque la arquitectura de red es celular, las terminales de usuario son en la actualidad fijas, no móviles.

³⁶ Tecnología desarrollada en el seno del llamado “WIMAX Forum”, que se creó con el objetivo de desarrollar un protocolo mundial de fabricación de equipos que garantice la interoperabilidad entre los distintos fabricantes. Su implantación supondrá en última instancia un abaratamiento de los costes de prestación del servicio frente al coste actual de “equipos propietarios” desarrollados según las especificaciones de cada operador, si bien requerirá el desembolso de costes asociados al cambio y adaptación de sus equipos a los estándares WIMAX. En la actualidad, el estándar más desarrollado está concebido para servicios desde accesos tipo fijo en la banda 3,5 GHz principalmente (una de las bandas actualmente en uso para accesos con tecnología LMDS/MMDS) que tendrá su mayor potencial de desarrollo en áreas poco pobladas (suburbanas y rurales).

mercado relevante dado que el usuario no se encuentra en una ubicación fija y las velocidades de acceso son todavía significativamente más bajas.

Siguiendo el principio de neutralidad tecnológica, defendido por la Comisión europea en el análisis de los mercados de comunicaciones electrónicas, el TDC consideró que las diferentes tecnologías son consideradas como sustitutivas por parte del usuario y satisfacen las mismas necesidades por lo que forman parte del mismo mercado. En definitiva, no cabe definir mercados más estrechos en función de la tecnología empleada. Existen varios precedentes nacionales y comunitarios³⁷ que coinciden en la definición de un único mercado para la prestación de servicios de acceso a Internet.

Desde el punto de vista del usuario final, tampoco tiene sentido distinguir entre los servicios prestados mediante red propia o ajena ya éstos satisfacen la misma demanda.

Lo anterior concuerda con lo establecido por la CMT en el documento “Consulta Pública sobre acceso y tráfico a redes de datos” que define un único mercado con independencia de la tecnología empleada; de si se prestan en red propia o con red ajena y de si se destinan a usuarios residenciales o no residenciales.

V.2.2 Mercado Mayorista de Acceso de Banda Ancha

Los servicios mayoristas de banda ancha son aquéllos que permiten a un operador final acceder a la infraestructura de otro operador para proveer servicios de banda ancha a sus clientes.

Tanto TESAU como IBERBANDA pueden prestar servicios mayoristas de acceso en banda ancha. La primera, lo ha hecho hasta ahora a través de tecnologías xDSL sobre el par de cobre y la segunda a través del bucle vía radio.

Las ofertas mayoristas actualmente disponibles en este mercado se concentran principalmente en la red del par de cobre de TELEFÓNICA y en las redes de acceso vía radio³⁸.

El modo de entrada al mercado mayorista del operador demandante determina sus posibilidades para configurar una oferta minorista. Los operadores, en función de su modelo de negocio y necesidades de cobertura pueden considerar sustitutivos las diferentes tipologías de acceso y redes. Por ello, teniendo en cuenta el principio de neutralidad tecnológica y la sustituibilidad entre las diferentes modalidades, este Servicio no estima necesario a los efectos de la presente operación de concentración segmentar el mercado de servicios mayoristas de banda ancha³⁹.

³⁷ N-05079 ONO/AUNA TLC; N.275 Wanadoo /Eresmás; Caso M. 1069 WorldCom/MCI; Caso M. 2803Telia/Sonera.

³⁸ Los operadores de cable en la actualidad no ofrecen servicios mayoristas y no hay ninguna previsión de que lo hagan en el futuro. Por tanto, no se considerarán a efectos de la delimitación del presente mercado relevante.

³⁹ Sin perjuicio de que, como se ha señalado en el apartado de Regulación, la CMT, en el contexto del análisis de los mercados a efectos de imposición de obligaciones al operador con poder significativo de mercado en los mismos, haya regulado solamente obligaciones para el mercado de acceso mayorista en banda ancha sobre la red del par de cobre explotada por TESAU, al considerar que las restantes redes con tecnologías alternativas han resultado muy incipientes o poco significativas y no se consideran fuentes de competencia potencial en el periodo contemplado de dos años. Asimismo, la CMT ha diferenciado este mercado mayorista según el acceso fuese vía bucle desagregado o vía acceso indirecto. Debe recordarse en este contexto, como señala la Recomendación de la Comisión de 11.02.2003 relativa a las comunicaciones electrónicas elaborada de conformidad con la Directiva 2002/21/CE, en la que se basa dicho análisis, que la definición de mercados *ex ante* obedece a cuestiones de técnica regulatoria y no presupone su consideración como un mercado relevante a los efectos del análisis de los efectos sobre la competencia en los mercados de una operación de concentración.



V.3 Mercado geográfico de referencia

Como ya se ha señalado, hay coincidencia en cuanto al mercado geográfico entre el TDC, el SDC, la CMT y los precedentes comunitarios ya citados.

Así, los mercados mayorista y minorista de servicios de acceso en banda ancha son de ámbito nacional dadas las características lingüísticas, la necesidad de acceder a infraestructuras locales y de sometimiento al ordenamiento sectorial nacional. Esta definición es válida incluso en el caso de los operadores de acceso vía radio, ya que aunque no hayan desplegado sus redes en todo el territorio nacional, las licencias concedidas son de ámbito nacional y el ámbito de actuación mayorista y minorista de sus principales competidores es nacional.

No obstante, existen zonas geográficas con un elevado grado de dispersión de los clientes, en las que las condiciones de competencia son distintas en términos de sustituibilidad de la oferta. La demanda en estas zonas es muy reducida, y no permite llegar a la escala mínima eficiente que posibilitaría el despliegue de varias redes, dando lugar a un teórico monopolio natural de las redes en dichas zonas.

Sin embargo, no cabe segmentar mercados geográficos más estrechos, teniendo en cuenta que el despliegue de redes en dichas zonas se produce mediante concursos públicos en condiciones de neutralidad tecnológica y libre competencia. En todo caso, se trata de zonas con una dimensión económica residual en este ámbito, por lo que su hipotética diferenciación no alteraría sustancialmente la valoración de la operación.

VI. ANÁLISIS DEL MERCADO

VI.1 Características y evolución de los mercados

Los mercados de comunicaciones electrónicas fijas minoristas muestran índices de concentración elevados, siendo éstos mayores en términos de ingresos que de clientes.

La CMT estima que el mercado de servicios de telefonía fija es un mercado maduro, pero en el que existen fuerzas que propician una mayor agresividad de los operadores como son la innovación tecnológica, la posibilidad de prestar voz por Internet por banda ancha o las posibilidades de elección de prestador del servicio final establecidas en la regulación sectorial.

Así, los operadores están poniendo en marcha nuevas estrategias para atraer y fidelizar clientes a su plataforma mediante la combinación de servicios de voz y datos y la diferenciación de precios para llamadas entre abonados de la misma red.

El mercado minorista de acceso a Internet en banda ancha se caracteriza por su dinamismo. Es un mercado aún no maduro, que en 2004 ha crecido un 53% en términos de ingresos y un 63% en términos de clientes.

La Memoria Anual de la CMT 2004 señala que el ADSL es la tecnología dominante de acceso a banda ancha en el mercado español (representa más de las tres cuartas partes del mercado en términos de ingresos) seguida del acceso vía cablemodem. Añade que otras tecnologías de acceso como las líneas eléctricas (PLC), LMDS y las redes Wifi y LMDS aún son muy incipientes o poco significativas.

En el informe evacuado acerca de la presente operación, la CMT señala que TESAU dispone de aproximadamente el 73% de los accesos instalados en España frente a los

operadores de cable que suponen menos del 25%, representando el resto de tecnologías sólo el 2%

VI.2 Estructura de la oferta

Como se ha señalado, la actividad de IBERBANDA en el conjunto de los mercados relevantes señalados es muy reducida, no obstante se facilitan a continuación las cuotas de mercado de TESAU/TELEFÓNICA y de IBERBANDA en los distintos mercados minoristas y segmentos en los que coincide la actividad de ambas según el informe de la CMT evacuado a efectos de esta operación de concentración:

IMPACTO DE LA OPERACIÓN EN LA CUOTA POR INGRESOS -año 2004-		
Mercados minoristas	TESAU	TESAU + IBERBANDA
Acceso a la red telefónica pública en ubicación fija	[80-90]% ⁴⁰	[80-90]%
Tráfico telefónico fijo prestado desde ubicación fija	[70-80]%	[70-80]%
Acceso a Internet de banda ancha	[60-70]%	[60-70]%
Líneas alquiladas	[60-70]%	[60-70]%
Transmisión de datos	[60-70]%	[60-70]%

Fuente: CMT

Las cuotas de mercado de IBERBANDA son inferiores al 1% en cualquiera de los mercados contemplados. Por ello, la CMT concluye que la empresa resultante de la operación de concentración no parece alterar significativamente la estructura ni las condiciones de competencia en los mercados minoristas relevantes porque el tamaño de Iberbanda es muy pequeño y TESAU apenas vería incrementada su presencia en los mismos⁴¹.

En el ámbito mayorista, la cuota de mercado de TESAU en términos de líneas en servicio, según datos de la CMT, es superior al 90%. Por otra parte, la actividad de IBERBANDA es muy reducida, dado que en la actualidad sólo tiene contratos con dos operadores⁴² mediante los que proporciona capacidad de acceso indirecto de banda ancha.

Efectos en el ámbito suburbano y rural y en el Servicio Universal

Uno de los pilares de actividad de IBERBANDA, de acuerdo con la notificación, será la participación, junto con TESAU, en la licitación de nuevos concursos de extensión de banda ancha.

Las Administraciones Públicas, con el objeto de lograr mayor cobertura geográfica de servicios de banda ancha en el medio rural o suburbano no cubierto por redes públicas de otros operadores, prestan apoyo de diversas formas (créditos reembolsables a coste cero, subvenciones a fondo perdido o adquisición de las redes desplegadas) a determinados proyectos de extensión de redes, generalmente adjudicados mediante licitación.

⁴⁰ Se inserta entre corchetes la información declarada confidencial por la CMT.

⁴¹ La CMT hace referencia a las decisiones de la Comisión Europea que, en aplicación del párrafo 27 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo (DOCE 2004/C31/03, 5 de febrero de 2004), en las que se ha considerado que un aumento poco significativo de las cuotas de mercado no altera significativamente las condiciones de competencia.

⁴² [...] y [...]. Asimismo, está cerrando las negociaciones de un tercer contrato con [...].

La adjudicación de estos proyectos no está condicionada al despliegue de una solución tecnológica concreta, siendo los agentes, el mercado y las posibilidades que la tecnología ofrezca en cada momento los que determinen las soluciones más apropiadas.

Sin embargo, debe señalarse que la tecnología vía radio es especialmente indicada en las áreas suburbanas y rurales, en las que se concentra buena parte del apoyo público al despliegue de redes de banda ancha.

De acuerdo con la información disponible, tanto TESAU como IBERBANDA han resultado adjudicatarios de este tipo de licitaciones por parte de las Administraciones Públicas. La notificante solamente puede aportar información sobre las licitaciones a las que han concurrido TESAU y/o IBERBANDA sobre extensión de la banda ancha en zonas rurales y suburbanas⁴³.

Entre las adjudicaciones en las que ha resultado beneficiaria TESAU figuran, como señala la SETSI, los concursos abiertos⁴⁴ en el contexto del Programa Nacional de Extensión del Acceso a la Banda ancha en zonas Rurales y aisladas, establecido por Orden ITC/701/2005, de 17 de marzo, en los que ha adquirido compromisos para el despliegue de cobertura con sus redes de banda ancha en un total de 14.384 zonas de aplicación, previendo dar cobertura a 3.553 de ellas mediante tecnologías que empleen las bandas de frecuencias LMDS para lo que está desarrollando los planes de despliegue en colaboración con los actuales concesionarios de LMDS.

Por otra parte, en relación con el Servicio Universal, debe señalarse que TESAU ya dispone actualmente de cesión de espectro de operadores como IBERBANDA o NeoSky para su prestación de la que se excluyen las zonas en que el operador LMDS tiene necesidades espectrales para desarrollar su negocio. Con estos acuerdos puede ya dar servicio en áreas suburbanas y rurales, e incluso en algunas urbanas, en prácticamente la totalidad del territorio nacional⁴⁵.

Así, teniendo en cuenta las condiciones del contrato entre las Partes en relación con la nueva estrategia del negocio, quedarán bajo control de TESAU la planificación de la asignación de espectro para su uso para cumplir sus obligaciones de Servicio Universal y para el despliegue de cobertura de la red de IBERBANDA en nuevas áreas.

En relación con este cambio, la SETSI señala que *“Con ello TESAU podrá acometer de modo más eficiente tanto sus actuales compromisos como operador encargado de las Obligaciones de Servicio Universal como el despliegue comercial de sus redes de acceso de*

⁴³ Aunque aporta información complementaria sobre licitaciones celebradas en los últimos cinco años por distintas AA.PP. procedente de una fuente externa y referidas a distintos tipos de servicios sobre banda ancha en número muy superior a aquellos a los que han concurrido, no puede garantizar que cubra la totalidad de los concursos.

Desde 2002 las Partes han participado en 31 licitaciones resultando adjudicatarias de la totalidad del contrato en 23 (TESAU en 18 -de los que 11 corresponden a adjudicaciones del MITYC en el ámbito del Programa Nacional del Acceso a la Banda Ancha- e IBERBANDA en 5). Entre los restantes operadores adjudicatarios cabe mencionar a Euskaltel y R Cable

⁴⁴ Además de TESAU, según información extraída de la página web de la SETSI, han obtenido licitaciones Distecable en Galicia y Telecable Asturias en el Principado de Asturias

⁴⁵ TESAU dispone de [...] estaciones base desplegadas y [...] en fase de instalación y despliegue para la prestación del Servicio Universal. TESAU no tiene obligación de prestar el Servicio Universal sobre su propia infraestructura, sino que dispone de libertad para optar por hacer uso directo del espectro y dar acceso al usuario a través de su propia red o alternativamente subcontratar el servicio en la red de otros.



banda ancha en las zonas actualmente no cubiertas debido a las limitaciones de las tecnologías ADSL.”

En particular, la SETSI recuerda que “TESAU es el operador designado para la prestación del Servicio Universal hasta el 31 de diciembre de 2007, en base a lo dispuesto en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, el Servicio Universal y la protección de los usuarios. Asimismo, se prevé que próximamente se amplíe este plazo a TESAU en otros 5 años más, dado que en la consulta pública realizada a finales de 2005 para conocer si existían empresas interesadas en la prestación del Servicio Universal, la única que manifestó su interés fue precisamente la citada operadora.

En uno y otro caso, la toma de control por TESAU de Iberbanda permitiría mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios sobre las redes resultantes al ofrecer a aquella mayor estabilidad y menores incertidumbres en el acceso a las frecuencias de LMDS que en la situación actual, en la que dicho acceso pasa por el establecimiento de una relación mercantil ordinaria con los operadores de LMDS.”

VI.3 Estructura de la demanda

La demanda en servicios minoristas de telefonía fija y de servicios minoristas de acceso a Internet está muy atomizada y proviene de clientes residenciales y clientes empresariales. La demanda de servicios de comunicaciones electrónicas de empresa está menos atomizada y los clientes tienen mayor poder de negociación derivado de la elevada cuantía de la mayoría de los contratos, lo que les permite requerir a los diferentes operadores la presentación de ofertas específicas.

Cerca del [70-80]% de los ingresos de IBERBANDA provienen de servicios de telefonía fija y acceso a Internet que, en la mayor parte, se van a discontinuar como consecuencia de la reorganización del negocio tras la entrada de TESAU. El resto proviene primordialmente de las ayudas otorgadas y de los contratos firmados con las Administraciones Públicas para el despliegue y explotación de redes de comunicaciones en zonas suburbanas y rurales.

Por su parte, TESAU percibe [50-60]% de sus ingresos de servicios minoristas de telefonía fija, mientras que sus ingresos por servicios minoristas de acceso a Internet [10-20]%. Los servicios de comunicaciones electrónicas de empresas [0-10]% y los servicios mayoristas el [10-20]%.

VI.4 Fijación de precios y otras condiciones comerciales

La actividad de TESAU, como operador dominante, está sujeta a la regulación de los precios de algunos de los servicios que presta mediante distintas modalidades de intervención administrativa. Estos precios deben, además, ser transparentes, no discriminatorios e idénticos en el territorio nacional.

La CMT, en el contexto del análisis realizado sobre los mercados mayoristas de banda ancha a efectos de imposición de obligaciones *ex ante*, ha propuesto aplicar a TESAU por su condición de operador con poder significativo de mercado las obligaciones de acceso citadas en el apartado de regulación, con precios orientados en función de los costes en la oferta de acceso al bucle desagregado y con precios razonables para el acceso indirecto.



En los servicios minoristas de Internet, la estructura de la tarifa al consumidor se compone, de forma general, de una cuota de alta única y una cuota de abono mensual tipo tarifa plana (independiente del consumo). En todo caso, existe una gran variedad de ofertas comerciales.

En el acceso ADSL, el precio minorista de TESAU no está sujeto a regulación aunque la empresa tiene la obligación de comunicar previamente sus modificaciones. Además, la política de promociones está sujeta a la resolución de 15 de julio de 2004 de la CMT: dicha Comisión puede suspender cautelarmente algunas promociones o productos si considera que pueden tener efecto anticompetitivo en el mercado. De acuerdo con la normativa sectorial, la prestación de servicios basados en modalidades específicas de accesos ADSL sólo podrá formar parte de la oferta de TESAU si, con carácter previo, tales modalidades están disponibles para el resto de operadores a través de la OBA con precios regulados.

Por su parte, IBERBANDA, como los restantes operadores, sólo tienen obligación de notificar sus precios, pero tienen libertad para la fijación de los mismos.

Finalmente, cabe señalar que los precios minoristas del Servicio Universal están regulados y los de los servicios sobre redes desplegadas con base en el “Programa nacional de extensión de la banda ancha en zonas rurales y aisladas” condicionados a unos máximos⁴⁶.

VI.5 Estructura de la distribución

Existen varios modos de distribución de los servicios prestados por los operadores: canales no presenciales (venta telefónica o a través de Internet), puntos de venta en grandes superficies, tiendas de electrodomésticos y tiendas especializadas y fuerzas de venta propia y externa (agentes, distribuidores).

TESAU utiliza su propia red de ventas, agentes y canales no presenciales. Por su parte, IBERBANDA distribuye sus servicios a través de sus sedes de Madrid y Barcelona y de 9 delegados comerciales que actúan en diversas ciudades. Además cuenta con contratos con más de 150 distribuidores en todo el territorio nacional que distribuyen sus productos en más de 250 puntos de venta.

VI.6 Barreras a la entrada – competencia potencial

VI.6.1 Barreras económicas

La entrada al mercado de servicios de acceso a la red telefónica pública mediante despliegue de redes propias se enfrenta a importantes costes hundidos, que son considerablemente superiores en el caso de las redes del par de cobre y de cable que en las redes de acceso vía radio tanto en el despliegue como en el mantenimiento.

Esta barrera económica se ha resuelto por el regulador mediante las obligaciones de interconexión y la oferta de acceso al bucle de abonado sobre la única red de ámbito nacional y máxima capilaridad propiedad de TESAU⁴⁷. De esta forma, se configura una alternativa para terceros operadores para la prestación de servicios minoristas que les evita incurrir en los costes de la inversión inicial para configurar una red propia, que ha permitido la entrada de nuevos operadores en el mercado para servicios de telefonía y de datos.

⁴⁶ Estos máximos constan en el anexo I de la Orden Ministerial ITS/701/2005 y son 39€ de cuota de alta y 39€ de cuota mensual.

⁴⁷ La CMT, en el proyecto de resolución de los mercados mayoristas de banda ancha, no ha contemplado como parte de los mismos los servicios prestados sobre redes de acceso inalámbrico.

Adicionalmente, como se ha señalado anteriormente, en determinadas zonas las redes de acceso revisten características de monopolio natural. Por ello, debe analizarse la posibilidad de que TESAU pudiera obstaculizar el acceso a las mismas a terceros operadores una vez esté la red de IBERBANDA bajo su control, sobre todo teniendo en cuenta que las obligaciones regulatorias de acceso mayorista no son automáticamente aplicables a dichas redes.

En este sentido, la CMT señala lo siguiente en su informe:

“En la medida que (en el periodo de dos años) el servicio mayorista de acceso desagregado al bucle es un servicio imprescindible para la prestación de los servicios de banda ancha y de voz en un entorno de competencia efectiva, esta Comisión propone⁴⁸ imponer una serie de obligaciones regulatorias a TESAU. Sin embargo, esto no implica que se deba impedir per se a TESAU el desarrollo de nuevas líneas de negocio, incluyendo aquéllas centradas en el despliegue de redes de acceso alternativas, máxime cuando se ha demostrado que la posición de dominio de TESAU en el mercado desagregado al bucle no incide negativamente en el despliegue de una red de acceso inalámbrico alternativa en un entorno competitivo. [...]

La CMT recuerda su margen de actuación como regulador, de acuerdo con la misión que tiene encomendada como autoridad nacional de reglamentación en el marco de la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco) que establece sus competencias para imponer obligaciones a los operadores con poder significativo en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas para garantizar una competencia efectiva en el análisis que debe realizar cada dos años.

En particular, la CMT, para el caso en que se detectasen tales problemas señala lo siguiente:

“En cualquier caso, esto no es óbice para que esta Comisión, de manera implícita, analice los efectos que la concentración haya tenido sobre los mercados pertinentes en la revisión del análisis de competencia efectiva, no sólo del mercado de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos, sino también del mercado mayorista de acceso de banda ancha e imponga las obligaciones regulatorias correspondientes.”

Por último, debe señalarse que los contratos resultantes de la mayoría de las licitaciones públicas para el despliegue de redes de banda ancha en áreas rurales y suburbanas que se han adjudicado a TESAU e IBERBANDA imponen determinadas obligaciones para ofrecer acceso libre a terceros operadores.

VI.6.2 Barreras tecnológicas

Una fuente de competencia potencial en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas procede de innovaciones tecnológicas como la tecnología WIMAX para redes vía radio a la que cabía atribuir una naturaleza “disruptiva”.

Por ello, debe analizarse si la toma de control de IBERBANDA por parte de TESAU puede obstaculizar el desarrollo e implantación del estándar WIMAX o dificultar su acceso a otros operadores, por ejemplo, restringiendo el espectro radioeléctrico necesario para implantarla. A tal efecto es preciso hacer ciertas consideraciones dinámicas sobre la tecnología de redes de acceso vía radio.

⁴⁸ Se refiere a la propuesta de regulación ex ante reiteradamente mencionada sobre las obligaciones a las que se somete TESAU sobre la red del par de cobre.



a) Penetración de la tecnología LMDS

El uso de la tecnología radio punto-multipunto (LMDS) se previó inicialmente en 1998 mediante otorgamiento de licencias y espectro a Euskaltel (sólo País Vasco), Retevisión (hoy ONO-AUNA) y Uni 2 (ambas de ámbito nacional). Posteriormente, en 2002, se adjudicaron seis nuevas licencias mediante concurso a Broadnet, Banda 26, Banda Ancha (BASA), FirstMark (hoy Iberbanda), SkyPoint y Abrared (estas dos últimas hoy fusionadas en Neo-Sky) con compromisos de despliegue de red.

Las expectativas iniciales del regulador en la concesión de estas licencias no se tradujeron en una verdadera alternativa a las redes de acceso fijas del par de cobre o del cable. Según la CMT, en la actualidad sólo existe una red fija de acceso con cobertura nacional y máxima capilaridad, la de TESAU. La penetración de la tecnología LMDS representa, según datos de la CMT, un 0,2% del total de clientes de banda ancha.

El escaso éxito de la tecnología LMDS obedece, entre otros factores, a los elevados costes asociados a los equipos dotados de tecnología propiedad de cada operador (equipos no estandarizados) y a la intensa competencia de los operadores de ADSL y cable en las zonas urbanas en que se produjo inicialmente el despliegue.

En la actualidad, según la SETSI, de los ocho operadores iniciales solamente permanecen cuatro (BASA⁴⁹, IBERBANDA, NEO-SKY y ONO-AUNA y EUSKALTEL⁵⁰), todos con frecuencias en la banda 3,5 GHz.

b) La evolución de la percepción de la tecnología LMDS por el regulador

A la luz de la escasa penetración alcanzada por la tecnología LMDS, el regulador independiente, la CMT, ha modificado su criterio contrario a la adjudicación a TESAU de licencias para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio.⁵¹

La CMT sostiene que la situación competitiva actual en los mercados de comunicaciones electrónicas difiere significativamente de la existente cuando se adjudicaron los correspondientes concursos:

⁴⁹ La CMT señala que BASA ha sido adquirida recientemente por Clear Wire, compañía norteamericana que utiliza tecnología WiMAX en ciudades de EE.UU. y varios países europeos.

⁵⁰ Debe precisarse que en 1998 Retevisión (AUNA) y EUSKALTEL resultaron conjuntamente adjudicatarias de una autorización, cuyo uso se limitó para EUSKALTEL al País Vasco correspondiéndole a AUNA (hoy ONO) el resto del territorio nacional, una para la banda 3,5 GHz y otra para la banda 26 GHz.

⁵¹ La CMT señaló en su informe sobre los pliegos de bases de los concursos para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio en la banda 26 GHz y 3,4 a 3,6 GHz, en relación con TESAU, lo siguiente: *“El otorgamiento o no de una licencia a esta operadora, desde el punto de vista de la competencia, tiene gran incidencia si tenemos en cuenta que el número de licencias que se sacan a concurso es reducido y que Telefónica cuenta ya con una red de acceso para la telefonía fija de la que carecen el resto de competidores.*

En este sentido, si tal como se reconoce en el Preámbulo de las Ordenes Ministeriales anteproyectadas, los sistemas de acceso radio punto multipunto constituyen un medio alternativo para proporcionar la conexión entre el domicilio del cliente y el punto más cercano de las redes públicas de telecomunicaciones, ofreciendo una “alternativa” al par de cobre, el cable coaxial o la fibra óptica, no tiene mucho sentido otorgar una de estas licencias al único operador que cuenta justamente con la única red de acceso respecto de la que la red que se somete a licitación”.

- Diferente importancia relativa de los competidores: en 1999 el tamaño y relevancia de los competidores de TESAU era significativamente menor al actual y la introducción de competencia estaba en sus primeras etapas. Los avances tecnológicos, la regulación sectorial de acceso, la aparición de nuevos servicios, la generalización de la telefonía móvil, los procesos de concentración y la entrada de grupos empresariales de telecomunicaciones extranjeros han facilitado la actividad de competidores como ONO (y el resto de operadores de cable como R Cable, Telecable y Euskaltel en sus respectivas demarcaciones geográficas), France Telecom (a través de Uni2, Wanadoo y Amena), Vodafone y Deutsche Telecom (a través de Ya.Com).
- Las expectativas asociadas al despliegue de las redes de acceso inalámbricas no se han cumplido: el éxito empresarial de los adjudicatarios de la licencias para la banda de 3,4 a 3,6 GHz ha sido reducido, la inversión en redes limitada y el alcance de las redes de acceso inalámbrico muy bajo. Se ha producido un proceso de concentración a raíz del cual sólo tres operadores de los seis iniciales que obtuvieron licencia en los dos concursos (tres en la banda de 3,5 y otros tres en la banda de 26 GHz, además de otras tres licencias otorgadas directamente por el gobierno -dos a Auna y otra a UNI2-), , siguen activos: Iberbanda, Neo-Sky y Banda Ancha.
- La convergencia de servicios: el momento actual se caracteriza por una creciente convergencia de servicios que aumenta la incertidumbre con respecto a la implantación de nuevos servicios y plataformas.

c) La tecnología WIMAX

WiMAX es un estándar aprobado por el WiMAX Forum (consorcio formado por numerosas empresas a nivel mundial, entre las que se cuentan fabricantes de equipos y operadores⁵² de redes de comunicaciones electrónicas). Su objeto es abaratar sustancialmente los costes de tendido de redes y de prestación del servicio (se trata de un estándar abierto), en relación con las redes de tecnología propietaria. Los productos que obtienen la certificación WiMAX son completamente compatibles entre sí⁵³.

La CMT especifica los estándares desarrollados hasta el momento:

- Inicialmente se desarrolló el estándar 802.16 para proveer acceso metropolitano inalámbrico fijo. A partir del mismo se ha desarrollado el estándar 802.16-2004 para el acceso fijo y nómada (equipos sin movilidad pero con acceso desde posiciones distintas). Este opera tanto en bandas con licencia (como la de 3,5 GHz) como en bandas libres (como, por ejemplo, la de 5,8 GHz) y no requiere necesariamente la visión directa entre estaciones base. Fue ratificado en junio de 2004. Se considera que es económicamente atractivo para proveer acceso en zonas rurales.

⁵² IBERBANDA es miembro del WIMAX Forum y ha firmado un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía para el despliegue de infraestructuras con esta tecnología que está implantando, según la notificación, con equipos de proveedores como [...] y [...] que todavía no cuentan con la certificación WiMAX.

⁵³ Según la CMT, el WiMAX Forum es responsable de armonizar globalmente el espectro empleado por los equipos WiMAX, buscando nuevas bandas de frecuencia para su desarrollo y trabajando con los organismos encargados de la gestión del espectro así como con otros encargados de sistemas que trabajan en bandas de frecuencia similares (3GPP, WiFi) para asegurar la compatibilidad con éstos.

- Otra evolución es el denominado estándar 802.16e, aprobado en diciembre de 2005, para su empleo en comunicaciones que requieran movilidad, distinguiendo entre movilidad reducida (también conocida como acceso portátil) y completa⁵⁴. Debe señalarse que la naturaleza móvil de este estándar lo hace particularmente “disruptivo”. No obstante, como se verá al analizar las barreras asociadas a la disponibilidad de espectro, de acuerdo con la SETSI y la CMT, los servicios en movilidad, que solamente serán efectivos con el estándar WiMAX 802.16e, previsiblemente no se prestarán en la banda de 3,5 GHz en la que IBERBANDA dispone de espectro.

La CMT afirma que no cabe considerar que la tecnología WiMAX constituya una barrera, por cuanto se trata de estándares abiertos, sin que ningún operador tenga acceso exclusivo⁵⁵ a la misma para su posterior explotación⁵⁶:

“De esto, se concluye que la adquisición de Iberbanda por TESAU no dará lugar al control de un “recurso imprescindible” para la explotación de la tecnología WiMAX en España. Por tanto, las nuevas oportunidades de negocios asociadas al desarrollo de la tecnología WiMAX no podrían ser capturadas en exclusividad por TESAU de tal forma que esta última pudiera modular (ralentizando, si fuera el caso) su implantación en función del efecto “canibalizador” que tuviera sobre la demanda de conexiones ADSL.

En estas primeras fases de incipiente desarrollo, la entrada de TESAU no puede interpretarse como una estrategia encaminada a debilitar y/o eliminar una amenaza de competencia potencial, sino como estrategia propia de un operador presente en un entorno competitivo convergente, donde (i) a medio y largo plazo la frontera entre operadores fijos y móviles va a ser cada vez más difusa y (ii) los usuarios van a demandar de manera creciente un conjunto de servicios, independientemente de la plataforma sobre la que se presten.

La existencia de proveedores alternativos, con derechos de uso sobre las bandas de frecuencias relevantes, junto con la ausencia de barreras absolutas a la entrada, en el despliegue y explotación de las redes de acceso inalámbrico garantizan que con esta operación de concentración “no se va a ahogar el nacimiento de este nuevo mercado”.

(...)

Incluso en un escenario hipotético en el que TESAU decidiera no invertir en la tecnología WiMAX, otras empresas utilizarían esta tecnología para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas tales como telefonía fija y acceso a Internet de banda ancha. Y ello teniendo en cuenta el trabajo realizado desde el WiMAX Forum, que permite mejorar y consolidar los estándares de esta tecnología, de manera que puedan explotarse las economías de escala en la fabricación de equipos por parte de todos los operadores de telecomunicaciones.”

Por otra parte, la SETSI advierte las incertidumbres relativas al éxito de los estándares WIMAX y sobre el carácter hipotético de cualquier previsión de futuro sobre los mismos.

⁵⁴ En la movilidad reducida se permiten velocidades de desplazamiento bajas y se produce una conexión/desconexión cada vez que se cambia de célula mientras que en el caso de movilidad total se permiten velocidades más altas (vehiculares) y el procedimiento de cambio de célula es continuo.

⁵⁵ Según la notificación, ni TESAU ni IBERBANDA cuentan con ningún tipo de acuerdo de suministro exclusivo con proveedores de equipos WiMAX.

⁵⁶ Tanto Neo-Sky como BASA ofrecen en su página web servicios basados en esta tecnología.

En particular, la SETSI señala que no está aún demostrada la potencialidad y bondades de la tecnología WiMAX y que, en todo caso, ésta será una de entre un gran número de posibilidades tecnológicas. Así, la SETSI señala que en el acceso radio de banda ancha en movilidad se está configurando un número importante de tecnologías con perspectivas prometedoras⁵⁷.

De esta forma, la SETSI concluye que las informaciones actualmente disponibles no permiten vislumbrar cuál de estas tecnologías tendrá mayor rentabilidad en los segmentos de negocio más atractivos, aunque todo apunta a que la tecnología WiMAX desarrollará su mayor potencialidad fundamentalmente en áreas poco pobladas, es decir, áreas suburbanas y rurales.

VI.6.3 Barreras regulatorias: disponibilidad de espectro

Como ya se ha señalado, actualmente no existen barreras legales a la entrada de nuevos operadores de comunicaciones electrónicas siempre que cumplan las condiciones previstas para el ejercicio de la misma. Adicionalmente, las Directivas de la Unión Europea sobre redes y servicios de comunicaciones electrónicas propician un marco legal más homogéneo en el que los operadores establecidos en un Estado miembro pueden prestar sus servicios en otro.

Sin embargo, la prestación de servicios mediante redes de acceso vía radio está supeditada a la disponibilidad de espectro radioeléctrico. Por ello, la entrada de nuevos operadores que prestan servicio mediante redes de acceso vía radio solamente puede producirse mediante adquisición de empresas titulares de dichas concesiones, mediante nuevas concesiones por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio o mediante la cesión del uso de su espectro⁵⁸.

No todas las partes del espectro son igualmente útiles para la comercialización de servicios de comunicaciones electrónicas mediante redes de acceso vía radio. Las frecuencias más demandadas son las que se encuentran entre los 100 MHz y 3,6 GHz franjas que, según el TDC⁵⁹, tienen la consideración de “prime spectrum”⁶⁰.

En este sentido, el WiMAX-Forum señala que el estándar 802.16-2004 (servicios tipo fijo) se ha desarrollado para ser utilizado en la banda 3.5 GHz⁶¹ y 5.8 GHz, mientras que el estándar 802.16e para servicios móviles previsiblemente se perfilará para las bandas 2.3GHz y 2.5 GHz⁶².

⁵⁷ La SETSI cita las siguientes: UMTS-TDD, OFDM, UMTS-HSDPA, WiMAX así como tecnologías propietarias como Wibro en Corea., etc.

⁵⁸ Como se ha señalado con anterioridad, TESAU dispone de espectro cedido por IBERBANDA y Neo-SKY, titulares de concesiones de espectro, para la prestación de Servicio Universal. Por otra parte, es posible que en el futuro exista un mercado secundario de uso de espectro al amparo de las previsiones de la LGTel.

⁵⁹ Ver párrafo tercero del apartado 8 del Informe TDC C-93/05 TELEFÓNICA/IBERBANDA.

⁶⁰ Debe señalarse que tanto la SETSI como la notificante señalan la existencia de bandas de frecuencia de uso público que pueden emplearse por cualquier operador, sin necesidad de autorización previa, si las características de los equipos empleados son conformes con las condiciones para el uso común (según la SETSI están establecidas en las notas de utilización nacional UN-85 y UN-128 del Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias). Sin embargo, estas frecuencias públicas no constituyen una opción para el operador que desee comercializar sus servicios con garantía de calidad mínima. La CMT señala que en estos casos existen problemas de interferencias y de falta de alcance por las limitaciones a la potencia máxima de transmisión

⁶¹ Se trata de la banda de frecuencias asignada a los actuales operadores autorizados a desplegar redes fijas de acceso vía radio, en las que actualmente emplean tecnología LMDS con equipos propietarios.

⁶² Ver informe “Fixed, nomadic, portable and mobile applications for 802.16-2004 and 802.16e WiMAX networks”, de noviembre de 2005, preparado por Senza Fili Consulting para el WiMAX Forum, que señala literalmente: “The initial



La SETSI recoge las siguientes consideraciones respecto al uso a corto plazo de la tecnología WiMAX en la banda 3.5 GHz por los operadores que cuentan con licencia:

“...., si bien los operadores de licencias LMDS no tienen restricciones respecto de las tecnologías concretas que empleen en sus redes (pudiendo por tanto desplegar tanto sistemas WiMAX como otras alternativas tecnológicas, normalizadas como propietarias), debe recordarse que las referidas licencias se adjudicaron para la prestación del servicio fijo de acceso radio, por lo que, en principio, no está prevista la utilización de las bandas de frecuencias asignadas para la prestación de servicios nómadas o móviles, como los que los estándares prevén que se podrán ofrecer a través de determinadas capacidades de las tecnologías WiMAX.”

Respecto a la disponibilidad de espectro en dicha banda, añade que *“en la banda de 3,5 GHz, no se prevé, a corto plazo, el otorgamiento de nuevas licencias [...]. La posibilidad de ampliar el número de licencias requeriría la previa liberación de parte de la banda de 3,5 GHz actualmente utilizada para aplicaciones distintas a las del LMDS.”*⁶³

Por su parte, la CMT, en el informe elaborado a petición del SDC recoge ciertas consideraciones acerca del uso del espectro a medio y largo plazo.

- Está previsto que la familia de estándares WIMAX pueda ser utilizada en un amplio rango de frecuencias (hasta los 66GHz). En unos casos el acceso a dichas bandas por parte de los operadores será libre como ocurre ahora con ciertas bandas para WiFi y, en otros, bajo licencia.
- Según la CMT, los perfiles que ya están desarrollados (o que están en proceso de desarrollo para la certificación de equipos compatibles con WiMAX) se encuentran en las frecuencias de 2.5 y 3.5GHz (ambas requieren licencia) y en la frecuencia libre de licencia de 5.8GHz, todos ellos para acceso fijo.

En España la banda de frecuencia de 3.4 a 3.6GHz está destinada para el establecimiento de sistemas de acceso radioeléctrico mediante enlaces punto a multipunto en todo el territorio nacional (LMDS).

La banda de 2.5GHz estará disponible bajo licencia para uso terrestre en Europa cuando la banda de extensión de 3G salga a licitación en los próximos años (inicialmente la banda de 2.5 a 2.7GHz está reservada para su uso por UMTS/IMT-2000). Esta banda junto con la de 2.3GHz es la mejor candidata en caso de desarrollo de sistemas móviles basados en el estándar 802.16e.

WIMAX Forum profiles are in the 3.5 GHz and 5.8 GHz frequency bands. The WiMAX Forum has not yet announced the frequency bands for the 802.16e profiles, but 2.3 GHz and 2.5 GHz are the most likely initial candidates.”

⁶³ Asimismo, la SETSI señala que en la Unión Europea se trabaja en una política de acceso inalámbrico (Wireless Access Policy for Electronic Communications Services –WAPECS-) orientada a la definición de determinadas bandas de frecuencias en las que cualquier servicio podría ser proporcionado con cualquier tecnología.

La SETSI añade que también se trabaja en el marco de la UE para configurar los criterios y condiciones para la autorización de la transferencia del derecho de uso del espectro, lo que permitiría el denominado mercado secundario de espectro. De hecho, a mediados de 2005 la SETSI realizó una consulta pública sobre este tema.

No obstante, dado que, según señala la SETSI, los plazos concretos de ambas iniciativas están supeditados a la conclusión de los trabajos de armonización en el seno de la Unión Europea y a la incorporación de las medidas resultantes al derecho interno español, no existen previsiones concretas de fechas en las que se podrían otorgar autorizaciones de uso privativo de espectro en este marco.

Las bandas 2.4 y 5.8GHz son, según la CMT, bandas sin licencia en la mayor parte del mundo y presentan principalmente dos desventajas: las interferencias por la compartición de espectro por varios sistemas (WiFi, Bluetooth, teléfonos inalámbricos) y alcances reducidos por la limitación de la potencia máxima transmitida (especialmente en la banda de 5.8GHz).

- Adicionalmente, existe la posibilidad de que se desarrolle un perfil WiMAX para la banda de 700MHz⁶⁴. Podría constituir la extensión natural de la 2.5 de GHz cuando esté completamente ocupada, según la CMT.
- Finalmente, la CMT añade la posibilidad en un futuro próximo de la “comercialización del espectro”.

Por estas razones, la CMT *“entiende que el desarrollo de la tecnología WIMAX por parte de los operadores de redes en España no estará limitado seriamente por la disponibilidad de espectro”*.

VII. VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN

La operación notificada consiste en la adquisición del control exclusivo sobre IBERBANDA, S.A. por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU) mediante la adquisición de acciones representativas de un 51% de su capital social y la firma de un pacto de accionistas que le otorga control.

TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU), filial de telefonía fija perteneciente al Grupo TELEFÓNICA, es el primer operador de servicios de telecomunicaciones en el mercado español.

IBERBANDA, S.A. es uno de los cuatro operadores del mercado español que cuentan con disponibilidad de espectro para prestar servicios de comunicaciones electrónicas en banda ancha vía radio. IBERBANDA dispone de espectro asignado en la banda de radiofrecuencia 3,5 GHz y desplegó inicialmente su red de acceso vía radio con tecnología LMDS en áreas urbanas centrandose su actividad en el segmento de empresas. El desarrollo de esta tecnología desde la concesión de las licencias en el año 2000 no ha cumplido las expectativas de constituir una competencia alternativa a los accesos sobre la red del par de cobre o el cable, lo que ha repercutido en la sostenibilidad financiera de la empresa, que presenta un importante volumen de pérdidas acumuladas.

VII. 1. Antecedentes

El Consejo de Ministros acordó con fecha 27 de enero de 2006 no autorizar el antecedente inmediato de esta operación de concentración por considerar que no existían condiciones viables para resolver los problemas de competencia derivados de los acuerdos entre TESAU, IBERBANDA, los socios de ésta y TELECOR. La presente operación, sin embargo, se basa en un nuevo acuerdo en el que se han eliminado las cláusulas restrictivas de la competencia no admitidas por el Consejo de Ministros (en particular, la atribución a TESAU de la condición de proveedor preferente y obligación de hacer los mejores esfuerzos para asegurarle un volumen de negocios mínimo por parte de los socios y TELECOR).

⁶⁴ EEUU ha aprobado su uso par dar acceso inalámbrico en zonas rurales a partir del año 2009) que considera una banda muy atractiva por las condiciones de propagación favorables que presenta Esta zona del espectro está siendo utilizada por emisoras analógicas de TV lo que significa que la posibilidad de desplegar WiMAX o cualquier otra tecnología inalámbrica en esta banda está hoy limitada. Sin embargo, con la transición a la TV digital, las emisoras en EEUU dejarán libre esta zona del espectro y lo liberarán para otros posibles usos.



Adicionalmente, TESAU ha formulado explícitamente el compromiso de notificar al Servicio cualquier ampliación de la vigencia o modificación de los contratos de comunicaciones electrónicas firmados entre IBERBANDA o TESAU y los Socios, así como a comunicar cualquier nuevo contrato de comunicaciones electrónicas que pueda firmarse entre TESAU y los Socios. En todas estas comunicaciones, TESAU se compromete a indicar el modo de negociación de las modificaciones o de los nuevos contratos, así como, en la medida que disponga de esa información, qué ofertas competidoras han concurrido en su caso.

VII.2 Posición en el mercado

En el ámbito mayorista, la cuota de mercado de TESAU en términos en líneas en servicio, según datos de la CMT, es superior al 90%. Por otra parte, la actividad de IBERBANDA es muy reducida, dado que en la actualidad sólo tiene contratos con dos operadores mediante los que proporciona capacidad de acceso indirecto de banda ancha.

Adicionalmente, TELEFÓNICA disfruta de una posición dominante en los mercados minoristas en los que incide principalmente la operación, obteniendo, en términos e ingresos, cuotas de un [80-90]% en el mercado de acceso directo a la red de telefonía fija, de un [70-80]% en el mercado de tráfico telefónico fijo prestado desde ubicación fija, de un [60-70]% en el mercado de acceso a Internet de banda ancha, de un [60-70]% en el de líneas alquiladas y de un [60-70]% en el de transmisión de datos.

Por su parte, IBERBANDA registra cuotas de mercado significativamente inferiores al 1% en cada uno de los mercados minoristas contemplados. En el mercado minorista de servicios de acceso de banda ancha, en particular, la presencia de IBERBANDA es irrelevante, con una participación de un [$<1,0$]% en términos de ingresos, por lo que, bajo una perspectiva estática, no cabe concluir que dichas cuotas constituyan un refuerzo de posición de dominio de TESAU que altere la situación de competencia en el mercado.

En el área urbana, en la que se concentra el mayor despliegue de estaciones base de los operadores de accesos vía radio presentes en el mercado, la operación supone la desaparición de un competidor independiente con presencia marginal.

En el ámbito suburbano y rural, la operación supone un refuerzo de TESAU que amplía indirectamente su cartera de proyectos adjudicados por diversas AA.PP. relativos a la extensión de la banda ancha en esas zonas con despliegues de red en curso.

Precisamente, en términos dinámicos, la operación supone la adquisición por el operador dominante de una red alternativa de la que hasta ahora solamente podía hacer un uso limitado a través del espectro cedido por IBERBANDA y NEO-SKY para cumplir con las nuevas obligaciones de Servicio Universal impuestas por la vigente Ley General de Telecomunicaciones.

Se debe, pues, determinar si, desde una perspectiva dinámica, la operación podría obstaculizar la competencia efectiva en el mercado, lo que pasa por una valoración precisa de las barreras a la entrada.

VII.3 Barreras a la entrada

Las principales barreras económicas al acceso de nuevos operadores a los mercados considerados proceden del coste del tendido de nuevas redes o del acceso mayorista a las ya existentes.



No obstante, los operadores que compiten por los contratos de servicios minoristas disponen, en la mayoría de los casos, del derecho a solicitar acceso mayorista a las redes de acceso vía radio desplegadas por TESAU e IBERBANDA para configurar su oferta. Adicionalmente, ante la posibilidad de que TESAU pudiera obstaculizar dicho acceso o imponer condiciones discriminatorias, la CMT señala que, en el marco de su labor supervisora, podrá imponer nuevas obligaciones regulatorias ex ante a TESAU y a IBERBANDA cuando ésta esté bajo control de TESAU, para garantizar que los efectos de la concentración no impidan una competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Por su parte, en relación con las barreras a la entrada tecnológicas, no cabe considerar que, mediante la operación notificada, TESAU pueda frenar la introducción de una tecnología potencialmente “disruptiva” y obstaculizar así la posible competencia potencial derivada de la misma.

En el corto plazo la operación de concentración no va obstaculizar el acceso a la tecnología WiMAX que en la actualidad se limita de facto al estándar para la prestación de servicios fijos. Los operadores que disponen de la misma frecuencia que IBERBANDA están en disposición, y de hecho algunos anuncian su próxima implantación, de aplicar la tecnología WIMAX en la medida en que se trata de un estándar abierto al que TESAU no tiene acceso exclusivo. Adicionalmente, según la notificante, ni TESAU ni IBERBANDA disponen de acuerdos en exclusiva o de otro tipo con los suministradores de equipos estandarizados siguiendo esta tecnología para su red de acceso vía radio que pudieran producir un cierre del mercado aguas arriba a otros operadores.

En el medio y largo plazo, resulta incierto determinar qué tecnologías pueden ser disruptivas o no en un contexto de convergencia entre servicios fijos y móviles. En todo caso, parece que es el WiMAX móvil el estándar con mayor capacidad de alterar significativamente las condiciones competitivas de los mercados considerados, al facilitar la citada convergencia entre servicios fijos y móviles. En este sentido, los reguladores señalan que la introducción de equipos bajo el estándar WiMAX móvil previsiblemente requerirá la disponibilidad de frecuencias en bandas distintas de las asignadas actualmente a IBERBANDA y a los restantes operadores de redes fijas vía radio.

Adicionalmente, la SETSI estima que WiMAX es una más entre distintas tecnologías potencialmente disruptivas sin que sea posible saber en este momento cuáles de ellas acabarán consolidándose. En todo caso, el éxito o fracaso comercial de las distintas tecnologías, en particular, cuando se trata de estándares abiertos, se determinará a nivel global sin que TESAU sea determinante para ello.

Por último, en relación con las barreras regulatorias, cabe señalar que el espectro radioeléctrico es un bien escaso y necesario para poder operar comercialmente usando redes de acceso vía radio. Tras la operación, la disponibilidad sobre el espectro de IBERBANDA por parte de TESAU pasa a ser estructural, mediante el control sobre la adquirida, y no comercial, a través de contratos de cesión, como en la actualidad.

En este terreno, la CMT *“entiende que el desarrollo de la tecnología WIMAX por parte de los operadores de redes en España no estará limitado seriamente por la disponibilidad de espectro”*, a la luz de que los diferentes estándares WiMAX se aplicarán, en su caso, en frecuencias alternativas, de la previsible disponibilidad de tales frecuencias y de la posibilidad de que se desarrolle un mercado secundario de espectro.



Por su parte, la SETSI señala la posibilidad de que, a medio plazo, TESAU obtenga por sí misma la capacidad de despliegue de redes de acceso inalámbricas a través de las bandas de frecuencias designadas para WAPECS o mediante la transferencia del derecho de uso del espectro radioeléctrico. De este modo, el acceso a las frecuencias mediante los mecanismos actuales de cesión de espectro no pasaría de ser una solución transitoria que, como tal, presentaría menores eficiencias que una solución a largo plazo.

VII.4 Conclusión

En suma, como consecuencia de la operación notificada, no se produce una alteración significativa en la estructura del mercado, dada la modesta presencia y la situación de la empresa adquirida.

Tampoco son previsibles efectos dinámicos que puedan resultar en un deterioro de la competencia efectiva, apreciación sostenida por los reguladores sectoriales, CMT y SETSI, en sus respectivos informes sobre la presente operación de concentración.

Así, la CMT afirma que *“TESAU no podrá impedir el desarrollo de la tecnología WIMAX ya que las condiciones de mercado no se lo permitirían; en particular, la existencia de más compañías con derechos de uso sobre la banda de 3,4 a 3,6 GHz, la disponibilidad de espectro radioeléctrico para nuevos competidores y el desarrollo de la tecnología WiMAX en el entorno abierto del WiMAX Forum.”*

Por otra parte, la presente operación está libre de las cláusulas anticompetitivas que propiciaron la prohibición de su antecedente inmediato y, además, TESAU se compromete a facilitar información acerca de las contingencias en las relaciones de proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas que pueda mantener con sus socios en IBERBANDA.

Adicionalmente, los reguladores sectoriales señalan que la operación, por un lado, permitirá a IBERBANDA afrontar las obligaciones derivadas de sus compromisos de despliegue de redes en zonas rurales y suburbanas de difícil acceso para otras redes. Por otro, en relación con el Servicio Universal, no cabe inferir que de la operación de concentración notificada se desprenda algún perjuicio para terceros operadores interesados en su prestación en la medida en que ninguno ha manifestado interés alguno en tal Servicio, de acuerdo con la SETSI.

A la luz de las consideraciones expuestas no parece previsible que la operación de referencia pueda obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados considerados.

Esta conclusión es consistente con la alcanzada por la CMT en su informe elaborado a petición de este Servicio que concluye que:

“A corto plazo, la empresa resultante de la operación de concentración no parece alterar significativamente la estructura ni las condiciones de competencia en los mercados minoristas relevantes porque el tamaño de Iberbanda es muy pequeño y TESAU apenas vería incrementada su presencia en dichos mercados minoristas, donde ambas están presentes.

A medio y largo plazo, no existe un riesgo de estancamiento en el desarrollo de las redes de acceso inalámbrico como consecuencia de esta operación de concentración. La adquisición de Iberbanda por TESAU no dará lugar al control de un “recurso imprescindible” para la explotación de la tecnología WiMAX en España por la existencia de más compañías con derechos de uso sobre la banda de 3,4 a 3,6 GHz, dada la disponibilidad de espectro



radioeléctrico para nuevos competidores y el desarrollo de la tecnología WiMAX en el entorno abierto del WiMAX Forum.

Es positiva la eliminación de la cláusula que permitiría a TESAU garantizarse un determinado volumen de mercado (por medio del compromiso de los Socios y Telecor de realizar sus mejores esfuerzos en demandar servicios de comunicaciones electrónicas por un determinado importe) así como de la cláusula por la que TESAU se convertía en operador preferente de los Socios."

Esta conclusión también es consistente con la de la SETSI que, en su informe sobre la presente operación, señala que *"no parece que la concentración pueda tener serios efectos negativos desde el punto de vista de competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, debiendo tenerse presente, en cualquier caso, la capacidad de corregir dichos efectos por la propia CMT a través de los mecanismos previstos para este fin en el presente marco regulador"*.

VIII.- PROPUESTA

En atención a todo lo anterior, se propone **no remitir** el expediente de referencia al Tribunal de Defensa de la Competencia para su informe en aplicación del apartado 1 del artículo 15 bis de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por lo que la operación de concentración notificada quedaría tácitamente autorizada conforme al apartado 2 del mencionado artículo.

Dicha propuesta se entiende sin perjuicio del cumplimiento de la normativa sectorial aplicable.