



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS MOLINS SAINZ DE BARANDA, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de abril de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2004, RELATIVO A LAS DENUNCIAS PRESENTADAS POR WANADOO ESPAÑA, S.L., UNI2 TELECOMUNICACIONES, S.A.U. Y ASTEL CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN RELACIÓN CON LA PROMOCIÓN ESTIVAL DEL SERVICIO ADSL.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante ASTEL) contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones relativa a las denuncias presentadas por Wanadoo España, S.L., Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. y ASTEL contra Telefónica de España, S.A.U. por la promoción estival del servicio ADSL, el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su sesión núm. 14/05, la siguiente Resolución:

Resolución de 21 de abril de 2005, recaída en el expediente AJ 2004/1693

HECHOS

PRIMERO. En fecha 23 de septiembre de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo en relación con las denuncias presentadas por Wanadoo, Uni2 y ASTEL contra TESAU por la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

promoción estival del servicio de ADSL. La citada Resolución, acordaba lo siguiente:

***“Primero.-** No se estima que Telefónica de España, S.A.U. haya vulnerado las obligaciones que tiene impuestas en virtud de la PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por la que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.*

***Segundo.-** Con respecto de la promoción estival del servicio ADSL, llevada a cabo por Telefónica de España, S.A.U., no se han identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de dicho operador”.*

SEGUNDO. Con fecha 28 de octubre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, el recurso potestativo de reposición interpuesto por ASTEL contra la Resolución de 23 de septiembre de 2004 a la que se refiere el antecedente anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la resolución impugnada por entender que la misma contiene determinadas previsiones que pueden ser consideradas anulables ya que, a su juicio, originan indefensión y perjudican los intereses de los operadores miembros de la Asociación.

En concreto, se fundamenta básicamente en los siguientes motivos:

1ª.- Sobre la evaluación del poder de mercado ostentado por TESAU en el mercado de ADSL.

Al respecto, ASTEL manifiesta que la resolución recurrida no contiene un razonamiento adecuado pues concluye que el grupo Telefónica no tiene posición de dominio en el mercado minorista, basándose exclusivamente en las cuotas de TESAU. Sin embargo, a juicio de ASTEL, el grupo Telefónica tiene PSM en el mercado de servicios minoristas de banda ancha *“no sólo por disfrutar de dicho PSM en el mercado conexo de servicios mayoristas, sino por su propia posición en ese mercado”* que alcanza una cuota superior al 50%. Tampoco comparte el criterio seguido por esta Comisión según el cual el dinamismo y variación de las cuotas en ese mercado no permiten un juicio definitivo sobre la posición de dominio del grupo Telefónica. Para ASTEL debería acometerse un análisis global de las características del mercado que permitiera apreciar la envergadura de la empresa, el control de infraestructuras no reproducible fácilmente, las ventajas tecnológicas, economías de escala, economía de alcance, integración vertical, etc.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2ª.- Sobre el posible estrechamiento de márgenes por parte de TESAU en la promoción denunciada.

Acerca del análisis de la promoción relativa a la modalidad D, ASTEL considera incorrectos determinados aspectos de la valoración del importe. Así, en cuanto al precio del modem, valorado a precios mayoristas en 25 euros, sostiene que deberían haberse tenido en cuenta el resto de precios disponibles en el mercado español para los competidores minoristas. Asimismo, considera notoria la ausencia de análisis de la modalidad D con “modem router inalámbrico” contratada a través de la página www.telefonicaonline.com que va acompañada del regalo adicional de un lápiz de memoria. Según esta Asociación, si aplicamos el mecanismo de detección de pinzamiento de precios publicado en la Resolución de 15 de julio de 2004, valorando “el modem router inalámbrico” en 59,10 euros y el lápiz de memoria en 39,9 euros, la promoción resultaría abusiva, pues consume el margen destinado a promociones.

Por otro lado, en cuanto al análisis del resto de modalidades de ADSL, ASTEL critica su ausencia y manifiesta que no se ha justificado en la resolución recurrida el porcentaje del margen de operaciones destinado a la promoción para el resto de tales modalidades.

Finalmente, en relación con el carácter abusivo de una práctica, ASTEL recuerda a esta Comisión la doctrina comunitaria según la cual la mera constatación de una alineación de precios con los competidores no excluye la existencia de un abuso de posición dominante, así como que el comportamiento abusivo es ilegal “per se”.

TERCERO. Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 4 de noviembre de 2004, se cumplió el trámite de información previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a las entidades interesadas del recurso de reposición interpuesto por ASTEL para que alegasen lo que estimasen conveniente.

CUARTO. Con fecha 30 de noviembre de 2004 se recibió en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito de alegaciones de Telefónica de España S.A.U. (en adelante TESAU) instando la desestimación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ASTEL.

En dicho escrito se expone básicamente lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Que debe inadmitirse el recurso interpuesto por ASTEL ya que no se fundamenta ni formal ni materialmente en ninguna causa de nulidad o anulabilidad.
2. Que esta Comisión ha realizado una adecuada valoración de la inexistente posición de dominio de TESAU en el mercado de acceso minorista a internet aprobó un Acuerdo en relación con las denuncias presentadas por Wanadoo, Uni2 y ASTEL contra TESAU por la promoción estival del servicio de ADSL. t en banda ancha tras el análisis de la evolución de las cuotas de mercado.

TESAU considera errónea la apreciación de ASTEL conforme a la cual una cuota de mercado superior al 50% contradice el “dinamismo competitivo” afirmado por la Comisión en el mercado de referencia. Para TESAU resulta evidente que en dicho mercado ningún operador tiene la suficiente autonomía económica para ejercer un poder significativo obviando a sus competidores. Cita, además, varios ejemplos con cuotas de mercado superiores que no fueron declaradas dominantes y señala que el análisis efectuado por la Comisión demuestra la existencia de un mercado que evoluciona en condiciones de suficiente competencia.

- 3 Que no puede admitirse la aplicación del mecanismo de control de promociones con los datos propuestos por ASTEL, puesto que utiliza un plazo de recuperación de 18 meses en lugar de los 24 previstos por la Comisión.

Asimismo, sostiene, a pesar de lo que considera ASTEL, que la doctrina comunitaria es plenamente compatible con la resolución adoptada pues, una vez descartado el supuesto price squeeze, se ratifica que la actuación responde a una práctica habitual del mercado.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado, calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 23 de septiembre de 2004.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Tercero.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo fue en el procedimiento tramitado para la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

Cuarto.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de ASTEL ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre la evaluación del poder de mercado ostentado por TESAU en el mercado de ADSL.

Considera ASTEL que la resolución recurrida no contiene un adecuado razonamiento al respecto, pues llega a la conclusión de *“que el grupo Telefónica no tiene posición de dominio en base a las cuotas de TESAU, y no de todas las empresas del grupo Telefónica”*. Asimismo, sostiene que el grupo Telefónica tiene PSM en el mercado de servicios minoristas de banda ancha *“no sólo por disfrutar de dicho PSM en el mercado conexo de servicios mayoristas, sino por su propia posición en ese mercado”* ya que alcanza una cuota superior al 50%. Tampoco comparte el criterio seguido por esta Comisión según el cual el dinamismo y variación de las cuotas en ese mercado no permiten un juicio definitivo sobre la posición de dominio del grupo Telefónica. Para ASTEL, siguiendo las Directrices de la Comisión Europea, debería acometerse un análisis global de las características del mercado que permitiera apreciar la envergadura de la empresa, el control de infraestructuras no reproducible fácilmente, las ventajas tecnológicas, economías de escala, economía de alcance, integración vertical, etc.

En relación con la primera cuestión, cabe precisar que en la Resolución recurrida, al analizarse la posición de TESAU en el mercado de referencia, se afirma previamente que durante el año 2003 las empresas del grupo Telefónica han alcanzado una cuota de mercado por ingresos superior al 64% y, más adelante, que dicha cuota era superior al 92% en 2000 y del 76% en 2001. Asimismo se observa que la cuota de TESAU para los años 2002 y 2003 es de un 49% y de un 57,1%, respectivamente, y se incluye un gráfico que contiene, además, las cuotas de TERRA para esos años, de 13,1% y 7,7%, respectivamente, lo que hace posible determinar la cuota de mercado por ingresos que ha obtenido el grupo Telefónica durante ese periodo. Todo ello, nos permite concluir que no se ha calificado la posición de dominio sobre la base exclusiva de las cuotas de TESAU, sino que han sido tenidas en cuenta las cuotas de las empresas del grupo Telefónica (TESAU y TERRA) para apreciar, como hace la resolución impugnada, que la cuota de mercado por ingresos se ha reducido de forma sensible desde el año 2000.

Respecto a la segunda cuestión planteada, esto es, que se debe considerar al grupo Telefónica como operador dominante en el mercado de servicios minoristas de banda ancha, al margen de su posible conexión con otros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercados, puesto que alcanza una cuota de mercado superior al 50%, ha de recordarse que es doctrina consolidada en el derecho de competencia comunitario y español que la cuota de mercado, aún constituyendo un indicador necesario para valorar la posición de dominio, no es suficiente para determinar el efecto que tienen las restricciones competitivas, presentes y futuras, sobre la empresa que presumiblemente puede gozar de una posición de dominio.¹

En este sentido, como se puso de manifiesto en la resolución impugnada, el Tribunal de Defensa de la Competencia español sostuvo en el caso Bacardí que: *“Una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante”*.²

De este modo, en la resolución que ahora se recurre, se considera que tanto el crecimiento del mercado, que se encuentra en fase de expansión, como la variación de las cuotas que ha experimentado el Grupo Telefónica desde el año 2000, impiden concluir la existencia de una posición de dominio en el mercado minorista de servicios de banda ancha.

En efecto, si atendemos a las Directrices de la Comisión Europea sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado³, la cuota de mercado no puede analizarse de forma estática, dado que, *“puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene PSM, y por tanto ocupa una posición dominante, si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo”*. Como se aprecia en la resolución impugnada la cuota del grupo Telefónica para los años 2002 y 2003 es igual a un 62,2% y de un 64,8%, respectivamente, lo que implica una significativa reducción desde el año 2000, período en que alcanzaba un 92%.

Por otra parte, en relación con el dinamismo del mercado, debe añadirse que como ha señalado esta Comisión en su Resolución de 11 de noviembre de 2004⁴:

¹ Se debe tener en cuenta que la cuota de mercado de una empresa es resultado, entre otras variables, de factores endógenos, esto es, de las acciones estratégicas que haya tomado por propia iniciativa (políticas de precios, gestión interna de la empresa, políticas de marketing, etc). Por ejemplo, una empresa más eficiente en la prestación de un servicio presentará unos costes más bajos que otras empresas y en consecuencia podrá establecer un precio menor y obtener una mayor cuota de mercado. Sin embargo, esto no implica que esta empresa sea dominante ya que en caso de fijar un precio superior al de sus competidores perdería clientes y su cuota se reduciría significativamente.

² Tribunal de Defensa de la Competencia, Expediente R 362/99 *Bacardí*, 30 de septiembre de 1999.

³ (2002/C 165/03)

⁴ Resolución en relación con la denuncia presentada por Wanadoo contra Terra por la promoción del producto “ADSL Home” para el periodo comprendido entre el 13 de julio y el 13 de agosto de 2004 y por la oferta habitual del producto “ADSL Home”(AEM 2004/1264).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“(…) el mercado de banda ancha, lejos de haber alcanzado su nivel de saturación, se caracteriza por el dinamismo de la demanda, con expectativas de tasas de crecimiento elevadas⁵. Así lo demuestra el bajo nivel de penetración de las conexiones de banda ancha en España, que le sitúa lejos de países como Suecia, Holanda, Bélgica y Dinamarca. Aún más, la cada vez mayor relevancia de la Sociedad de la Información augura unos niveles de demanda crecientes, sobre todo a medida que se generalice el uso de Internet y se exploten todas las posibilidades que ofrece⁶. Todos estos factores tienen una especial trascendencia sobre la posición de dominio de una empresa ya que cuanto más dinámica sea la demanda, más competidores se sentirán atraídos hacia el mercado y más complicado resultará que sobre dicho mercado se ejerza una dominancia⁷.

En definitiva, podemos concluir que se trata de un mercado en el que se ha producido un incremento de la presión competitiva, derivado de una demanda dinámica y en expansión, que reduce la magnitud de las barreras de entrada, que como es sabido, constituyen un papel relevante para la determinación de una posición de dominio.

No obstante, ASTEL sostiene en su recurso que las consideraciones anteriores no resultan suficientes para justificar la inexistencia de una posición de dominio del Grupo Telefónica en el mercado minorista de banda ancha, sobre la base de una elevada cuota de mercado. A su juicio, deberían seguirse los criterios aportados por las Directrices de la Comisión Europea, antes referidos, a fin de valorar la capacidad de una empresa para comportarse con independencia de sus competidores, clientes y consumidores.

Sin embargo, tal y como se constata en la Resolución de 11 de noviembre de 2004, anteriormente aludida, la aplicación de tales criterios tampoco permite alcanzar la conclusión que se pretende.

⁵ Mercedes Pastor, directora comercial de red fija de Alcatel España, estima que el ADSL crecerá un 50% anual hasta 2006; para el caso de España estima que el crecimiento en este año estará cercano al 60% y para el próximo que va a mantenerse, coincidiendo con las previsiones que los operadores han realizado. Expansión: “El ADSL crecerá un 50% anual hasta 2006”, 22 de octubre de 2004.

⁶ En el año 2002 se lanzó el Plan eEurope 2005 (que viene a sustituir al Plan de Acción eEurope 2002) que contempla la difusión y disponibilidad de accesos de banda ancha en condiciones asequibles como un elemento clave en el desarrollo económico y social de un país.

⁷ En similares términos se manifestó el regulador británico Ofcom (en la actualidad Ofcom) al señalar que en el caso de un mercado emergente (o de gran crecimiento) unas cuotas de mercado elevadas son menos indicativas de la existencia de poder de mercado que en el caso de un mercado más maduro o de crecimiento lento (“Where markets are emergent or growing more quickly, high market shares are less indicative of market power than in more mature or slow-growth markets”).

Ofcom (2002): “Ofcom’s market review guidelines: criteria for the assessment of significant market power”. Issued by the Director General of Telecommunications. 5 de agosto de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si atendemos a lo expresado por esta Comisión en la citada Resolución de 11 de noviembre de 2004, puede apreciarse que:

- Respecto a la **envergadura global de la empresa**⁸ lo relevante no es tanto el tamaño de una empresa en sí mismo (en términos absolutos) sino en relación con sus competidores (en términos relativos) y en qué medida este tamaño permite a una empresa disfrutar de una ventaja competitiva considerable. Un análisis comparativo de esta variable muestra que si bien el Grupo Telefónica es uno de los mayores grupos empresariales del país, no es menos cierto que algunos de sus rivales como Wanadoo y Ya.com, son filiales de grandes grupos empresariales del sector de las telecomunicaciones (antiguos monopolios en sus países) como France Telecom y Deutsche Telecom y que los operadores de cable (grupo Auna y ONO) son operadores de tamaño significativo y creciente, como es el caso de ONO. Por tanto no se puede concluir que la envergadura del Grupo Telefónica pueda ser considerada un factor relevante a la hora de justificar su posición de dominio.
- Siguiendo esta misma línea argumental, tampoco cabe hablar de **acceso privilegiado al mercado de capitales** como otro factor relevante, cuando Wanadoo y Ya.com son filiales de France Telecom y Deutsche Telecom, y los operadores de cable cuentan entre sus accionistas con grandes grupos empresariales del sector energético, bancario y de la construcción. En definitiva un análisis comparativo de este factor tampoco permite concluir que el Grupo Telefónica goce de un acceso privilegiado al mercado de capitales (del que sus rivales adolecen) en medida suficiente como para que contribuya a justificar la posición de dominio del Grupo Telefónica⁹.
- El hecho de que el Grupo Telefónica disponga de **una red de venta** más desarrollada no constituye una barrera de entrada relevante ya que este mercado se caracteriza por la variedad de posibles canales de distribución y, sobre todo, por la gran facilidad que hay en la utilización de algunos de ellos (por ejemplo, "call center", para los que se ha previsto la asignación de números cortos, o una página Web), que precisamente son los más

⁸ Las ventajas que una empresa puede obtener sobre la base de su tamaño empresarial (en relación a sus competidores) se refieren a las economías de escala, capacidad financiera, poder de compra con respecto a otros agentes, capacidad de producción y capacidad de comercialización/marketing (factores que se pueden considerar como posibles barreras de entrada así como ventajas sobre los competidores presentes en el mercado).

⁹ La presencia del estado en la composición accionarial de las de la empresa matriz de Wanadoo (France Telecom) o de Ya.com (Deutsche Telecom), con un participación accionarial que supera el 50% en los dos casos, sí es especialmente importante en lo que respecta al acceso al mercado de capitales ya que es factible que puedan tener acceso a unas fuentes de financiación a las que un operador privado no puede acceder.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

utilizados por los usuarios a la hora de contratar un producto de banda ancha.

- La relevancia de las **economías de escala** como factor que explique la posición de dominio no es tal ya que la existencia de servicios mayoristas “bit stream” reduce el impacto de las economías de escala asociadas a una red de acceso como barrera de entrada. Está claro que dependiendo de los servicios de red y funcionalidades que incluya el servicio mayorista menor es la inversión en infraestructura (con los importantes costes fijos que ello supone) que debe acometer el operador alternativo y en consecuencia menor es la importancia de las economías de escala. De hecho, la OBA impone a TESAU la obligación de ofrecer los servicios mayoristas a unos precios regulados con el objeto de transferir parte de las ventajas derivadas de las economías de escala de que disfruta TESAU en la prestación de los servicios de acceso. En definitiva, no se puede concluir que el Grupo Telefónica goce de unas economías de escala lo suficientemente grandes como para que constituyan una barrera de entrada determinante.
- **El bajo poder compensatorio** tampoco es un factor que contribuya a justificar la posición de dominio del Grupo Telefónica. Por un lado, es cierto que el nivel de concentración de la demanda no es lo suficientemente alto como para identificar determinados demandantes con un poder de compra que individualmente les permita ejercer una influencia sobre el precio, calidad y condiciones de suministro del bien adquirido. Sin embargo, a la hora de valorar el poder compensatorio de la demanda también se debe analizar la existencia de alternativas de suministro y los costes de cambio ya que la capacidad de los demandantes para disciplinar el comportamiento de los oferentes dependerá de su capacidad para desviar sus compras hacia proveedores alternativos. Por tanto, es necesario que haya proveedores alternativos y que sea factible cambiar de proveedor, esto es, que los costes de cambio no sean tan elevados que imposibiliten dicho cambio. Este el caso del mercado de banda ancha, que se caracteriza por (i) la presencia de operadores alternativos al Grupo Telefónica, con red propia o que prestan su servicio por medio de los servicios mayoristas y (ii) unos bajos costes de cambio debido al elevado grado de transparencia existente, como consecuencia del fácil acceso a la información pública sobre las ofertas del mercado y su baja complejidad, lo cual permite su comparación¹⁰.

Las anteriores consideraciones, permiten afirmar que la calificación de la posición de dominio sólo se justifica a partir de la posición del grupo Telefónica en mercados conexos, tal y como se concluyó en la resolución impugnada y en

¹⁰ Existen costes de cambio como resultado de las obligaciones contractuales de permanencia que establecen los operadores en contraprestación por la subvención de los terminales y las cuotas de alta. En cualquier caso, su efecto queda mitigado por las continuas promociones que lanzan los operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la citada Resolución de 11 de noviembre de 2004¹¹, e impiden apreciar la supuesta indefensión alegada por ASTEL, como consecuencia de una motivación inadecuada, por lo que procede rechazar el presente motivo de impugnación

Segundo.- Sobre el posible estrechamiento de márgenes por parte de TESAU en la promoción denunciada.

Acerca del análisis de la promoción relativa a la modalidad D realizado en la resolución recurrida, ASTEL considera incorrectos determinados aspectos que afectan a la estimación del importe. Así, en cuanto al precio del modem, valorado a precios mayoristas en 25 euros, sostiene que deberían haberse examinado el resto de precios disponibles en el mercado español para los competidores minoristas, citando como ejemplo a la compañía TERRA que en su oferta de ADSL Home de febrero de 2004, valoró un modem USB similar en 60 euros.

Sin embargo, a juicio de esta Comisión este reproche resulta infundado pues no cabe apreciar una diferencia de poder de compra tan grande entre los operadores presentes en este mercado. Debe tenerse en cuenta que en el mismo operan Wanadoo y Ya.com, que son filiales de grandes grupos empresariales del sector de las telecomunicaciones (antiguos monopolios en sus países) como France Telecom y Deutsche Telecom, y los operadores de cable grupo Auna y ONO con una base de clientes muy importante (y en el caso de Auna presencia en otros negocios).

Respecto a la valoración del módem USB en 60 € por parte de TERRA, no es sino el precio al que dicha compañía comercializaba el módem en ausencia de la promoción habitual¹². Por tanto, esa valoración no representa el precio mayorista del equipo terminal que se debe tomar en consideración, en virtud de lo previsto en la Resolución de 15 de julio de 2004¹³, por la que esta Comisión publicó el mecanismo diseñado para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios de ADSL, en la que se establecía que:

¹¹ Este aspecto está relacionado con criterios tales como el control de una infraestructura no reproducible y la integración vertical. Una empresa verticalmente integrada puede ostentar una posición de dominio, bien dificultando la entrada de nuevas empresas al mercado debido a su control en el mercado ascendente o descendente, bien a través de su capacidad para trasladar su posición de mercado a los mercados ascendentes o descendentes, incidiendo negativamente sobre la competencia.

¹² En el caso de que el cliente se diera de baja, debería rembolsar a TERRA los descuentos que ha disfrutado. Por tanto TERRA podría haber valorado ese módem en un precio superior o inferior, en función de su estrategia comercial (un precio muy alto podría tener el efecto de disuadir al potencial cliente por ser una penalización excesiva, un precio muy bajo restaría atractivo al regalo).

¹³ Resolución por la que se desestima la consideración de las promociones del Grupo Telefónica en el cálculo de los precios de la OBA fijados mediante *Retail Minus*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Paso primero: Se calcula el importe total de la promoción, es decir, la suma de los descuentos o regalos aplicados a una nueva alta, valorados a precio mayorista”.

Además, es preciso recordar que no se debe confundir el precio que cada empresa fija para sus equipos terminales y demás accesorios, que depende de su estrategia comercial y la situación competitiva en cada momento, y el verdadero coste en que incurre por su compra a los proveedores, siendo este último el relevante a la hora de estimar dicho coste.

Por otra parte, ASTEL en su recurso considera notoria la ausencia de análisis de la modalidad D con “modem router inalámbrico” contratada a través de la página www.telefonicaonline.com que va acompañada del regalo adicional de un lápiz de memoria. Según esta Asociación, si aplicamos el mecanismo de detección de pinzamiento de precios publicado en la citada Resolución de 15 de julio de 2004, valorando “el modem router inalámbrico” en 59,10 euros y el lápiz de memoria en 39,9 euros, y tomando como referencia un plazo de recuperación de 18 meses, la promoción resultaría abusiva pues consume el margen destinado a promociones.

En relación con esta alegación, proceder aplicar el mecanismo diseñado para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes en los servicios ADSL, para todas las alternativas que contempla la promoción denunciada, en la que se regalan las dos primeras cuotas mensuales, valorando los regalos y subsidios en los equipos terminales de la siguiente forma:

- El regalo del MODEM a 25€ (precios mayorista).
- El regalo de 3,73 euros por cuota de alta, que es la diferencia entre el precio de alta cobrado al usuario (38,10 euros) y el precio mayorista de dicha alta (41,83).
- La venta del módem inalámbrico a 19,90€, a 59,10€. Se ha sobrestimado ya que se consideró el precio de catálogo de TESAU de 79€, y no el precio mayorista correspondiente.
- El regalo de un lápiz de memoria (Pendrive 64 Mb) a 39,9€. Al igual que en el caso del módem router inalámbrico se ha sobrestimado su coste ya que esta Comisión lo estimó a partir de las consultas con diversas tiendas online¹⁴.

Podemos apreciar, como refleja la siguiente tabla, que los operadores son capaces de replicar de forma rentable la promoción diseñada por TESAU ya que

¹⁴ Cuyos precios son los vigentes para todo el público en general y por tanto superiores al precio mayorista al que accedería un operador de telecomunicaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el porcentaje que representa sobre la cuota minorista de 39,07€ siempre es inferior al 19,6%, para todos los casos (incluso para aquellos en los que se ha sobreestimado el coste de determinados regalos).

Tabla I: Análisis de emulabilidad del servicio de ADSL 24h de 256 Kbps

	Regalo del módem	Venta del router a 19,90€	Canal on-line (regalo de módem y lápiz de memoria)	Canal on-line (venta router a 19,90€y regalo de lápiz de memoria)
Importe de la promoción (€)	106,87	140,97	146,77	180,87
Importe mensual de la promoción (€)	4,45	5,87	6,12	7,54
Porcentaje de la promoción sobre cuota minorista (%)	11,4	15,03	15,65	19,28

Con respecto al período de recuperación de costes, aunque ASTEL propone emplear 18 meses en lugar de los 24 meses previstos en la referida Resolución de 15 de julio de 2004, esta Comisión no considera que este sea el periodo apropiado. Tal y como se señalaba en dicha Resolución, el hecho de que a marzo de 2004 el 64% de los abonados tuviera una antigüedad inferior a 18 meses, aconseja prudencia a la hora de estimar el período medio de permanencia. Ello se debe a que la mayor parte de la base de clientes no habría alcanzado todavía dicho periodo medio de permanencia, lo cual genera incertidumbre en el cálculo del mismo. Esto es, se considera que esa cifra debería ser superior a estos 18 meses, pero no resulta fácil cuantificar en qué medida. No obstante, tal como se prevé en la citada Resolución de 15 de julio de 2004, cuando se disponga de información más fiable se procederá a la revisión de la cifra de 24 meses, si bien debe señalarse que dicha cifra de 24 meses se fija en un contexto determinado, junto con otros valores estimados en el estudio de costes *retail minus* que en conjunto producen un resultado que esta Comisión considera coherente.

Por otro lado, en cuanto a la ausencia de análisis del resto de modalidades de ADSL, ASTEL manifiesta que tal ausencia no permite excluir la existencia de prácticas de pinzamientos de precios respecto de las mismas, y que no es posible aplicar a tales modalidades un razonamiento similar al aplicado en la modalidad D. Asimismo, considera imprescindible que se justifique la utilización del porcentaje del margen de operaciones destinado a la promoción como determinante de si la promoción es abusiva o no.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se argumentó en el marco de la resolución impugnada, la citada Resolución de 15 de julio de 2004 se limita a establecer una metodología de análisis para la modalidad D. Sin embargo es posible aplicar al resto de modalidades un razonamiento similar que permita evaluar la existencia de estrechamiento de precios, tal y como se aclara a continuación.

Como ya se ha señalado, la metodología determina que el porcentaje máximo de la cuota mensual minorista destinado a promociones es del 19,6 %. Esta cifra proviene del estudio de costes que sirve de base al establecimiento de precios mayoristas bajo el sistema de *retail minus*, en donde la partida de promociones comerciales para clientes finales forma parte de una partida mayor que engloba costes comerciales, operativos (costes operativos no de red, como son la atención post venta, facturación, etc) y beneficios, que es el margen por operaciones.

En la Resolución recurrida se explica que el *retail minus* vigente equivale a destinar a promociones un máximo de un 65,3% del margen de operaciones, y ello porque en la Resolución de 22 de julio de 2004¹⁵, por la que se modifica la OBA y se actualiza el mecanismo para detectar situaciones de estrechamiento de márgenes, se establece que el margen de operaciones correspondientes a la modalidad D es igual al 30%:

“Desde el momento en que la modalidad D sea sustituida por la modalidad O en la oferta minorista de TESAU, procede aplicar este mecanismo a esta nueva modalidad. En relación con el importe máximo de las promociones, y dado que se ha mantenido el porcentaje destinado a margen operativo en el 30%, se considera que la cifra del 19,6 % debe mantenerse”.

Como el porcentaje máximo que se puede destinar a promociones es del 19,6% y el margen operativo correspondiente a la modalidad D es igual a 30%, esto equivale a concluir que como máximo el 65,3% del margen de operaciones puede ser destinado para promociones ($19,6/30=0,6533$).

En la siguiente tabla se muestra, para el resto de modalidades, el porcentaje sobre el margen de operaciones correspondiente a la promoción en la que se regalan las dos primeras cuotas mensuales y el módem USB¹⁶. De esta forma, se comprueba si el porcentaje sobre el margen de operaciones destinado a promociones supera el umbral máximo establecido por la metodología, esto es,

¹⁵ Resolución de 22 de julio de 2004, sobre solicitud de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista.

¹⁶ El margen de operaciones para las modalidades ADSL 512 Kbps, 2 Mbps y 1 Mbps es del 25%, 20% y 25% respectivamente. Dicho margen figura en el Anexo 3 de la Resolución de 22 de julio de 2004 por la que se modifica la OBA (modalidades B, C y J).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el 65,3%. Si no lo supera se concluirá que TESAU no está incurriendo en una práctica de estrechamiento de precios.

II: Análisis de emulabilidad para el resto de modalidades (regalo del módem USB)

Modalidad	512 Kbit/s	2 Mbit/s	1 Mbit/s
Cuota mensual sin promoción (€)	74,98	150,57	120
Importe Promoción con router gratuito (€)	178,69 ¹⁷	329,87	269,73
Importe Mensual (€)	7,45	13,74	11,20
% de la promoción sobre precio minorista	9,93 ¹⁸	9,13	9,33
% de la promoción sobre margen de operaciones ¹⁹	39,72	45,64	37,32

Se observa que para el resto de modalidades, esta promoción supone destinar menos del 50% del margen de operaciones a la misma y, en ningún caso, alcanza el máximo fijado por la metodología para la modalidad D (65,3%).

Se aplica la misma metodología para la promoción más agresiva correspondiente a la contratación por el canal *on-line* consistente en el regalo de las dos primeras cuotas mensuales, el *módem router inalámbrico* a 19,90€ y el lápiz con memoria. Nuevamente se constata que para todas las modalidades la promoción más agresiva supone destinar menos del porcentaje máximo sobre el margen de operaciones fijado en el 65,3%, a pesar de que el coste del subsidio en el terminal y del regalo se ha sobrestimado.

Tabla III: Análisis de emulabilidad para el resto de modalidades (router inalámbrico a 19,90€ y regalo de un lápiz de memoria)

Modalidad	512 Kbit/s	2 Mbit/s	1 Mbit/s
Cuota mensual sin promoción (€)	74,98	150,57	120

¹⁷ Por ejemplo, el importe de la promoción para la modalidad de 512 Kbit/s se deriva de la misma manera que se ha calculado en el mecanismo para detección de estrechamiento de precios, esto es: $74,98 \times 2 + 25 + 3,73 = 178,69$.

¹⁸ El porcentaje sobre el precio minorista para la modalidad de 512 Kbit/s se deriva de la misma forma que se ha calculado en el mecanismo para detección de estrechamiento de precios, esto es: $7,45 / 74,98 = 9,93\%$. A partir de su cálculo, se deriva que proporción supone sobre el margen de operaciones y se compara con el 65,3%.

¹⁹ Por tanto, para la modalidad 512 Kbit/s se obtiene que el 39,72% del margen de operaciones se ha destinado para promociones ($9,93 / 25 = 0,3972$).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Importe Promoción con router gratuito (€)	252,69	403,87	342,73
Importe Mensual (€)	10,53	16,83	14,28
% de la promoción sobre precio minorista	14,04	11,17	11,90
% de la promoción sobre margen de operaciones	56,17	55,88	47,60

En definitiva, se demuestra que la oferta de TESAU para el resto de modalidades tampoco es abusiva, por cuanto los operadores alternativos estarían en disposición de replicarla.

Finalmente, en relación con el carácter abusivo o no de un comportamiento, ASTEL recuerda a esta Comisión la doctrina comunitaria según la cual la mera constatación de una alineación de precios con los competidores no excluye la existencia de un abuso de posición dominante, así como que el comportamiento abusivo es ilegal “per se”.

En la resolución recurrida, al igual que en la jurisprudencia comunitaria en materia de competencia, se reconoce que el estrechamiento de márgenes es una conducta prohibida *per se*.

Ahora bien, tampoco debe desconocerse, como ha recogido esta Comisión en su Resolución de 17 de marzo de 2005²⁰ que:

“(…) De acuerdo con la sentencia United Brands²¹, “el hecho de estar en una posición dominante no priva a una empresa de la legitimidad para proteger sus legítimos intereses comerciales cuando éstos son atacados, concediendo a esta empresa el derecho de adoptar cuantas medidas estime razonablemente oportunas para proteger dichos intereses”. Adicionalmente, en el caso Akzo²², el Tribunal afirmó que “la prohibición (de los precios discriminatorios practicados por Akzo) no le impedía hacer ajustes defensivos, incluso alineándose con los precios de ECS, para mantener a los clientes que eran originalmente suyos”.

²⁰ Resolución de los recursos potestativos de reposición interpuestos por la ASTEL, Wanadoo España, S.L y Telefónica de España, S.A.U. contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 15 de julio de 2004, por el que se desestima la consideración de las promociones del grupo telefónica en el cálculo de los precios de la oba fijados mediante “*retail minus*”.

²¹ Asunto 27/76.

²² Asunto 62/86.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, en la resolución impugnada se ha descartado expresamente que la promoción denunciada constituya una práctica contraria a la competencia. Para ello, esta Comisión:

1. Ha efectuado el análisis del posible estrechamiento de precios siguiendo el mecanismo para detectar situaciones de pinzamiento, publicado en la Resolución de 15 de julio de 2004.
2. Ha valorado si la estrategia de estrechamiento de precios puede ser considerada una “conducta eliminatoria”.

Esta valoración exige que el análisis sobre el posible pinzamiento se complete con otras consideraciones, tales como la duración y posible concatenación de promociones; el contexto en que se producen; y la existencia de ofertas alternativas similares, que permitan distinguir claramente entre el legítimo derecho de defensa de la empresa dominante y las prácticas dirigidas hacia la consolidación de su posición.

En definitiva, las precisiones anteriores permiten concluir que en la resolución recurrida no sólo se ha efectuado el análisis de un posible estrechamiento de márgenes, que no se ha producido, sino que también se han tenido en cuenta el resto de valoraciones necesarias, desde el punto de vista del derecho de la competencia, para excluir el carácter anticompetitivo de la promoción denunciada.

Por todo ello, se han de rechazar las alegaciones realizadas por ASTEL en el presente motivo del recurso y, por consiguiente, se confirma el contenido de la Resolución en este aspecto.

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones contra la Resolución de esta Comisión de 23 de septiembre de 2004, relativa a las denuncias presentadas por Wanadoo España, S.L., Uni2 Telecomunicaciones, S.A.U. y ASTEL, contra Telefónica de España, S.A.U. en relación por la promoción estival del servicio ADSL, por estar plenamente ajustada a derecho.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

LA VICEPRESIDENTA

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Elisa Robles Fraga