

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

**INFORME**

**EXPEDIENTE DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA**

**C 93/05 *TELEFÓNICA/IBERBANDA***

**Objeto:** La operación consiste en la adquisición por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. del control exclusivo sobre IBERBANDA S.A.

## INDICE

1. ANTECEDENTES.....	4
1.1. Recepción del expediente y actuaciones del Tribunal.....	4
1.2. Alegaciones de la Notificante.....	5
1.3. Alegaciones de NEO-SKY 2002 S.A. (NEO-SKY).....	10
1.4. Alegaciones de BANDA ANCHA, S. A. (BANDA ANCHA).....	15
1.5. Alegaciones de TELECABLE DE ASTURIAS S.A.U. (TELECABLE).....	18
1.6. Alegaciones de la AGRUPACIÓN DE OPERADORES DE CABLE A.I.E. (AOC).....	19
1.7. Alegaciones de COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.(COLT).....	20
1.8. Alegaciones de VODAFONE ESPAÑA, S.A. (VODAFONE).....	21
1.9. Alegaciones de JAZZ TELECOM, S.A.U.(JAZZTEL).....	21
1.10. Alegaciones de la ASOCIACIÓN MULTISECTORIAL DE EMPRESAS ESPAÑOLAS DE ELECTRÓNICA Y COMUNICACIONES (ASIMELEC).....	23
1.11. Alegaciones de la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU).....	23
1.12. Informe de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.....	23
1.13. Informe de la DIRECCIÓN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO (DGTTI).....	25
2. APLICABILIDAD DE LA LEY 16/1989, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	25
3. EMPRESAS PARTICIPANTES EN LA OPERACIÓN.....	26
3.1. Empresa adquirente: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU).....	26
3.2. Empresa adquirida: IBERBANDA, S.A. (IBERBANDA).....	27
4. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN Y RESTRICCIONES ACCESORIAS.....	28
4.1. Descripción de la Operación.....	28
4.2. Restricciones Accesorias.....	29
5. MERCADOS DE REFERENCIA.....	34
5.1. Mercado de servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha desde ubicación fija.....	34
5.2. Mercado Mayorista de Acceso a Internet de Banda Ancha.....	37
5.3. Mercado geográfico de referencia.....	38
6. MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA.....	38
7. EVOLUCION DEL MERCADO Y CUOTAS DE LAS PARTES.....	41
7.1. Prestación de Servicios de Telefonía Fija.....	42
7.2. Servicio de Acceso a Internet de banda ancha.....	44
7.3. Tecnología LMDS y WIMAX.....	47
8. BARRERAS A LA ENTRADA.....	50
9. EFECTOS DE LA OPERACIÓN SOBRE LA COMPETENCIA.....	51

9.1. Refuerzo de la Posición de Dominio de TESAU.....	52
9.2. Posible transmisión de Eficiencias a los Consumidores.....	53
9.3. Despliegue de redes en zonas rurales .....	54
9.4. Efectos a Medio Plazo .....	55
10. CONCLUSIONES .....	60

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. Recepción del expediente y actuaciones del Tribunal**

El día 10 de octubre de 2005, el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) recibió la notificación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de IBERBANDA, S.A. (en adelante, IBERBANDA) por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU).

La operación, referenciada por el SDC como N-05090 TELEFÓNICA/IBERBANDA, ha sido notificada de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

El día 7 de noviembre de 2005 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) para dictaminar, previa audiencia de los interesados, el expediente TELEFÓNICA/IBERBANDA, remitido por la Directora General de Defensa de la Competencia por orden del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.bis.1 de la LDC, que contempla esta actuación cuando se considere que la operación notificada: "... puede obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado..." .

Conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 del Real Decreto 1443/ 2001, de 21 de diciembre, el Presidente del Tribunal designó al Vocal D. Emilio Conde Fernández-Oliva para elaborar la ponencia que ha servido de base al informe del Tribunal sobre la operación notificada, quien ha sido asistido por la Asesora del Presidente, Dña. Marta García Jáuregui, en calidad de Secretaria de la Ponencia.

Este expediente ha sido clasificado en el Tribunal con la referencia C93/05 TELEFÓNICA/IBERBANDA.

Con objeto de que los diferentes operadores económicos del sector que pueden verse afectados por la operación de concentración pudieran presentar sus alegaciones a la misma ante el Tribunal, se elaboró una Nota Sucinta sobre los extremos fundamentales del expediente. Tal y como se regula en el art. 14.2 del citado Real Decreto 1443/2001, ésta fue puesta en conocimiento del notificante para que se manifestara sobre la existencia o no de información confidencial en su contenido. Una vez manifestada esa conformidad la nota fue remitida a las empresas y asociaciones que la Ponencia consideró que podrían resultar afectadas, dándoles la oportunidad de exponer su criterio acerca de los posibles efectos sobre la competencia

derivados de la operación de concentración. Los receptores de la Nota Sucinta fueron fundamentalmente competidores reales y potenciales, así como clientes de las empresas afectadas y las principales Asociaciones Sectoriales y de Consumidores.

Durante la elaboración del dictamen las sociedades NEO-SKY 2002 S.A. (en adelante, NEO-SKY), BANDA ANCHA S.A. (en adelante, BANDA ANCHA), JAZZ TELECOM S.A.U. (en adelante, JAZZTEL), TELECABLE DE ASTURIAS S.A. (en adelante, TELECABLE) y la AGRUPACIÓN DE OPERADORES DE CABLE A.I.E. (en adelante, AOC) solicitaron ser declaradas partes interesadas en el expediente de referencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.2 del Real Decreto 1443/2001. El Tribunal resolvió mediante Auto positivamente sobre dicha petición. La solicitud de tal condición fue comunicada a la notificante, para que pudiera alegar al respecto. Asimismo, el Tribunal resolvió declarar confidenciales determinados documentos, formando con ellos pieza separada del expediente, tal y como regula el art. 53 de la Ley 16/1989.

El plazo del que dispone el Tribunal para elaborar su dictamen es de dos meses a contar desde el 7 de noviembre de 2005.

## **1.2. Alegaciones de la Notificante**

En su escrito de alegaciones ante el Tribunal, la notificante explica en primer lugar la **racionalidad de la operación**.

Considera que la operación propuesta constituye (CONFIDENCIAL), consecuencia de que la tecnología LMDS no ha desempeñado finalmente el papel “dinamizador” de la competencia que se esperaba, así como (CONFIDENCIAL) entre ellas el hecho de perder a su socio tecnológico y mayoritario.

A partir del año 2002, IBERBANDA modifica su estrategia para orientar su negocio hacia áreas suburbanas y rurales. Sin embargo, esta nueva estrategia requiere (CONFIDENCIAL)

Por otra parte, el interés principal de TELEFÓNICA se centra en el negocio que desarrolla IBERBANDA en las zonas suburbanas y rurales. TELEFÓNICA podría así hacer frente a sus obligaciones de servicio universal más eficientemente en las zonas rurales y en todas aquellas zonas donde no llegan el ADSL o el cable.

Por otro lado, TELEFÓNICA es el comprador idóneo para hacerse cargo de los clientes de IBERBANDA en zonas urbanas, garantizando la continuidad de los servicios prestados por IBERBANDA hasta el momento.

En segundo lugar, la notificante se centra en el examen de las **Restricciones Accesorias a la operación**, destacando que es necesario obtener una autorización de la operación en su conjunto.

La operación de concentración sólo podrá cerrarse si se autorizan los acuerdos concluidos junto con la misma ya que únicamente, mediante la conclusión de dichos acuerdos, podrá TELEFÓNICA entrar en el capital de IBERBANDA y realizar las inversiones requeridas, así como asumir los costes de su reorientación hacia las nuevas áreas de negocio exige.

El Contrato de (CONFIDENCIAL) prevé un acuerdo con TELEFÓNICA relativo a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados anteriormente por IBERBANDA a los Socios (Iecisa<sup>1</sup>, Prisa y Omega Capital) y a Telecor. Este Acuerdo permite que TELEFÓNICA justifique desde el punto de vista financiero (CONFIDENCIAL) que, junto con la ampliación de capital en IBERBANDA a la que acudirá TELEFÓNICA por importe de (CONFIDENCIAL) supone el mínimo necesario (CONFIDENCIAL) para poder financiar, en su totalidad, la reestructuración del negocio (CONFIDENCIAL) y el desarrollo del nuevo plan de negocio.

Justifican la necesidad de mantener dicho acuerdo durante (CONFIDENCIAL) años en el hecho de que, como no puede garantizarse el volumen de negocios que TELEFÓNICA realizará con Terceros Clientes, sólo en el (CONFIDENCIAL) año los flujos de caja de los Socios y Telecor superan a los de los terceros clientes.

En cualquier caso, consideran que dicho acuerdo respeta los principios del Derecho de la competencia ya que: no contemplan ni imponen una exclusividad; se trata, en todo caso, de una obligación de "realizar los mejores esfuerzos" para conseguir un volumen de ventas mínimo; el volumen de ventas mínimo puede alcanzarse de muy diversas formas y existe una flexibilidad absoluta al respecto ya que el volumen de ventas que se contempla se refiere al volumen conjunto de los socios; el compromiso de realizar mejores esfuerzos se refiere al negocio de "servicios de comunicaciones electrónicas" en su totalidad, y no a productos o a servicios en concreto; nada obliga a los Socios o Telecor a adquirir la totalidad de sus necesidades de comunicaciones electrónicas de TELEFÓNICA, y aquéllos podrán seguir contando con los servicios de terceros operadores si así lo desean una vez ejecutado el Contrato; no se prevé sanción contractual o

---

<sup>1</sup> IECISA (Informática el Corte Inglés)

contraprestación por no alcanzarse las cantidades proyectadas y por último, en cuanto a la condición de proveedor preferente otorgada a TELEFÓNICA, constituye un simple complemento puramente formal, un instrumento de exigencia de buena fe en la aplicación de la cláusula de "mejores esfuerzos" descrita con anterioridad.

En resumen, la notificante alega que el compromiso de los Socios y Telecor de considerar siempre a TELEFÓNICA como posible proveedor para que tenga la oportunidad de igualar ofertas que considere rentables, no restringe la competencia y son estrictamente indispensables para la conclusión de la operación propuesta, por lo que deben considerarse como accesorios a la presente operación de concentración.

El Contrato contempla además que IBERBANDA cederá a TELEFÓNICA sus contratos con terceros clientes distintos de los Socios y Telecor.

Este acuerdo no constituye para la notificante una restricción a la competencia comprendida en el ámbito del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, ya que desde el cierre de la operación, TELEFÓNICA e IBERBANDA forman parte del mismo grupo.

En todo caso, resulta absolutamente necesario obtener el consentimiento de los terceros clientes a la cesión.

En lo que se refiere a la Cláusula de no competencia por la que los Socios, presentes y futuros, que ostenten más del (CONFIDENCIAL) del capital social o que estén presentes en el Consejo de Administración, se comprometen a no competir, con las actividades que actualmente desarrolla IBERBANDA, mientras permanezcan en el accionariado, la notificante considera que TESAU necesita una garantía de que los socios que han tenido ocasión de acceder a información estratégica de IBERBANDA no van a competir deslealmente con IBERBANDA una vez realizadas por TELEFÓNICA una serie de inversiones muy significativas.

Por último, IECISA y PRISA acuerdan permanecer como accionistas de IBERBANDA hasta al menos el (CONFIDENCIAL) o hasta la fecha de vencimiento de las obligaciones de la Licencia si ésta fuera posterior.

La notificante entiende que el compromiso de permanencia no constituye una restricción a la competencia ya que se limita a prever ciertas condiciones en cuanto al accionariado de IBERBANDA.

Además, dicho compromiso de permanencia se justifica al responder a la necesidad de obtener garantías de que IECISA y PRISA se mantienen en el accionariado de IBERBANDA por un período limitado de tiempo, el cual,

como mínimo, se extenderá durante el período de vigencia de los compromisos asumidos por IBERBANDA frente a la Administración con ocasión de la obtención de la Licencia.

En tercer lugar, la notificante argumenta que la **operación no plantea problemas de competencia**. Los argumentos que utiliza son: que la cuota de mercado de IBERBANDA es inferior al 1% en la mayoría de los mercados afectados por la operación y que no existen ventajas derivadas de la adquisición de una tecnología de acceso alternativa, al contrario, el acceso por TELEFÓNICA a la tecnología LMDS tendrá efectos pro-competitivos en el mercado ya que el despliegue de infraestructura a costa de TELEFÓNICA será "catalizadora" de la oferta de servicios de los operadores alternativos. Se intensifica la presión competitiva sobre los proveedores alternativos a la vez que sobre la misma TELEFÓNICA e IBERBANDA para que inviertan e innoven en zonas rurales.

Por otra parte, otros operadores tienen acceso a la tecnología LMDS y existen tecnologías alternativas que compiten con el LMDS en zonas rurales y suburbanas como el GPRS (tecnología digital de telefonía móvil), el satélite o el HSDPA.

Además, insiste en que no es necesario tener desplegada red propia para acudir y resultar adjudicatario de concursos y en el hecho de que las Administraciones Públicas gozan de un gran poder negociador, en relación con los concursos de despliegue de redes y/o de redes corporativas que se están llevando a cabo en las áreas suburbanas y rurales.

En cuarto lugar, la notificante alega que la **operación genera eficiencias**. Primero, porque la operación notificada permitirá la supervivencia del negocio de IBERBANDA y, con ello, posibilitará que los clientes actuales de IBERBANDA en zonas rurales no se vean privados de servicios de banda ancha. Pero también porque la operación de concentración genera eficiencias empresariales. Las partes han analizado las eficiencias en inversiones (CAPEX) y costes de operación (OPEX) derivadas de la operativa conjunta de red y, posteriormente, el impacto de ofrecer un "mix tecnológico eficiente", cuantificando la totalidad de las eficiencias citadas entre (CONFIDENCIAL). Este "mix tecnológico eficiente" no daría lugar, sin embargo, a una ventaja competitiva para TELEFÓNICA no replicable por sus competidores, dadas las obligaciones regulatorias de acceso a las que está sometida esta empresa.

La operación de concentración propuesta permitirá también una mejora en el servicio universal de TELEFÓNICA en beneficio de los usuarios y fomenta el progreso técnico y económico, ya que TELEFÓNICA va a acometer una

inversión que irá en parte destinada a actualizar y adaptar tecnológicamente los equipos de IBERBANDA.

Estas eficiencias tendrían beneficios para el consumidor. Así, entre otros, los clientes actuales de IBERBANDA no se verán privados de servicios de banda ancha; se evitarán retrasos en el desarrollo de la banda ancha en zonas rurales en beneficio de los clientes; se introducirán nuevos productos y servicios para los clientes situados en zonas rurales; el servicio universal a prestar por TELEFÓNICA en zonas rurales se gestionará de una forma más eficiente, todo lo cual tendrá una repercusión en el consumidor.

En quinto lugar, la notificante realiza una serie de **comentarios a las alegaciones** realizadas por terceros operadores y a determinadas observaciones realizadas por el SDC. Entre ellas, destacamos las siguientes: las alegaciones vertidas por los operadores de LMDS en el sentido de que la adquisición por TELEFÓNICA de IBERBANDA podría hacer desaparecer el negocio LMDS carecen de credibilidad, cuando IBERBANDA es el único operador activo en el negocio y el único que cumple con los compromisos asumidos en su licencia. Considera que tampoco debe alegarse que TESAU haya o no abusado de su posición de dominio. Es irrelevante el hecho de que la empresa adquirente haya o no cometido abusos de posición de dominio en el pasado, ya que el análisis de una operación de concentración debe ser un análisis prospectivo. Pero tampoco, la mera probabilidad, no evidenciada, de que TELEFÓNICA cometiera abusos en el futuro podría en ningún caso justificar la prohibición o la sujeción a condición de la operación de referencia.

Tampoco está de acuerdo la notificante con los operadores que alegan que se elimina a un competidor potencial como consecuencia de la operación, ya que si TELEFÓNICA no adquiere a IBERBANDA (CONFIDENCIAL). En cuanto a si la operación puede limitar la competencia en telefonía móvil, la notificante señala que la presencia de fuertes operadores de telefonía móvil impide que la operación limite el desarrollo de la competencia en el negocio de comunicaciones electrónicas móviles de tercera generación.

En definitiva, considera que la operación no refuerza la posición de dominio de TELEFÓNICA, puesto que no le otorga ninguna ventaja competitiva ya que los demás operadores tienen acceso a la tecnología LMDS y existen tecnologías alternativas (satélite, GPRS, HSDPA) para acceder a los clientes a los que accederá TELEFÓNICA con la tecnología LMDS.

Por otro lado, la operación tampoco pone a TELEFÓNICA en una situación ventajosa con respecto a Wimax, ya que, en teoría, se convocará el preceptivo concurso al que podrán concurrir todos los operadores

interesados, y existe incertidumbre en cuanto al futuro de la tecnología Wimax.

Por último, la notificante señala que, la operación no da lugar a barreras de entrada derivadas del acceso por TESAU a la tecnología LMDS ya que hay operadores que ya tienen acceso a esta tecnología y terceros operadores pueden y podrían también utilizarla mediante la celebración de acuerdos, y en cualquier caso, cualquier barrera de entrada vendría superada por la obligación de acceso a la que está sometido el Grupo TELEFÓNICA en el marco de la Oferta del Bucle de Abonado, lo que garantiza la existencia de competencia en el mercado minorista.

### **1.3. Alegaciones de NEO-SKY 2002 S.A. (NEO-SKY)**

En sus escritos de alegaciones enviados al Tribunal, así como en los enviados previamente al Servicio y que forman parte del expediente, NEO-SKY considera que la operación tendría una incidencia negativa en el sector de las telecomunicaciones y, en particular, en el de las comunicaciones electrónicas y el acceso a Internet por banda ancha.

En primer lugar, NEO-SKY considera imprecisos o erróneos determinados datos o comentarios contenidos en la notificación. En particular, la referencia a que NEO-SKY no es competidor real de IBERBANDA; el hecho de que la tecnología Wimax no haya sido tenida en cuenta por parte de TESAU; la referencia a que nadie, excepto IBERBANDA, está activo en el cambio tecnológico producido en LMDS; la referencia a que IBERBANDA es el único operador que en la actualidad está cumpliendo con sus compromisos de despliegue asumidos frente a la Administración; la referencia a que TESAU es el único operador con incentivos, capacidad y medios financieros y técnicos suficientes para adquirir el negocio de IBERBANDA, así como la referencia a que la operación redundaría en una mejora de las condiciones de prestación del servicio universal.

A continuación NEO-SKY analiza los informes del SDC, de la CMT y de la DGTTI. NEO-SKY valora positivamente el informe del SDC ya que: “centra su análisis en aquellos aspectos que, de verdad, podrían justificar la operación y que son los que tendrían incidencia negativa en el mantenimiento de la competencia efectiva en el sector”.

En concreto, en el apartado de valoración de la operación, el Informe del SDC, después de señalar que no supone un refuerzo de la cuota de TELEFÓNICA, hace especial hincapié en el hecho de que la misma sí le permite “...acceder a un segmento del mercado de las comunicaciones electrónicas con un importante potencial de crecimiento y de innovación tecnológica ...” .

Y concluye afirmando categóricamente que “....desde un punto de vista dinámico, la operación pone en manos de TESAU el control sobre un operador de redes de acceso inalámbrico puntero en tecnología LMDS en España, con proyectos piloto para la futura aplicación del estándar WIMAX”.

En cuanto al informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), NEO-SKY no comparte ni la perspectiva desde la que aborda el análisis de la operación ni las conclusiones del mismo, llamándole especialmente la atención el hecho de que la CMT se limite a realizar un análisis estático de los mercados. Critica también el argumento de la CMT de que la operación de concentración tendría efectos procompetitivos también en el mercado de móviles (UMTS), tratándose de un mercado distinto del relevante.

En relación con la nota de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, (DGTTI), NEO-SKY observa que contiene conclusiones divergentes e incompatibles con el informe de la CMT. Cuando la DGTTI señala que: “este mercado no parece presentar especiales problemas desde el punto de vista de la competencia”, NEO-SKY considera que: “Evidentemente, eso será antes de la operación, pues en caso de que ésta sea autorizada, no es que no existan problemas de competencia, es que la misma literalmente desaparece”. NEO-SKY rebate también la afirmación de la DGTTI de que la operación tiene efectos positivos para la prestación del servicio universal alegando que TELEFÓNICA ya dispone de las frecuencias LMDS que necesita para cubrir sus necesidades.

En segundo lugar, NEO-SKY realiza una serie de consideraciones generales sobre la operación. En concreto, se centra en los siguientes aspectos:

1) Ventajas de la tecnología LMDS para proporcionar la conexión entre el domicilio del cliente y el punto más cercano de las redes públicas de telecomunicaciones.

La tecnología LMDS presenta una serie de ventajas: alta capacidad de transmisión, despliegue e instalación muy rápidos, simplicidad y abaratamiento de las tareas de mantenimiento en comparación con las tecnologías que usan el cable, como el ADSL. Además, estos sistemas pueden ser ampliados muy fácilmente gracias a su naturaleza modular. Pero NEO-SKY considera que la principal ventaja del LMDS es que las frecuencias LMDS son un recurso imprescindible para el desarrollo de nuevas tecnologías de acceso de banda ancha como el Wireless Fidelity (WIFI) o el Worldwide Interoperability for Microwave Access (WIMAX).

La tecnología LMDS permite a los usuarios acceder de forma independiente a la red de TELEFÓNICA a servicios de acceso a Internet en banda ancha, así como a servicios de telefonía.

Pese a esas ventajas, la situación de los operadores LMDS ha sido precaria desde su nacimiento por las condiciones del mercado de las telecomunicaciones y por el aumento de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico del ejercicio 2001, que aumentó en un 1300% los costes por el uso de las frecuencias asignadas.

## 2) Mercado Relevante

El mercado relevante es, a juicio de NEO-SKY, el mercado minorista de servicios de acceso a Internet en banda ancha (velocidades de acceso superiores hoy en día a los 512 kbit/s) y el mercado mayorista conexo al primero. En ambos mercados el Grupo TELEFÓNICA tiene posición de dominio.

El mercado mayorista queda conformado no sólo por los servicios mayoristas basados en el acceso al bucle de abonado del Grupo TELEFÓNICA, sino también por los servicios mayoristas que normalmente se autoprestan, con sus propias redes, los competidores que poseen red propia (LMDS y cable) para conformar sus ofertas de banda ancha.

Por tanto, al estudiar la posición de dominio del Grupo TELEFÓNICA en dicho mercado mayorista, habrá que estudiar no sólo las actuaciones restrictivas de acceso de dicho Grupo sobre su bucle, sino los comportamientos restrictivos en el resto de servicios mayoristas, esto es, en las acciones de control de TESAU de otras redes de acceso independientes. Dada la situación monopolística, heredada, del Grupo TELEFÓNICA en la red de acceso telefónico, y debido a que la tecnología xDSL se presta sobre dicha red, TELEFÓNICA ha partido con una ventaja muy amplia (es prácticamente imposible replicar a corto o medio plazo la capilaridad de la red TELEFÓNICA) en el desarrollo del mercado de la banda ancha y, por tanto, se ha convertido en el operador con peso significativo de dicho mercado.

La red TELEFÓNICA constituye la principal barrera de entrada para los competidores<sup>2</sup> no titulares de la misma. Ejemplo de esto son las múltiples denuncias contra TESAU recibidas en la CMT por obstaculizar el desarrollo de la libre competencia en este mercado conexo mayorista, así como las

---

<sup>2</sup>A modo de ejemplo, la red de acceso telefónico de British Telecom en el Reino Unido fue segregada de dicha compañía por OFTEL (regulador británico) para ofrecer condiciones no discriminatorias de acceso a nivel mayorista en el mercado de banda ancha.

continuas ofertas en el mercado minorista que han sido paralizadas por la CMT al ser imposible que fueran replicadas económicamente por los competidores.

### 3) Interés de TELEFÓNICA en adquirir la tecnología Wimax.

NEO-SKY considera que el verdadero motivo que rige la operación analizada, no es sino el acceso por parte de TESAU a unas frecuencias que no fueron otorgadas en su día y que se tornan como activo estratégico de cara a la utilización de la tecnología Wimax, que es disruptiva y, en cualquier caso, muy superior al ADSL.

Por tanto, de las tres ofertas tecnológicas (xDSL, cable y LMDS/WIMAX), TESAU pasaría a controlar la primera y la tercera, reforzando así su posición de dominio cuantitativa y cualitativamente, es decir, a nivel de cuota de mercado y de tecnologías de banda ancha contratadas.

El cable y el LMDS/WIMAX son las únicas tecnologías, a día de hoy, que garantizan la libre competencia y una independencia total de TELEFÓNICA como operador con peso significativo en el mercado, ya que no se utiliza la red de éste para llegar hasta el cliente final (“última milla” o bucle de abonado). Esto permite diferenciarse no sólo por precio sino también por costes y prestaciones diferentes que posibilita una tecnología distinta de la xDSL.

En este sentido, NEO-SKY considera fundamental que se vele por la permanencia de la variedad tecnológica que dicte el libre mercado y que se impida que el operador dominante controle una tecnología alternativa que antes sí permitía competir a otros agentes sin utilizar los servicios mayoristas del operador dominante. En caso contrario, TESAU podría ahogar el nacimiento de este mercado antes de que llegue a suponer una amenaza competitiva a su mercado xDSL.

Hasta la fecha, la competencia se ha centrado en una tecnología, que es la que más rápidamente ha crecido, el xDSL, pero existen amenazas tecnológicas que podrían desplazar rápidamente la tecnología anterior y cambiar el foco competitivo a dichas nuevas tecnologías.

NEO-SKY considera que: “si el Grupo TELEFÓNICA pasara a controlar un operador que compite con esta tecnología, estaría tentado a ofertar productos LMDS a unos precios subvencionados tales que hicieran inviable la competencia de los operadores LMDS alternativos, expulsándolos del mercado y eliminando toda posibilidad de desarrollar el mercado con esta tecnología independiente de acceso, y preservando así los flujos monetarios

actuales y futuros de su negocio basado en la tecnología xDSL. Esta posibilidad de actuación se maximiza cuando el LMDS utiliza las mismas bandas de frecuencias que los nuevos estándares WIMAX, que tecnológicamente no son ya mejores que el xDSL, como ocurre con el LMDS, sino que SON DISRUPTIVOS, es decir, de unas prestaciones tan superiores que suponen una seria amenaza tecnológica sustitutiva de la tecnología xDSL, y que podría hacer peligrar el negocio del Grupo TELEFÓNICA ya que ésta no es licenciataria de estas frecuencias, como ya se ha incidido”.

A largo plazo, para que exista una competencia duradera en el mercado minorista, es necesario preservar la competencia que existe y que aparezca en el futuro basada en la existencia de operadores con infraestructura propia suficiente que les permita el control físico de los accesos hasta los terminales de los clientes, tales como redes de operadores LMDS, WIMAX, de cable, redes basadas en el acceso desagregado, accesos mediante fibra óptica, los cables eléctricos (PLC), las redes inalámbricas, etc. Esto redundará en que dichos operadores alternativos, al disponer de control sobre la infraestructura puedan obtener un mayor control sobre los costes y la realización de ofertas más personalizadas, que ofrecen al operador la posibilidad de segmentar mejor el mercado objetivo y captar nuevos clientes.

#### 4) Efectos de la operación de concentración

Dadas la elevada cuota del grupo TELEFÓNICA y las reducidas cuotas de mercado del conjunto de los operadores de LMDS, el efecto más pernicioso no es el incremento relativo de cuota de mercado, sino el control de facto por parte del Grupo TELEFÓNICA de una tecnología alternativa que permite a otros operadores competir sin participar en el mercado mayorista de desagregación del bucle de TELEFÓNICA y que tantos problemas ha conllevado y conlleva en la actualidad por el abuso del citado Grupo de su posición de dominio.

NEO-SKY considera que la amenaza tecnológica y el potencial de pérdida de cuota de mercado es muy alto gracias a esta nueva tecnología, lo que haría que TESAU intentara defender sus inversiones en xDSL restringiendo la competencia en esta nueva tecnología expulsando a los agentes potenciales que son licenciataria de las frecuencias LMDS (al no haber desarrollado aún las economías de escala y alcance necesarias para competir contra su misma tecnología a unos precios que impidieran el retorno de sus inversiones en bucle vía radio) y controlando de facto a uno de ellos mediante la operación de concentración.

Ante incrementos sostenidos del precio en el mercado relevante en la tecnología xDSL donde TESAU posee la cuota de mercado mayoritaria, otros

agentes se verían imposibilitados para entrar a competir con tecnología WIMAX por poder presentar TESAU ofertas de iguales prestaciones pero con precios inferiores a los mínimos que los operadores WIMAX potenciales podrían ofrecer.

En cuanto al propio mercado xDSL, NEO-SKY recuerda que el mercado mayorista que utilizan el resto de operadores que alquilan el bucle, está restringido a muy pocas ubicaciones geográficas, aunque se trate de zonas urbanas de alta densidad, y que los procedimientos operativos y la resolución de conflictos resultan extremadamente lentos para que pueda afirmarse que este mercado mayorista se desarrolla en libre competencia. Por tanto, desde este punto de vista, ante incrementos de precios sostenidos en el mercado relevante, tampoco podrían entrar a competir nuevos operadores mediante el alquiler del bucle de TELEFÓNICA.

#### 5) Barreras de entrada

Serían altísimas, a juicio de NEO-SKY, al desaparecer la variedad de oferta tecnológica independiente de la del alquiler del bucle de TELEFÓNICA o al estar controlada por TESAU. En este sentido, recuerda que la CMT y el propio Tribunal han tenido que intervenir en numerosas ocasiones en que TELEFÓNICA ha intentado crear barreras de entrada a los nuevos competidores.

En síntesis, NEO-SKY considera que la operación de concentración debería prohibirse dado que la misma refuerza la posición de dominio de TESAU en el mercado relevante, en el que la competencia ya se halla debilitada y permite a TESAU adquirir una tecnología de acceso que hasta la fecha nunca ha podido obtener<sup>3</sup> y que se perfila vital para la nueva era de Internet a través de la tecnología WIMAX.

#### **1.4. Alegaciones de BANDA ANCHA, S. A. (BANDA ANCHA)**

BANDA ANCHA solicita que las autoridades de defensa de la competencia se opongan decididamente a la operación notificada ya que supondrá la creación o el reforzamiento de una posición de dominio y dificultará el desarrollo de la competencia en el mercado relevante.

Considera que el mercado relevante, según el criterio de la CMT, basado en las Directrices sobre Análisis del Mercado y Evaluación del peso significativo

---

<sup>3</sup> Según Neo-Sky, Telefónica ha solicitado en reiteradas ocasiones al Ministerio los 20+20 MHz que están aún sin asignar en la banda de 3,5 GHz, alegando siempre que los necesitaba para la prestación del Servicio Universal. El Ministerio nunca otorgó a Telefónica dichas frecuencias para la prestación de dicho Servicio. Actualmente, se están usando frecuencias de Neo-Sky e IBERBANDA para la prestación de este servicio universal.

en el Mercado, publicadas por la Comisión Europea el 11 de julio de 2002, es aquél en el que se lleva a cabo la prestación a los usuarios finales de servicios de acceso a redes de comunicaciones electrónicas –principalmente a Internet- mediante soluciones de banda ancha.

BANDA ANCHA señala que la CMT ha declarado que TELEFÓNICA ostenta una posición dominante en dicho mercado<sup>4</sup>: “el Grupo TELEFÓNICA ostenta una posición dominante en el mercado de referencia de los servicios de acceso a redes de comunicaciones electrónicas mediante soluciones de banda ancha prestados a los usuarios finales, en la medida en que ostenta una posición de dominio en el mercado mayorista ascendente que se traslada al mercado minorista en virtud de la íntima conexión existente entre los mercados mayoristas y minoristas de prestación de tal servicio de acceso, en particular sobre la solución tecnológica ADSL”.

Esta posición de dominio de TELEFÓNICA en el mercado relevante es además superior a la que tenía en el ejercicio 2002. Según el Informe Anual de 2004 de la CMT, la cuota de mercado de TELEFÓNICA por ingresos en el mercado de acceso a redes de comunicaciones electrónicas, principalmente a Internet, mediante soluciones de banda ancha ha pasado del 62,21% en 2002 al 62,35% en 2004. Esta situación se verá además agravada, según BANDA ANCHA, con la introducción de IMAGENIO, que proporciona el acceso doméstico a servicios de Internet de banda ancha (a través de ADSL), telefonía y televisión de pago.

En sus escritos de alegaciones ante el Tribunal, BANDA ANCHA, trae a colación varias resoluciones del Tribunal en que éste pone de manifiesto la existencia de posición de dominio por parte de TELEFÓNICA en el mercado relevante<sup>5</sup>.

BANDA ANCHA considera que la situación de indudable dominio del grupo TELEFÓNICA en el mercado relevante se ve agravada, aún más si cabe, por la necesidad que tienen el resto de operadores, incluida BANDA ANCHA, de acceder a las instalaciones esenciales de TELEFÓNICA para poder prestar sus servicios de telecomunicaciones. El Tribunal, en el expediente Astel/TELEFÓNICA, reconocía el carácter de TELEFÓNICA de operador de acceso en diferentes mercados y entre ellos en el del servicio ADSL y servicio de instalación y mantenimiento de líneas RDSI y/o ADSL.

---

<sup>4</sup> Resolución de la CMT de 19 de septiembre de 2002 sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia en la comercialización de servicios ADSL minoristas.

<sup>5</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de abril de 2002 en el Expediente 518/01 Internautas/Telefónica; Resolución del TDC de 1 de abril de 2004 en el Expediente 557/2003 Astel/Telefónica.

La situación de dominio de TELEFÓNICA en el mercado relevante viene acompañada a juicio de BANDA ANCHA, de numerosos y constantes abusos en dicho mercado. Entre ellos destaca los abusos relacionados con las líneas de transmisión que los operadores de telecomunicaciones, como BANDA ANCHA, utilizan para conectar sus estaciones base y prestar el acceso de alta velocidad a Internet, lo que ha obligado, en alguna ocasión, a la intervención de la CMT<sup>6</sup>.

Con independencia de las consideraciones realizadas sobre la posición de dominio de TESAU, BANDA ANCHA considera que para que se declare improcedente una operación de concentración no es necesario que se refuerce una posición de dominio, sino que basta con que la misma suponga un obstáculo para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado (art. 17 LDC). BANDA ANCHA, cita algunas resoluciones del Tribunal<sup>7</sup>, en que éste siguió el criterio del obstáculo significativo: “La función de los órganos de Defensa de la Competencia en materia de concentraciones económicas consiste en prevenir aquellos cambios estructurales que afecten significativamente a una competencia efectiva en los mercados”.

BANDA ANCHA estima, que dicho cambio estructural se produce en la operación de referencia, con independencia de que las cuotas de mercado sean muy reducidas.

Por otra parte, BANDA ANCHA estima que la operación de concentración origina las siguientes sinergias entre TELEFÓNICA e IBERBANDA, que refuerzan la posición de dominio de TELEFÓNICA en el mercado relevante y su control sobre las instalaciones esenciales para la prestación de servicios de acceso a Internet:

\* **Compartición de infraestructuras:** una gran parte de los costes de los operadores de la tecnología LMDS están asociados a las prospecciones, adecuaciones y rentas mensuales de los emplazamientos. Si se lleva a cabo la operación, TELEFÓNICA podría poner a disposición de IBERBANDA un número significativo de emplazamientos en los cuales el coste marginal de añadir estaciones base para la tecnología LMDS sería próximo a cero euros, ofreciendo una ventaja insuperable para el resto de los operadores.

\* **Transmisión:** El coste marginal del tráfico entre las estaciones de IBERBANDA y TELEFÓNICA sería prácticamente de cero euros, y este coste es el segundo, después de infraestructuras, para los operadores LMDS.

---

<sup>6</sup> Resolución de la CMT de 27 de noviembre de 2003 en el Expediente DT 2003/1416

<sup>7</sup> C 76/02 ENDESA/HIDROFLAMICELL; C79/03 /DIA/ARBOL y C78/03 LEROY MERLIN/BRICO.

\* Negociación con suministradores: La operación notificada incrementaría sustancialmente la presión sobre los suministradores de equipos de telecomunicaciones.

Por último, BANDA ANCHA considera que en la operación de referencia no puede aplicarse la teoría de la empresa en crisis, que se emplea en la notificación, aunque sin citarla expresamente, ya que no se cumplen las condiciones acumulativas necesarias para su aplicación.

En definitiva, para BANDA ANCHA la operación de concentración representa la culminación de una estrategia defensiva mediante la cual TESAU llegaría a controlar no sólo la principal red de acceso al cliente final de servicios de telefonía e Internet de alta velocidad, sino la red de acceso alternativo con mayores expectativas de crecimiento y de competencia potencial. La entrada de TELEFÓNICA en un mercado inmaduro supone un cambio trascendental, en el preciso momento en que se prepara para la entrada, desarrollo y eclosión competitiva de la tecnología Wimax, cuya onda expansiva acabará afectando (bien por efecto del abandono de la tecnología Wimax una vez controlado el mercado o alternativamente, por el desarrollo de dicha tecnología de forma complementaria al negocio UMTS de TELEFÓNICA) al incipiente mercado UMTS (inmerso en la introducción de nuevos servicios de banda ancha similares a los de Wimax, aunque con mayor coste). No es casualidad que, de entre los tres operadores, TESAU pretenda adquirir IBERBANDA, que en la misma notificación se describe como: “el primer operador en España que ha acordado con la compañía INTEL adoptar infraestructura para ofrecer servicios Wimax”.

La tecnología Wimax pondrá en evidencia las carencias de acceso a Internet de TESAU y dará un impulso competitivo trascendental a los demás operadores.

### **1.5. Alegaciones de TELECABLE DE ASTURIAS S.A.U. (TELECABLE)**

La empresa TELECABLE considera que con esta operación de concentración se produce una transmisión indirecta a TELEFÓNICA del título habilitante otorgado por el Ministerio de Fomento a IBERBANDA, lo que supone una barrera de entrada para el resto de operadores del mercado y vulnera los principios básicos que instaron las resoluciones de adjudicación de las licencias.

TELEFÓNICA dispondría de una licencia y una empresa que le permitiría cumplir sus obligaciones de servicio público como Operador Dominante, sin necesidad de comprometer nuevas inversiones, beneficiándose de las ayudas

otorgadas por la Administración para la sustitución de la Telefonía Rural de Acceso Celular (TRAC) y la extensión de las redes de banda ancha a zonas poco pobladas. En opinión de TELECABLE, TELEFÓNICA adquiriría una licencia que sólo tienen tres operadores en el mercado, impidiendo que cualquier otro operador pueda hacer uso de las mismas.

Si TELECABLE pudiese prestar servicios inalámbricos a sus clientes, incrementaría la base de clientes de manera muy significativa y podría construir redes de acceso a las redes de banda ancha a distintas poblaciones de escasa concentración de habitantes a costes más reducidos que mediante la fibra óptica. Sin embargo, para la prestación de esos servicios se requiere de una banda de frecuencias.

La operación tendría consecuencias negativas también en el futuro inmediato, ya que TELEFÓNICA podría prestar servicios a través de las nuevas tecnologías inalámbricas como Wi-fi o Wimax, que el resto de operadores no podrá ofrecer.

En caso de que la operación se aprobase TELECABLE recomienda el establecimiento y fijación de las condiciones de apertura de uso del espacio radioeléctrico al resto de operadores mediante los mecanismos regulatorios oportunos.

#### **1.6. Alegaciones de la AGRUPACIÓN DE OPERADORES DE CABLE A.I.E. (AOC)**

La AOC está integrada por EUSKALTEL, S.A., R. CABLE y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., R. CABLE y TELECOMUNICACIONES CORUÑA, S.A. y TELECABLE DE ASTURIAS S.A.

En su escrito de alegaciones, la AOC considera que TELEFÓNICA disfruta de una clara posición dominante en el mercado de acceso directo de telefonía fija, en el de servicios minoristas de acceso a banda ancha y en el de servicios mayoristas de interconexión a redes fijas. Con la presente operación, TELEFÓNICA refuerza claramente dicha posición mediante una tecnología de acceso que está en expansión. La AOC estima que la cuestión principal no es que en estos momentos el número de clientes de banda ancha en esta tecnología no sea muy elevado.

La AOC considera que deben analizarse en profundidad las barreras de entrada en el mercado de los servicios sobre redes públicas de acceso radio, dado que la utilización del dominio público radioeléctrico requiere de una concesión administrativa. La adquisición por parte de TESAU del 45% de las

acciones de IBERBANDA, que obtuvo frecuencias en la banda 3,5 GHZ mediante concurso público, afecta directamente a los operadores que deseen prestar servicios basándose en esa tecnología y, en concreto, a los operadores de televisión por cable integrantes de la AOC. Por ello, estima que la operación únicamente debería ser aprobada en el supuesto de quedar sujeta a una condición que obligara a TELEFÓNICA a permitir el acceso a la red LMDS mediante la adopción de una Oferta de Interconexión de Referencia, o mediante una obligación de dar acceso en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

### **1.7. Alegaciones de COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.(COLT)**

COLT considera que la operación tiene efectos negativos para la competencia al dotar a TESAU de una tecnología que no poseía, así como por existir solapamientos en los mercados de acceso desde redes fijas, en el mercado de acceso a Internet de banda ancha (mercado clave para la prestación de otros servicios como voz sobre IP, que puede sustituir algunos servicios tradicionales como la telefonía tradicional) o el mercado de líneas alquiladas. Por todo ello, solicita que el Tribunal proponga la prohibición de la operación.

En su escrito de alegaciones ante el Tribunal, COLT considera que TESAU es un operador integrado verticalmente que disfruta de una posición de dominio en cada uno de los mercados del sector de las telecomunicaciones. Por su parte, IBERBANDA, pese a no tener una cuota de mercado significativa en el mercado de acceso a Internet de banda ancha ni en telefonía fija, es un operador de acceso directo (red propia de conexión con el usuario) a través de tecnologías radio. Como consecuencia de su acceso a los usuarios mediante una red propia, la CMT ha considerado que IBERBANDA es un operador con peso significativo en el mercado de terminación de llamadas en redes fijas<sup>8</sup>. La conexión o acceso directo al bucle de abonado, lo que se ha denominado la última milla, tiene gran importancia ya que determina la independencia respecto a otros operadores, en especial TELEFÓNICA. TELEFÓNICA disfruta de una cuota de mercado de acceso por ingresos del 87,4%, que utiliza para extender su posición de dominio a otros mercados conexos, como pueden ser el mercado de los servicios de telefonía fija, banda ancha y posiblemente en el futuro el mercado de servicios de voz sobre Internet (Voz IP).

COLT considera que se producen solapamientos en los mercados de acceso directo desde redes fijas y en el mercado de banda ancha, mercados claves a la hora de prestar los servicios integrados que los usuarios demandan actualmente, así como en el mercado de alquiler de circuitos.

---

<sup>8</sup> Consulta pública sobre el mercado de terminación de llamadas en redes fijas: Expediente AEM 2005/1199

La posible utilización por parte de TESAUIBERBANDA del espectro radioeléctrico tendrá consecuencias muy negativas para sus competidores.

### **1.8. Alegaciones de VODAFONE ESPAÑA, S.A. (VODAFONE)**

VODAFONE considera que el mercado a considerar en la presente operación es el mercado nacional de servicios de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, VODAFONE señala que la banda de frecuencias de 3,4 a 3,6 GHz está adquiriendo en los últimos años una dimensión más amplia que la existente en el año 2000 en que IBERBANDA obtuvo su correspondiente licencia, de forma que presenta un importante potencial para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas diferentes de los servicios de telefonía fija y de acceso fijo a Internet a las que dicha banda estaba inicialmente restringida gracias al desarrollo de la tecnología WIMAX (Worldwide Interoperability for Microwave Access). La tecnología Wimax permitirá, en definitiva, el despliegue de redes alternativas a las actuales redes de comunicaciones fijas y móviles. En consecuencia, la entidad que disponga de frecuencias en la banda de 3,5 GHz podrá prestar servicios fijos, móviles y nómadas, entendiendo éstos como aquellos servicios a los que se puede acceder desde distintas ubicaciones fijas.

El acceso por parte de TELEFÓNICA a una tecnología de la que no dispone en la actualidad reforzará su posición de dominio en el mercado nacional de servicios de comunicaciones electrónicas. En la actualidad compiten tres empresas: Vodafone, Amena y TELEFÓNICA Móviles, en la prestación de servicios de comunicaciones móviles de tercera generación. El acceso por parte de TELEFÓNICA a la tecnología LMDS supondrá una ventaja competitiva muy importante ya que podría ofrecer servicios complementarios a los servicios UMTS (competencia de la tecnología Wimax).

A modo de conclusión, VODAFONE solicita que, en caso de aprobarse la operación, ésta se subordine a la imposición de condiciones que garanticen el acceso de Vodafone a los servicios complementarios o alternativos a los servicios UMTS que, en el futuro, TESAUIBERBANDA pudiera desarrollar comercialmente sobre la banda de 3,5 GHz.

### **1.9. Alegaciones de JAZZ TELECOM, S.A.U.(JAZZTEL)**

En su escrito de alegaciones ante el Tribunal JAZZTEL estima que el mercado de referencia es el mercado minorista de servicios de acceso a Internet de banda ancha en todo el territorio nacional español en el que TELEFÓNICA ostenta una posición dominante. Alega JAZZTEL que la situación de dominio del grupo TELEFÓNICA en el mercado relevante se ve

agravada aún más si cabe por la necesidad que tienen el resto de operadores, incluida la propia JAZZTEL, de acceder a las instalaciones esenciales de TELEFÓNICA para poder prestar sus servicios de telecomunicaciones.

JAZZTEL considera que la operación de referencia tendría un impacto muy negativo en la competencia existente en el sector de las telecomunicaciones en general, y en el del acceso a redes de comunicaciones a Internet mediante soluciones de banda ancha en particular. Señala que la competencia en estos mercados ya se encuentra muy deteriorada por los constantes abusos de posición de dominio realizados por parte de TELEFÓNICA, no sólo en mercados vecinos al relevante (como ha quedado acreditado por las Resoluciones del Tribunal en los Expedientes Astel/TELEFÓNICA, MOB/TELEFÓNICA, Retevisión/TELEFÓNICA y Airtel/TELEFÓNICA) sino en el mismo mercado de acceso. En este sentido, JAZZTEL desea dejar constancia que de los treinta y cuatro conflictos de acceso presentados ante la CMT, veinte son relativos a las dificultades por parte de JAZZTEL de ofrecer servicio minorista de banda ancha a los usuarios finales.

En algunas de las Resoluciones de los conflictos mencionados la CMT ha señalado lo siguiente:

“(...) de las alegaciones realizadas por las partes se deducen serios indicios de incumplimiento por parte de TESAU de su oferta de referencia de acceso al bucle en una alta proporción de los casos<sup>9</sup>”.

“(...) Resulta claro que no puede hablarse de retrasos puntuales y aislados, sino de un incumplimiento generalizado de plazos de un servicio crucial de la OBA<sup>10</sup> (...)”.

Así como:

“(...) El efecto de una provisión de servicios OBA deficiente en plazos y volumen impediría el desarrollo de la necesaria competencia en el mercado del acceso en un momento particularmente clave, cuando se está produciendo una renovación tecnológica profunda<sup>11</sup> (...)”.

Además, TELEFÓNICA podría utilizar la tecnología LMDS de IBERBANDA para ofrecer servicios a los usuarios finales a los que no podría llegar mediante el despliegue de su red y a los que, por tanto, no podría llegar ningún otro operador alternativo que utilice la red de TELEFÓNICA para

---

<sup>9</sup> Resolución de la CMT DT 2005/628, de 14 de julio de 2005.

<sup>10</sup> Resolución de la CMT DT 2005/259, de 9 de junio de 2005.

<sup>11</sup> Resolución de la CMT DT 2005/346, de 9 de junio de 2005.

acceder a los bucles de abonado de los clientes. De esta forma, aumentaría su cuota de mercado.

JAZZTEL entiende que la operación de concentración produciría sinergias de compartición de infraestructuras, transmisión y negociación con suministradores entre TESAU e IBERBANDA que tendrían, sin embargo, efectos perjudiciales para el resto de operadores.

Por todo ello, insta a que el Tribunal se oponga decididamente a la operación de concentración.

#### **1.10. Alegaciones de la ASOCIACIÓN MULTISECTORIAL DE EMPRESAS ESPAÑOLAS DE ELECTRÓNICA Y COMUNICACIONES (ASIMELEC)**

ASIMELEC considera que la operación de concentración de referencia no plantea especial preocupación a sus empresas asociadas.

#### **1.11. Alegaciones de la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU)**

La OCU considera que no puede realizar ningún tipo de observaciones en el expediente de referencia por carecer de los elementos de juicio necesarios para emitir una opinión fundamentada sobre los posibles efectos de la operación notificada.

#### **1.12. Informe de la COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

El 14 de octubre de 2005, el Servicio de Defensa de la Competencia solicitó el preceptivo informe sobre la operación de referencia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT). Dicho informe fue remitido por el SDC al Tribunal el 16 de noviembre de 2005.

En su informe, la CMT recuerda que en su informe sobre los pliegos del concurso convocado por el Ministerio de Fomento en 1999<sup>12</sup> para la adjudicación de licencias de tipo C2 para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio en las bandas 26 y 3,4 a 3,6 GHz, proponía como motivo de inadmisión al concurso el hecho de ser operador dominante en la red de acceso fija.

---

<sup>12</sup> Orden de 7 de octubre de 1999 por la que se aprueba el pliego de cláusulas para la adjudicación de tres licencias individuales del tipo C2 para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio en la banda de 26 GHz y Orden de 7 de octubre de 1999 por la que se aprueba el pliego de cláusulas para la adjudicación de tres licencias individuales del tipo C2 para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio en la banda de 3,4 a 3,6 GHz.

Sin embargo, en contra de la opinión de la CMT, no se consideró dicho motivo de inadmisión, aunque sí se tomó ese dato en consideración entre los criterios de la adjudicación. Entre estos criterios, la Mesa de Contratación debía valorar positivamente que las ofertas ayudasen especialmente a conseguir el objetivo de tener medios alternativos a los de acceso ya existentes y al desarrollo del tejido tecnológico e industrial del sector de las telecomunicaciones. La CMT considera probable que esa fuera la razón por la que aunque TELEFÓNICA se presentó a los concursos no resultó adjudicataria de las licencias<sup>13</sup>.

Tras analizar la posición de las partes en los distintos mercados afectados por la operación, la CMT llega a la conclusión de que la operación 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.

Al contrario, la CMT considera que: “la adquisición de IBERBANDA por parte de TESAU tiene efectos procompetitivos ya que esta última aportaría los recursos financieros y la capacidad comercial necesaria para impulsar el desarrollo de las redes de acceso inalámbrico. Este hecho favorecería que las redes de acceso inalámbrico pudieran desempeñar un papel más relevante del que hasta ahora han desempeñado. En otras palabras, 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”.

Sin embargo, en su análisis sobre las restricciones accesorias a la operación, la CMT estima que:

- El compromiso de TELECOR y los socios de IBERBANDA de garantizar a TESAU un determinado volumen de mercado puede restringir de manera injustificada la demanda potencial de sus competidores.
- La cláusula por la que TESAU se convierte en operador preferente de PRISA, IECISA y OMEGA, podría tener efectos anticompetitivos debido a la capacidad fidelizadora de dicha cláusula y a la posición de liderazgo de TESAU.

---

<sup>13</sup> Orden de 8 de marzo de 2000 por la que se resuelve el concurso público convocado para la adjudicación de tres licencias individuales de tipo C2 para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio en la banda de 3,4 a 3,6 GHz.

### **1.13. Informe de la DIRECCIÓN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO (DGTTI)**

El 14 de octubre de 2005, el Servicio de Defensa de la Competencia solicitó informe sobre la operación notificada al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través de la DGTTI. Este informe fue evacuado con fecha 25 de octubre de 2005 y fue incorporado al expediente.

En su informe, la DGTTI considera que a la luz de la cuota de mercado de IBERBANDA, inferior al (CONFIDENCIAL) en los servicios de acceso minorista de banda ancha cabría suponer que las consecuencias de la operación de concentración fueran reducidas. Por otra parte, la prestación de servicios mediante tecnologías LMDS no parece presentar especiales problemas desde el punto de vista de la competencia, como lo pone de manifiesto el hecho de que no haya sido considerado en los análisis de mercados realizados por la CMT.

La toma de control de IBERBANDA por parte de TESAU pone a la última en mejores condiciones para afrontar las obligaciones de Servicio Universal y facilita el cumplimiento de sus compromisos en el contexto del Programa Nacional de Extensión del Acceso a la Banda Ancha en Zonas Rurales y Aisladas. Considera que ambas consecuencias suponen aspectos positivos de la operación para el conjunto de la sociedad. La operación no está sujeta a autorización alguna por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Aunque la DGTTI reconoce que la adquisición por parte de TELEFÓNICA de una tecnología de la que antes carecía y que presenta indudables ventajas (especialmente en zonas rurales y de difícil orografía) puede reforzar su actual posición de dominio en la provisión de dichos accesos, concluye que no existe aspecto alguno por el que la operación suscite especial preocupación.

## **2. APLICABILIDAD DE LA LEY 16/1989, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

La operación notificada no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 139/2004, del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, puesto que no se alcanzan los umbrales previstos en los apartados 2 y 3 de su artículo 1. Por tanto, la operación carece de dimensión comunitaria.

La operación notificada cumple los requisitos previstos por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, para su notificación, al superarse

el umbral establecido en el artículo 14.1 a) de la mencionada norma. 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 que se refiere al control de las concentraciones económicas.

### **3. EMPRESAS PARTICIPANTES EN LA OPERACIÓN**

Las empresas objeto de la concentración operan en el sector de las telecomunicaciones.

#### **3.1. Empresa adquirente: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU)**

TESAU es una sociedad filial de TELEFÓNICA S.A. (en adelante, TELEFÓNICA), sociedad que cotiza en diferentes mercados bursátiles.

Los accionistas de referencia de TELEFÓNICA, matriz del Grupo TELEFÓNICA, son: Chase Manhattan Nominees Ltd (10,028%), State Street Bank &Co (7,61%), Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (5,621%), La Caixa (5,37%) y Citibank (4,66%).

TELEFÓNICA tiene participaciones de diferente índole en un gran número de sociedades. Entre las de mayor relevancia para la operación de concentración de referencia destacan: TELEFÓNICA Móviles España, TELEFÓNICA Data España, TPI (servicio de directorio), Terra Lycos (portal de Internet), TELEFÓNICA Contenidos, Atento (servicios de atención a clientes) y Energía (provisión de servicios mayoristas de infraestructura de banda ancha internacional).

TESAU presta servicios de telefonía fija básica, servicios de acceso a Internet, mediante tecnología ADSL, acceso a redes de servicios de banda ancha, servicios de acceso desagregado, servicio de transmisión de datos, de alquiler y venta de equipos y terminales y servicios de valor añadido para sus clientes.

El volumen de ventas de TESAU en los últimos 3 ejercicios económicos es el siguiente:

<b>Cuadro nº 1</b>			
<b>VOLUMEN DE VENTAS DE TESAU. Millones de euros</b>			
	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>
España	(CONFIDENCIAL)	(CONFIDENCIAL)	(CONFIDENCIAL)
Unión Europea	(CONFIDENCIAL)	(CONFIDENCIAL)	(CONFIDENCIAL)
Mundial	28.411,3	28.399,8	30.321,9

*Fuente. Informe del SDC sobre la operación*

### **3.2. Empresa adquirida: IBERBANDA, S.A. (IBERBANDA)**

La empresa fue constituida el 3 de marzo de 1999 con la denominación social de FirstMark Communications Spain, S.L. En abril de 2000 adoptó la forma jurídica de S.A. y el 26 de septiembre de 2002 su nombre actual, después de perder a su socio tecnológico FirstMark.

Los accionistas de IBERBANDA son: PRISA (25,98%), Informática El Corte Inglés (IECISA 25,98%), Teléfonos de México, a través de SERCOTEL (17,83%), Omega Capital (8,80%), Caja Duero (7,03%), Ibercaja (4,40%), Caja San Fernando (4,40%), El Monte de Huelva y Sevilla (4,07%) y el Diario de Burgos (1,52%). Tras la entrada de TESAU en el capital de IBERBANDA el reparto accionarial previsible es el siguiente: TESAU (45%), Resto de los socios 55% (en principio con el siguiente reparto entre los mismos: PRISA (24,59%), IECISA (24,59%) y OMEGA (5,82%)).

IBERBANDA es un operador de servicios globales de comunicación en banda ancha que proporciona servicios de acceso a Internet de alta velocidad, transmisión de datos, telefonía y servicios de valor añadido en red, a través de las tecnologías de acceso al bucle local vía radio (Wireless Local Loop), radioenlace y fibra óptica.

Es titular de una Autorización General proveniente de la Licencia individual tipo C2, que obtuvo mediante concurso convocado por el Ministerio de Fomento, resuelto mediante Orden de 8 de marzo de 2000, de prestación del servicio de acceso vía radio en la banda de radiofrecuencias de 3,4 a 3,6 GHZ. Dicha licencia, cuya duración es de 20 años aunque puede ser prorrogada por otros 10 a petición del titular, lleva aparejada la concesión de dominio público radioeléctrico necesaria para la prestación del servicio. Dispone, por lo tanto de uno de los 6 títulos habilitantes<sup>14</sup> que se otorgaron para la utilización de la tecnología de acceso vía radio o LMDS (Local Multipoint Distribution System). Su infraestructura se despliega mediante

<sup>14</sup> Las otras empresas adjudicatarias de las licencias fueron: Broadnet, Banda 26, Abrared, SkyPoint (estas dos últimas empresas se fusionaron posteriormente dando lugar a Neo-Sky), Banda Ancha y FirstMark (Hoy Iberbanda).

estaciones base de comunicación y antenas receptoras situadas en las azoteas de los edificios.

Es el operador de acceso inalámbrico que mayor despliegue de red ha acometido. Según la información proporcionada por la propia empresa dispone de (CONFIDENCIAL) emplazamientos, de los cuales (CONFIDENCIAL) están ubicados en infraestructuras propiedad de TELEFÓNICA en régimen de coubicación. Una parte de las mismas corresponden a áreas urbanas 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.

Ha resultado adjudicataria de los servicios de telecomunicaciones de banda ancha rural en Cataluña y Andalucía, según Memoria de 2004, y en 2005 de contratos con la Comunidad Foral de Navarra y con la Junta de Castilla y León.

Las principales fuentes de ingresos de IBERBANDA son:

(CONFIDENCIAL)

IBERBANDA no presta servicios fuera de España. A continuación se recogen las cifras de ventas en los tres últimos ejercicios económicos:

<b>Cuadro nº 2</b>			
<b>VOLUMEN DE VENTAS DE IBERBANDA. Millones de euros</b>			
	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>
España	(CONFIDENCIAL)	(CONFIDENCIAL)	(CONFIDENCIAL)

*Fuente: Informe del SDC a partir de las Memorias Anuales*

#### **4. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN Y RESTRICCIONES ACCESORIAS**

##### **4.1. Descripción de la Operación**

La operación de concentración consiste en la adquisición por parte de TESAU del control exclusivo sobre IBERBANDA.

La operación de concentración se instrumenta en un contrato (en adelante, el Contrato) firmado el día (CONFIDENCIAL) por: las partes de la operación (TESAU e IBERBANDA), algunos accionistas de la adquirida que desean

permanecer en su capital (PRISA, IECISA y OMEGA) y, por último, TELECOR<sup>15</sup>.

El contrato establece los términos y condiciones de las distintas actuaciones que regirán la entrada de TESAU en el accionariado de IBERBANDA.<sup>16</sup> Entre otras:

\* El contrato prevé que los accionistas de IBERBANDA procederán a realizar una reestructuración de capital previa a la entrada de TESAU por la que el reparto accionarial de IBERBANDA quedará de la siguiente forma: PRISA: (CONFIDENCIAL), IECISA: (CONFIDENCIAL) y OMEGA CAPITAL: (CONFIDENCIAL). Posteriormente estos tres socios acordarán una ampliación de capital que se suscribirá íntegramente por TESAU, de forma que TESAU tendría el 45% de su capital social y el control de la sociedad.

\* Aprobación de un nuevo modelo de negocio: IBERBANDA centrará fundamentalmente su actividad futura (CONFIDENCIAL).

\* Establecimiento de un Nuevo Marco de Relaciones Comerciales entre los firmantes del Contrato. Este nuevo marco prevé que TESAU pasará a prestar los servicios de comunicaciones electrónicas que IBERBANDA venía suministrando a TELECOR, los socios y terceros clientes.

\* 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 (CONFIDENCIAL). TESAU dispondrá así de un 45% del capital resultante. Además, TESAU dispondrá de una opción de compra sobre otro (CONFIDENCIAL) del capital de IBERBANDA que podrá ser ejercitada durante (CONFIDENCIAL) años.

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 Competencia.

## 4.2. Restricciones Accesorias

El Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda resolvió el levantamiento parcial de la suspensión de la ejecución de la operación en lo relativo a la aplicación de las obligaciones contenidas en la

---

<sup>15</sup> Filial de IECISA (Grupo El Corte Inglés) y cliente de IBERBANDA.

<sup>16</sup> En el mismo se señala que la ejecución de la operación queda suspendida hasta la obtención de la autorización de las Autoridades de Competencia.

cláusula séptima del Contrato de (CONFIDENCIAL), relativa al periodo transitorio, una vez que las partes presentaron las garantías solicitadas por el SDC, con la excepción de la cláusula 7.2.2. que otorga a TESAU la condición de proveedor preferente para los socios durante dicho periodo transitorio.

Además, la notificante advierte de la existencia de determinados pactos que considera necesarios y directamente vinculados a la presente operación de concentración.

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.

Estos contratos han de analizarse siguiendo 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<sup>17</sup>.

4.2.1. Contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Estos contratos entrarán en vigor el mismo día en que TESAU entre en el accionariado de IBERBANDA.

a) Contrato entre TESAU, IBERBANDA y los accionistas de ésta - PRISA, IECISA y OMEGA- que permanezcan en su capital, mediante el cual TESAU suministrará a estos socios los servicios de comunicaciones electrónicas que les prestaba IBERBANDA. Tendrá una duración mínima de (CONFIDENCIAL) años prorrogables. Los socios deberán realizar los mejores esfuerzos para asegurar un determinado volumen de negocio anual mínimo a TESAU. Además, los socios otorgan a TESAU la condición de proveedor preferente, dando la opción a TESAU de igualar las condiciones ofrecidas por terceros, durante (CONFIDENCIAL) años.

b) Contrato entre TESAU, IBERBANDA y TELECOR. En virtud de dicho contrato TESAU pasará a suministrar a TELECOR los servicios que le prestaba IBERBANDA. Tendrá una duración mínima de (CONFIDENCIAL) años prorrogables, y TELECOR deberá hacer sus mejores esfuerzos para asegurar un determinado volumen de negocio anual mínimo.

---

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C56/03). DOCE 5 de marzo de 2005.

c) Contrato entre IBERBANDA y TESAU por el que ésta última pasará a prestar servicios a los terceros clientes de IBERBANDA si éstos dan su consentimiento.

La notificante considera que dichos pactos son necesarios por las razones siguientes:

\* El valor de IBERBANDA disminuiría sustancialmente si los socios o TELECOR terminasen sus contratos con la adquirida en un momento posterior a la ejecución de la operación.

\* La reestructuración del negocio (CONFIDENCIAL) y el desarrollo del nuevo plan de negocio de IBERBANDA son condiciones básicas para la entrada de TESAU en su capital. La notificante estima que el coste de este proceso se compensa parcialmente con los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas de la adquirida.

\* Estos contratos no contemplan exclusividad sino sólo la realización de los mejores esfuerzos para alcanzar tal volumen de negocios y son necesarios para que los socios y TELECOR garanticen la continuidad del suministro de los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por IBERBANDA, “cuya situación financiera hace dudar de su continuidad”.

El Tribunal debe evaluar los contratos mencionados teniendo en cuenta los principios generales de evaluación de restricciones accesorias presentes en la Comunicación de la Comisión y en la práctica de las autoridades nacionales y comunitarias.

La Comunicación de 2005 prevé un plazo máximo de 2 ó 3 años para las cláusulas inhibitorias de la competencia y de 5 años para las obligaciones de compra o suministro (en la Comunicación de la Comisión anterior, de 2001, el plazo era de 3 años). Estos plazos cortos han sido aplicados generalmente por la Comisión en su evaluación práctica de las restricciones accesorias.

Por tanto, tanto teórica como prácticamente, la evaluación de las restricciones accesorias tiende a justificar las mismas, únicamente durante plazos cortos, mientras que los acuerdos propuestos prevén una duración (CONFIDENCIAL) el plazo medio generalmente aceptado por estas restricciones (3 años), que también supera ampliamente el plazo máximo aceptado para alguna de ellas (5 años), y que además puede prorrogarse.

Además, el contrato no incluye ninguna disposición que asegure su limitación temporal en caso de que, por cualquier circunstancia, las partes o terceros

clientes ofrecieran a TESAU un volumen de negocio anual superior al mínimo previsto.

En cuanto a la cláusula por la que TESAU se convierte en operador preferente para los socios, el Tribunal considera acertada la valoración de la CMT cuando considera que puede presentar efectos negativos para la competencia ya que permitiría a TESAU fidelizar unos clientes empresariales muy importantes y lograrlo sin incurrir en los importantes costes asociados en el análisis, diseño y comercialización de ofertas personalizadas a clientes empresariales. La posibilidad de valorar las ofertas que reciben los socios permitiría a TESAU igualar únicamente aquéllas que considere rentables. Por otra parte, el Tribunal también considera oportuna la valoración del Servicio al considerar que esta cláusula va más allá del objetivo propuesto (asegurar un flujo de caja que permita la reestructuración del negocio urbano) y no es necesaria para la realización de la operación.

4.2.2. Compromiso de permanencia: PRISA e IECISA (El Corte Inglés) no podrán vender sus participaciones en IBERBANDA, a menos que TESAU ejercite su opción de compra sobre el (CONFIDENCIAL) del capital social antes del (CONFIDENCIAL) o la fecha de vencimiento de las obligaciones de la licencia si ésta es más tardía.

La notificante considera necesario 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.

4.2.3. Cláusula de no competencia. Los socios, presentes y futuros, que ostenten más del (CONFIDENCIAL) del capital social o que estén presentes en el Consejo de Administración, se comprometen a no competir, directamente o indirectamente, en el mercado español con las actividades que desarrolla IBERBANDA<sup>18</sup> mientras permanezcan en el accionariado.

Además, ningún socio 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.

---

<sup>18</sup> Se excluye a TESAU y a las participaciones que OMEGA tiene en ONO y ACCENS.

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

Las partes solicitan la aplicación de la evaluación propia de las empresas en participación (párrafos 36 a 41 de la Comunicación de la Comisión), sin embargo, además de la dificultad de aplicar estas reglas a un caso que no se ajusta exactamente al de una empresa en participación, el párrafo 40 de la Comunicación establece claramente que las cláusulas inhibitorias de la competencia entre una empresa en participación y las empresas matrices que no ejercen el control de la misma no están directamente vinculadas a la operación y no son necesarias a tal fin.

El Tribunal ha estimado en distintos informes que no existe una norma absoluta en relación con la duración aceptable de la prohibición de competencia y que debe valorarse en función del producto afectado y de las circunstancias de cada caso. En general, se han venido asumiendo los criterios manifestados por la Comisión Europea sobre este asunto. En este sentido, la Comunicación de la Comisión señala que las cláusulas que limiten el derecho del vendedor a adquirir acciones o tener acciones en una empresa que, compita con la empresa cedida se considerarán directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin en las mismas condiciones que las cláusulas inhibitorias de la competencia, cuya duración máxima está justificada durante un periodo de 3 años.

4.2.4. Pactos durante el período transitorio, hasta la entrada de TESAU en el capital social de IBERBANDA. La notificante solicitó el levantamiento de la suspensión de la ejecución de estos pactos contenidos en la cláusula 7 del contrato.

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 oferta común.

Como se ha señalado, una vez satisfechas determinadas garantías solicitadas por el SDC, el Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda resolvió el levantamiento parcial de la suspensión de la ejecución de la operación en lo relativo a la aplicación de las obligaciones contenidas en la cláusula séptima del Contrato de 9 de agosto de 2005, relativa al período transitorio, con la excepción de la condición de proveedor preferente.

## **5. MERCADOS DE REFERENCIA**

La CMT y el SDC, en sus respectivos informes, analizan los diferentes mercados en los que coinciden las partes: acceso directo a la red TELEFÓNICA pública desde una ubicación fija, servicios de telefonía fija, servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha y mayoristas de acceso a redes de banda ancha, servicios de albergamiento telemático (hosting y housing), servicios de transmisión de datos y alquiler de circuitos a clientes finales y a otros operadores de telecomunicaciones y servicios de reventa para llamadas internacionales desde una ubicación fija, centrando su atención en los mercados, minorista y mayorista, de acceso a Internet de banda ancha. En todos los mercados llegan a la conclusión de que las cuotas de IBERBANDA son tan reducidas que no puede esperarse que la operación de concentración altere el funcionamiento de los mercados.

El Tribunal considera acertado dicho análisis por lo que, asumiendo dichas conclusiones, no considera necesario profundizar en el análisis de dichos mercados. Además, un análisis pormenorizado de los mismos contribuiría a centrar en exceso la atención en la posición de las partes en los distintos mercados cuando la valoración de la operación no va a depender de una delimitación más o menos estrecha de los mercados dado que en cualquier caso las cuotas de mercado de IBERBANDA son muy reducidas. Dicho análisis no va a ser el elemento decisivo en el que el Tribunal va a fundamentar su decisión en el dictamen de la presente operación de concentración.

Por ello, en este apartado el Tribunal se detendrá únicamente en el análisis del Mercado de Servicios de Acceso a Internet de banda ancha.

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.

### **5.1. Mercado de servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha desde 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 de telefonía fija: Tecnologías xDSL basadas en el bucle de abonado mediante par de cobre (Grupo TELEFÓNICA y operadores sin red de acceso propia mediante uso de servicios del mercado mayorista conexo como el servicio de desagregación del bucle y servicio mayorista GIGADSL).
- Ofertas basadas en el bucle de abonado mediante cable coaxial (operadores de cable).
- Ofertas basadas en el bucle de abonado inalámbrico WLL (Wireless Local Loop), cuyos exponentes principales son el LMDS, WIFI Y WIMAX (NEO-SKY, IBERBANDA y otros operadores LMDS).
- Ofertas basadas en la transmisión vía Satélite.
- Ofertas basadas en el bucle de abonado de fibra óptica o utilizando la línea eléctrica, PLC (Iberdrola, Endesa, Unión Fenosa).
- 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 mercado relevante al no tratarse de una ubicación fija.

Siguiendo el principio de Neutralidad Tecnológica, continuamente defendido por la Comisión de la Unión Europea en el análisis de los mercados de comunicaciones electrónicas, el Tribunal considera 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 comunitarios<sup>19</sup> que coinciden en la definición de un único mercado para la prestación de servicios de acceso a Internet.

Por otra parte, ninguno de los interesados en la operación discute en lo fundamental esta definición. A mayor abundamiento, en el marco comunitario también se parte de la existencia de un único mercado minorista de banda ancha descrito en la Exposición de Motivos de la Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con la Directiva Marco (2002/21/CE del Parlamento Europeo y el Consejo).

---

<sup>19</sup> N-05079 ONO/AUNA TLC; N.275 Wanadoo /Eresmás; Caso M. 1069 WorldCom/MCI; Caso M. 2803Telia/Sonera.

Por último, en el Informe elaborado por la DGTI sobre la presente operación, ésta señala que la prestación de servicios mediante tecnología LMDS no es un mercado definido a los efectos de la Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003.

Al igual que en la mayoría de los países de la UE, en España, es claro el dominio de la tecnología ADSL como modo de acceso a la banda ancha y sus servicios complementarios.

El ADSL (Bucle de Abonado Digital Asimétrico) es una técnica de transmisión que, aplicada sobre los bucles de abonado de la red TELEFÓNICA (bucle convencional de cobre) permite la transmisión sobre ellos de datos a alta velocidad.

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. Permite transportar tráfico de voz, datos y video. 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.

En cuanto al modo de entrada utilizado por los operadores para acceder al mercado de banda ancha minorista puede distinguirse:

- La utilización de red propia, como TESAU o los operadores de cable, de PLC, o de LMDS.
- El alquiler o acceso desagregado del bucle de abonado.
- El acceso indirecto, operadores que utilizan la red del operador histórico para llegar al cliente final.

Sin embargo desde el punto de vista del usuario final, tampoco tiene sentido distinguir entre red propia o ajena ya que los servicios ofrecidos satisfacen la misma demanda. En definitiva, la CMT en el documento “Consulta Pública sobre acceso y tráfico a redes de datos” 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.

El Tribunal coincide con dicha definición.

## 5.2. Mercado Mayorista de Acceso a Internet de Banda Ancha

Tanto TESAU como IBERBANDA prestan servicios mayoristas de acceso en 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.

Como se ha señalado anteriormente, los principales modos de entrada al mercado de banda ancha son:

1. La utilización de red propia.
2. El alquiler del bucle abonado que permite proveer tanto servicios de banda ancha como voz.
3. El acceso indirecto, operadores que utilizan la red del operador histórico para llegar al cliente final.

Los distintos modos de entrada al mercado no forman, sin embargo, mercados de producto separados ya que desde el punto de vista del consumidor son considerados sustitutivos.

Sin embargo, el modo de entrada al mercado es importante para analizar las posibilidades de competir. Los operadores de acceso indirecto tienen menores posibilidades de diferenciarse de los operadores con red propia dado que todos sus componentes los alquilan con unos parámetros ya prefijados por la red del incumbente. Los operadores alternativos que poseen una infraestructura propia o invierten hasta el bucle de abonado, por el contrario, pueden elaborar ofertas de servicios conjuntos de voz y audiovisual y realizar inversiones específicas para mejoras en velocidades o servicios adicionales.

En este sentido, a la hora de construir las ofertas de banda ancha, los operadores alternativos cuentan con la desagregación del bucle, lo que favorece el desarrollo de ofertas minoristas distintas a las del operador histórico. Esta mayor independencia implica mayores niveles de inversión por parte de estos operadores en comparación con los necesarios en el modelo de acceso indirecto al bucle, pero les permite configurar ofertas que necesitan mayores anchos de banda tales como los servicios de televisión, lo que daría lugar a ofertas del tipo *triple play* similares a las que en la actualidad ofrecen los operadores de cable, mientras que a través del acceso indirecto (Gig ADSL) sólo pueden prestarse servicios de datos.

El acceso al bucle de abonado se produce a través de la oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA). El Servicio de acceso desagregado al par de cobre ofrece una conexión a la red del operador que le permite un uso exclusivo de los elementos que forman parte del bucle de abonado. El operador suministrador cede el uso del par de cobre a otro operador. Para ello se requiere también el servicio de cubicación, gracias al cual los operadores demandantes de estos servicios mayoristas disponen del espacio, recursos técnicos, condiciones de seguridad y de acondicionamiento necesarios para la instalación de sus equipos y la conexión a los bucles de abonado de la red del operador suministrador.

Se trata en su mayor parte de un mercado estrechamente regulado que ofrece la posibilidad a nuevos entrantes de prestar servicios finales de acceso a banda ancha aún sin disponer de red propia.

Sin embargo, incluso en estos casos, el poder de negociación de TESAU frente a los entrantes es máximo ya que enfrentados a acciones como negación del acceso o fijación de unos precios excesivos por la prestación del acceso al bucle de abonado, éstos carecen de alternativas de acceso en un tiempo razonable.

### **5.3. Mercado geográfico de referencia**

El Tribunal coincide con la definición de mercado geográfico de referencia del SDC, que a su vez coincide con la sostenida por la CMT en el análisis de los mercados relevantes y con los precedentes nacionales y comunitarios ya citados. El Servicio define el mercado de servicios de acceso a Internet como 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.

## **6. MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA**

Sin ánimo de ser exhaustivos en el estudio de la normativa de referencia sí conviene al menos nombrar o señalar las leyes en las que queda enmarcada la operación notificada.

- La operación se enmarca dentro del sector de las telecomunicaciones, cuya legislación básica es la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, desarrollada por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de

comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración. En él se establecen los procedimientos para la indentificación y análisis por la CMT de los mercados de referencia, la declaración de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas a los mismos.

- TELEFÓNICA es el primer operador de telecomunicaciones en el mercado español, al que el regulador tiene impuestas, entre otras, la obligación de prestar el servicio universal.

Según la disposición transitoria segunda del R.D. 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, la obligación de prestación de dicho servicio universal por TESAU se establece hasta el 31 de diciembre de 2007. El servicio universal se define como el conjunto de prestaciones que se garantizan a todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible. Estos servicios son, entre otros: conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y prestación del servicio telefónico disponible al público. Este debe incluir la capacidad de: recibir y efectuar llamadas telefónicas de ámbito nacional e internacional; establecer comunicaciones de fax; establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. Estas obligaciones serán asumidas por el operador u operadores que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio designe antes del 31 de diciembre de 2007. Hasta entonces la obligación de prestar el servicio universal se atribuye a TESAU. Entre las obligaciones de prestación de servicio universal TELEFÓNICA tiene que facilitar la conexión a Internet a través de banda estrecha. Sin embargo, no cabe descartar que en un corto periodo de tiempo dicha obligación incluya también el acceso de banda ancha.

- Regulación del uso privativo del espectro radioeléctrico. La Ley 11/1998 obligaba a disponer de una licencia individual para poder establecer una red y prestar servicios de acceso vía radio. La nueva Ley 32/2003 extinguió todas las licencias y las sustituyó por Autorizaciones, aunque mantuvo vigentes las concesiones de uso privativo del espectro radioeléctrico. 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, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico. En el caso de que como consecuencia de esta operación se transmitiera el título habilitante de la concesión otorgada a IBERBANDA, habría que aplicar el artículo 32 de la Orden de 9 de marzo de 2000, que establece que dicha transmisión requerirá la autorización del órgano administrativo que la otorgó. Sin embargo, en el informe de la DGTTI

se informa que “la operación no está sujeta a autorización conforme a la normativa sectorial de las telecomunicaciones”. El Tribunal entiende que la razón que motiva dicho informe de la DGTTI es que al permanecer IBERBANDA como entidad con personalidad jurídica propia se considera que no hay transmisión de la licencia.

- El operador histórico 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), que recoge el listado de elementos que el operador tiene que poner a disposición de terceros que exploten redes de comunicaciones electrónicas públicas. En el marco de la OIR, los precios que puede fijar TESAU están regulados y orientados a costes.

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 a terceros operadores en condiciones transparentes, objetivas, no discriminatorias y orientadas a costes. La OBA busca permitir que terceros operadores ofrezcan servicios de comunicaciones electrónicas sin necesidad de desplegar una red propia. Para ello ofrece acceso a la red de TESAU en tres modalidades: acceso completamente desagregado, acceso desagregado compartido y acceso indirecto. La OBA se restringe al par de cobre.

IBERBANDA no está sujeto a obligaciones de acceso a sus redes por parte de terceros operadores, salvo cuando estas redes se hayan extendido en el marco de contratos firmados con determinadas Administraciones Públicas o en algunos casos en que se hayan beneficiado de ayudas públicas. También tiene libertad para fijar sus precios, con la única limitación del principio general de no discriminación.

- La Orden del Ministerio de Fomento 8181 de 26 de marzo de 1999 establece las condiciones para la provisión del acceso indirecto al bucle del abonado de la red telefónica fija. La Orden regula las condiciones en que los operadores dominantes de redes públicas fijas debían proveer el acceso indirecto al bucle del abonado, incorporando tecnologías ADSL.

El contrato tipo para la provisión por TELEFÓNICA del servicio de acceso indirecto al bucle del abonado (servicio Gig ADSL) fue aprobado por Resolución del Secretario General de Comunicaciones, con fecha 9 de julio de 1999.

- El Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (Reglamento del Bucle), dispone, en su artículo 3, que los operadores dominantes atenderán las solicitudes razonables de los operadores autorizados para el acceso desagregado a los bucles de abonado de su red y a los recursos asociados, en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias.

El alcance exacto de dicha obligación de ofrecer el acceso al bucle del abonado se ha concretado en posteriores resoluciones de la CMT dictadas con ocasión de la aprobación de determinados productos minoristas de TESAU y de sucesivas modificaciones de la OBA.

Este Reglamento ha sido derogado por el Real Decreto 2296/2004 de 10 de diciembre que aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración. Aunque la disposición transitoria de dicho Reglamento señala que las normas anteriores continuarán vigentes hasta que sean definidos los conceptos del mercado relevante, operadores con poder significativo y las obligaciones aplicables. Esta fijación aún no se ha producido por lo que debería ser tenido en cuenta el Reglamento OBA.

- El 25 de septiembre de 2003, mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), se aprobó la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por TESAU. TESAU sólo deberá comunicar las modificaciones de sus precios minoristas.

Además, la política de promociones está sujeta a la resolución de 15 de julio de 2004 de la CMT por la que la CMT puede suspender cautelarmente algunas promociones o productos si considera que pueden tener efecto anticompetitivo en el mercado. TESAU sólo podrá presentar ofertas en ADSL si, con carácter previo, tales modalidades están disponibles para el resto de operadores y pueden ser replicadas a través de la OBA o GigADSL.

## **7. EVOLUCIÓN DEL MERCADO Y CUOTAS DE LAS PARTES**

En este apartado se ofrecerá una visión general de la evolución del sector de las telecomunicaciones, fundamentalmente en telefonía fija y servicios de Internet de banda ancha por ser los mercados más afectados por la operación. Se analizará el tamaño del mercado, la evolución del mismo, la posición de las partes, así como la política de precios o de competencia de las empresas que participan el mismo.

## 7.1. Prestación de Servicios de Telefonía Fija

El sector de las telecomunicaciones, en general, parece haber superado la crisis reciente por la que ha atravesado y se encuentra inmerso en un proceso de innovación tecnológica y de movimiento y operaciones estratégicas de las empresas (procesos de concentración en EEUU, de ámbito europeo...).

### Servicio de acceso a la red telefónica pública en ubicación fija.

TESAU ostenta una cuota de mercado superior al 85% en términos de clientes residenciales y de negocios, de acceso directo y de líneas en servicio para la prestación del servicio telefónico fijo ((CONFIDENCIAL) del total de clientes residenciales y el (CONFIDENCIAL) del total de clientes de negocios). Su competidor más inmediato tiene una cuota de en torno al (CONFIDENCIAL). El número de clientes de acceso directo de IBERBANDA en el mercado de negocios es del (CONFIDENCIAL) y el mercado residencial es aún menor. Atendiendo al número de líneas en servicio, el peso relativo de IBERBANDA sigue siendo muy reducido. El cálculo de las cuotas en relación con los ingresos ofrece unos datos muy semejantes a los ofrecidos en términos de clientes y de líneas en servicio. El negocio de IBERBANDA se centra en el mercado de negocios y, sobre todo, en clientes empresariales de tamaño considerable.

En general, la estructura de precios de los servicios de acceso suele componerse de una cuota de alta y de una cuota periódica, normalmente mensual.

Aunque tradicionalmente las ofertas sobre los servicios de acceso no han sido muy dinámicas, se observa una mayor competencia, consecuencia del mayor peso de los operadores de cable y de bucles desagregados que se ha traducido en la promoción de las cuotas de alta por parte de algunos operadores del servicio de acceso tales como el prepago o la permuta de la cuota de abono por un consumo mínimo. Los operadores de acceso indirecto han fomentado la contratación del servicio de preselección. Sin embargo, dado que el número de líneas fijas en el mercado final prácticamente no crece y que los operadores con red propia están lanzando servicios empaquetados y ofertas de tarifa plana, se ha observado en el 2004 una reducción del servicio de preselección, en el que la competencia se da únicamente en el precio de los servicios individuales.

## Servicio de tráfico telefónico fijo prestado desde ubicación fija (realización de llamadas).

Se trata de un mercado maduro. Los operadores están poniendo en marcha nuevas estrategias para atraer y fidelizar clientes mediante la combinación de servicios de voz y datos y la diferenciación de precios. El uso tradicional de las redes fijas, en términos de minutos de tráfico cursado por ellas, representa cada vez un menor porcentaje en los ingresos de los operadores en comparación con los ingresos derivados del acceso a Internet a través de las redes telefónicas, o con los derivados de su negocio móvil. TELEFÓNICA tiene un claro papel de liderazgo en casi todos los mercados de tráfico de voz en redes fijas, seguido del grupo de operadores de cable en España y de operadores alternativos de acceso indirecto aunque contratando bucle desagregado paulatinamente.

Aunque la voz aún supone una fuente muy relevante de ingresos para todos los operadores, incluida TESAU, la introducción de la voz por Internet es decir, servicios de voz prestados a través de acceso de banda ancha, podría llegar a desplazar parcialmente a la voz por la red conmutada<sup>20</sup>.

A pesar de que la posición de liderazgo de TESAU no es tan marcada como en los mercados de acceso, sigue ostentando una cuota de mercado del 72,16% en el servicio de tráfico telefónico fijo, en términos de Ingresos en el año 2004. Su competidor más inmediato tiene una cuota del 7,9%, siendo nuevamente la de IBERBANDA muy reducida (0,07%).

En general, la estructura de los precios de los servicios de telefonía fija se compone de una tarifa por el establecimiento de la llamada y una tarifa por consumo que puede variar en función del horario en el que se realice. Los precios medios en telefonía fija han seguido una evolución descendente desde el año 2000.

La CMT considera que los principales elementos que influyen en los precios minoristas de servicios de telefonía son los precios de interconexión, la implementación de la interconexión por capacidad, la desagregación del bucle y la competencia en infraestructuras, que ha contribuido a una evolución positiva de los precios finales, derivada del lanzamiento de ofertas por los distintos operadores destinadas tanto a la captación de usuarios como a la fidelización del cliente.

A las tradicionales formas de comercialización de la telefonía fija, se han unido recientemente otras estrategias comerciales entre las que destaca el

---

<sup>20</sup> Informe Anual 2004 de la CMT

empaquetamiento con otros servicios de comunicaciones como el triple play (Internet, voz y televisión) por un precio conjunto.

## **7.2. Servicio de Acceso a Internet de banda ancha**

El mercado de prestación de servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha se caracteriza por ser un mercado dinámico y aún no maduro, en el que existe una demanda creciente. Ha sido el negocio más dinámico en el 2004. El mercado de servicios de banda ancha ha crecido en 2004 en 53% en términos de ingresos (situándose en 1.297,2 millones de euros) y en términos de clientes un 63% (situándose en 3,4 millones).

A lo largo de 2005 más un millón de nuevos usuarios han optado por la banda ancha para conectarse a Internet, lo que sitúa en 3.614.511 líneas el número de conexiones de banda ancha existentes en el mercado español a finales de octubre<sup>21</sup>. Además el margen de crecimiento potencial sigue siendo elevado. La penetración, a enero de 2005, era de 8,2 líneas por cada 100 habitantes mientras que en la Unión Europea, sin incluir los 10 nuevos países, es del 9,9.

La tecnología dominante es el ADSL. Tres cuartas partes del mercado español de banda ancha están siendo suministradas por tecnología ADSL, seguida del acceso vía cable módem. TESAU dispone<sup>22</sup> de aproximadamente el 73% de los accesos instalados en España frente a los operadores de cable, que conjuntamente son propietarios de casi el 25%. Otras tecnologías de acceso como LMDS, o PLC o fibra óptica son muy incipientes o poco significativas, representando en conjunto únicamente un 0,6% del total. Así, el número de accesos instalados por IBERBANDA no alcanza el 0,5%.

En la tabla siguiente se muestra la evolución del porcentaje de clientes respecto al total de cada una de las tecnologías. En la misma puede observarse que si bien la cuota de los operadores de LMDS es únicamente del 0,2%, la cuota se ha duplicado desde el año 2002 y el número de clientes se ha multiplicado por 9 en dos años.

---

<sup>21</sup> Nota Mensual Octubre 2005 CMT

<sup>22</sup> Informe de la CMT sobre la operación de concentración.

<b>Cuadro nº 3</b>								
<b>Distribución del número de clientes de banda ancha por tecnología de acceso</b>								
<b>Tecnología</b>	<b>Diciembre 2001</b>		<b>Diciembre 2002</b>		<b>Diciembre 2003</b>		<b>Diciembre 2004</b>	
	<b>Clientes</b>	<b>%Total</b>	<b>Clientes</b>	<b>%Total</b>	<b>Clientes</b>	<b>%Total</b>	<b>Clientes</b>	<b>%Total</b>
ADSL	392.900	72,7	898.541	72,0	1.565.140	73,8	2.475.873	74,3
Cable Módem	111.066	20,5	344.981	27,7	551.495	26,0	835.760	25,1
LMDS	-	0,0	818	0,1	2.164	0,1	7.611	0,2
WI-FI	-	0,0	-	0,0	-	0,0	7.033	0,2
Otros	36.545	6,8	3.156	0,3	3.131	0,1	5.689	0,2
<b>Total</b>	<b>540.511</b>		<b>1.247.496</b>		<b>2.121.930</b>		<b>3.331.966</b>	<b>100</b>

*Fuente: Informe de la CMT sobre la operación. CMT Informe Anual 2004*

Por lo que respecta a las cuotas de mercado de los diferentes operadores, según consta en el Informe 2004 de la CMT, TESAU tuvo en el año 2004 una cuota de mercado del 55,9% de los ingresos por servicios de acceso a Internet de banda ancha. La cuota del Grupo TELEFÓNICA fue del 62,3% (incluyendo la cuota de Terra Networks España). Sin embargo, las empresas del grupo TELEFÓNICA han reducido ligeramente su posición en el mercado de la banda ancha, pasando de una cuota por ingresos del 65% en 2003 al 62% en 2004. La cuota de su competidor más inmediato en el año 2004 fue del 9,1%. La cuota de IBERBANDA es nuevamente muy baja (0,3%).

<b>Cuadro nº 4</b>		
<b>Ingresos por servicios de acceso a Internet de banda ancha (Euros). Año 2004</b>		
<b>Operador</b>	<b>Ingresos</b>	<b>% Total</b>
TELEFÓNICA de España	725.662.259,0	55,9
Auna Telecomunicaciones	117.979.386,7	9,1
Wanadoo España	90.973.000,0	7,0
Grupo Ono	83.470.700,0	6,4
Terra Networks España	83.097.739,2	6,4
Yacom Internet Factory	53.960.696,0	4,2
Euskaltel	16.402.623,1	1,3
Tiscali España	16.181.027,0	1,2
Retecal	15.594.042,0	1,2
R.Cable y Telecomunicaciones Galicia	15.209.532,7	1,2
Telecable de Asturias	14.013.543,4	1,1
Colt Telecom España	9.857.231,0	0,8
Neo-Sky 2002	6.670.874,9	0,5
IBERBANDA	3.509.839,0	0,3
Resto	44.647.328,4	3,4
<b>Total</b>	<b>1.297.229.822,4</b>	

*Fuente: Informe de la CMT sobre la operación. CMT. Informe anual 2004*

En lo que se refiere al modo de entrada al mercado, se observa que mientras el principal modo de entrada es el acceso indirecto o vía reventa, utilizando el servicio mayorista regulado, así como el cable para los operadores con red propia, durante 2004 un número creciente de operadores han optado por la desagregación del bucle de TELEFÓNICA como estrategia de entrada al mercado. Según datos de la CMT, en su informe anual 2004, de 16.000 bucles desagregados en diciembre de 2003 se ha pasado a 114.000 un año después. Esta estrategia de entrada es común en la Unión Europea. Hasta hace muy poco, los operadores alternativos de telefonía fija y acceso a Internet a través de ADSL prestaban sus servicios con las redes de TESAU a quién pagaban por el alquiler de la línea. La apertura del bucle permite que los competidores de TESAU gestionen directamente el último tramo de la red, pagando a TESAU el coste de mantenimiento, muy inferior al que pagaban anteriormente. Esta modalidad de entrada al mercado exige a los operadores alternativos importantes costes hundidos, pero también permite competir en prestaciones, fidelización del cliente y mayores márgenes por cliente que otros modos de acceso, suponiendo un elemento dinamizador de la competencia.

No obstante, a pesar de este crecimiento, sólo el 0,8% de los pares totales existentes estaban desagregados a finales del 2004. La CMT considera<sup>23</sup> que a medida que hay mayor entrada vía bucle desagregado (y mayores inversiones específicas de los operadores alternativos), la competencia en precios se dinamiza. Dados los precios de la desagregación del bucle y los precios de acceso a banda ancha en países de nuestro entorno, parece existir aún margen importante para la competencia en precios en España.

Sin embargo, siguen siendo frecuentes las denuncias de estos operadores de acceso a Internet de banda ancha consecuencia de los incumplimientos de la Oferta del Bucle de Abonado (OBA) por parte de TELEFÓNICA. Como se señaló en el capítulo correspondiente al Marco Jurídico, la OBA regula la desagregación del bucle o apertura a terceros por parte de TELEFÓNICA del bucle de abonado, lo que permite a los operadores instalar en las centrales sus equipos para gestionar directamente sus clientes.

La competencia entre los operadores en este mercado se centra principalmente en la captación de nuevos clientes, mediante la mejora técnica (el aumento de velocidades de transmisión), el lanzamiento de nuevas estructuras tarifarias dirigidas a tipos de usuarios con perfiles de consumo distinto, el empaquetamiento de servicios telemáticos complementarios (tales como servicios de correo electrónico, acceso a portales o servicios de hosting), el empaquetamiento con otros servicios (como la oferta de los operadores de cable, que incluye la prestación de servicios de telefonía,

---

<sup>23</sup> pag.23 Informe anual 2004 CMT

Internet de banda ancha y televisión de pago mediante el abono de una cuota de alta e instalación y el pago de una cuota mensual) o el lanzamiento de nuevas ofertas y promociones<sup>24</sup> (tales como el regalo de la cuota de alta, los descuentos en las primeras cuotas de abono mensual o el regalo del módem o del *router*).

En cuanto a los precios, la estructura de la tarifa al consumidor se compone, de forma general, de dos partes (cuota de alta única y cuota de abono, normalmente mensual, independiente del uso por tráfico que se haga - tarifa plana), si bien esta estructura está sufriendo modificaciones como consecuencia de la variedad de ofertas comerciales (como, por ejemplo, tarifas en tres partes, incluyendo una cuota de alta a menudo subvencionada, una cuota mensual para un número limitado de descargas y pagos variables por unidad adicional consumida). El resultado ha sido una reducción implícita del precio real de acceso, aunque todavía situándose lejos de los estándares europeos.

### **7.3. Tecnología LMDS y WIMAX**

El LMDS (Local Multipoint Distribution System) es un sistema de comunicación de punto a multipunto que utiliza ondas radioeléctricas a altas frecuencias. Dada la anchura de banda disponible, el LMDS puede ser el soporte de una gran variedad de servicios simultáneos: televisión multicanal (difusión, PPV, video on demand), telefonía, datos, servicios interactivos multimedia (teleeducación, telemedicina, acceso a Internet en banda ancha, etc.).

Esta tecnología presenta una serie de ventajas. En primer lugar, los sistemas LMDS se pueden desplegar e instalar muy rápidamente en comparación con las tecnologías homólogas basadas en cable. Además estos sistemas pueden ser ampliados muy fácilmente gracias a la naturaleza intrínsecamente modular de su arquitectura. En tercer lugar, el LMDS permite el acceso a Internet de alta velocidad, tanto para el sector residencial como para el empresarial. Se trata de una tecnología simétrica (a diferencia del cable o del ADSL) que permite la misma velocidad de transmisión de datos de la red al usuario y viceversa y por último permite acceder a cliente final con independencia de la red de TESAU.

El sistema de acceso radio punto multipunto (LMDS) es una alternativa para proporcionar la conexión entre el domicilio del cliente y el punto más cercano de las redes públicas de telecomunicaciones, basado en la utilización del

---

<sup>24</sup> Informe Anual de la CMT de 2004, página 99.

espectro radioeléctrico, de más rápido despliegue que los tendidos de par de cobre, de cable coaxial o de fibra óptica.

De los 6 operadores que obtuvieron sus licencias en el año 2000, quedan sólo 3 operadores activos: IBERBANDA, BASA y NEO-SKY, como consecuencia de la crisis de las telecomunicaciones, la elevada tasa de uso del espectro, y la intensa competencia de los operadores de ADSL y cable en zonas urbanas en las que se produjo inicialmente el despliegue. Las tres empresas que continúan actuando son las que obtuvieron la licencia para operar en la banda 3,5 GHz.

Sin embargo, la ventaja fundamental de la tecnología LMDS es que las frecuencias LMDS son un recurso imprescindible para la prestación de servicios de acceso a Internet en banda ancha, mediante la tecnología inalámbrica WIMAX.

La tecnología WIMAX, empieza a desarrollarse en 2003 y promete revolucionar el sector de las telecomunicaciones. El Wimax Forum, asociación que agrupa a más de 200 compañías del sector de la informática y las comunicaciones de todo el mundo –y entre ellas IBERBANDA-, aprobó el año pasado el estándar 802.16-2004. La adopción de un estándar permitirá abaratar los costes de prestación del servicio (a través de un abaratamiento de los equipos que hasta entonces se fabricaban “a la medida”). IBERBANDA es uno de los operadores piloto, escogido por Intel, para llevar a cabo proyectos de implantación de equipos dotados de tecnología Wimax en 30 zonas de prueba en todo el mundo.

Wimax es un sistema de conectividad en banda ancha del bucle de abonado que transforma las señales de voz y datos en ondas de radio, que se transmiten por el aire, desde una red de estaciones base o repetidores hasta un pequeño panel situado en el exterior del edificio del cliente. La instalación de ese panel es más sencilla y barata que la de una antena parabólica de televisión por satélite y puede ser ejecutada en el plazo de unas horas. Una de las ventajas de Wimax es que posibilita la conexión de usuarios situados a grandes distancias. Mientras que con la tecnología WIFI la cobertura se reduce a varios metros, con WIMAX las distancias de cobertura se amplían hasta aproximadamente los 30 Km desde la estación base emisora de la señal (para ofrecer servicios ADSL el abonado debe vivir cerca de una central de operador). Este hecho, unido a la reducción del coste en los equipos que implica su estandarización internacional, permite el despliegue de nuevas redes de telecomunicación de forma más rápida y con un coste muy inferior a los despliegues de redes de cable. Permite la comercialización de servicios de telefonía y de acceso a Internet con velocidades superiores a las de la velocidad máxima de conexión de la tecnología ADSL y de forma simétrica

(misma velocidad para el envío y recepción de los datos), a diferencia del cable y del ADSL. Así, Wimax permite superar algunas de las debilidades de la tecnología LMDS: no requiere tener línea de visibilidad directa, lo que facilita su utilización en zonas urbanas; permite un mayor radio de cobertura y supone un menor coste de los equipos.

En un principio los usuarios deberán contar con una antena externa para recibir la señal. Sin embargo, en el futuro, serían los propios equipos de usuario (portátiles, PDA, etc.) los que se conectarían directamente con la red de WIMAX, dándose así paso a la movilidad en el acceso a Internet o nomadismo.

De acuerdo con un gran número de operadores, entre ellos, la propia IBERBANDA, se trata de una tecnología disruptiva.

Según se recoge en una nota de prensa, de septiembre de 2005, que publica IBERBANDA en su página web: “La nueva tecnología inalámbrica Wimax, cuyo lanzamiento comercial a gran escala está previsto por IBERBANDA para el último trimestre del año, permitirá la oferta de servicios de telefonía y acceso a Internet con velocidades de más de 10 megabits por segundo y coberturas de más de 30 kilómetros desde la estación de base emisora de la señal (...). La revolución de la banda ancha... WIMAX... promete revolucionar el sector de las telecomunicaciones”.

La misma CMT, en el Informe anual 2004, señala que: “es novedosa la irrupción en el mercado de soluciones comerciales de acceso a Internet de banda ancha soportadas en redes inalámbricas de tecnología wi fi y wi max, aunque su impacto en el mercado minorista es aún escaso. Su creciente desarrollo y sus grandes posibilidades de desarrollo en núcleos de cierta densidad de población o para conseguir objetivos de cobertura y accesibilidad en zonas remotas como complemento a otros tipos de acceso, hacen que sea una tecnología con grandes posibilidades comerciales a pocos años vista”.

De esta forma en el futuro, es posible, que la frontera entre operadores fijos y móviles sea cada vez más difusa debido a la irrupción de las tecnologías inalámbricas (la ya extendida WIFI, de corto alcance, y la tecnología WIMAX, de largo) y la tecnología IP, basada en el protocolo de Internet (como las llamadas de voz sobre Internet, VoIP), de forma que sin que el usuario sea consciente se estarán utilizando redes fijas y móviles indistintamente, según la proximidad de nuestro dispositivo a cada cobertura.

A largo plazo, la competencia potencial en el mercado de Internet de banda ancha podría venir determinada por el ADSL y el cable, la nueva generación

de redes móviles (3G o UMTS) y a través del acceso inalámbrico utilizando la tecnología WIMAX.

## **8. BARRERAS A LA ENTRADA**

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, la función de los órganos de defensa de la competencia en materia de concentraciones económicas consiste en prevenir aquellos cambios estructurales que puedan obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. Sin embargo, se considera que no se obstaculizará la competencia, si la entrada en el mercado considerado resulta tan fácil que los agentes participantes en el mismo no puedan beneficiarse del mantenimiento de precios altos. De esta forma, se hace necesario analizar en qué medida la entrada puede tener lugar en un período corto de tiempo, y si es probable y suficiente, ya que sólo en ese caso, la reducción de la competencia provocada por una concentración podría ser restablecida por el propio funcionamiento del mercado.

Las barreras a la entrada constituyen todas aquellas dificultades, trabas administrativas o legales o inversiones muy costosas que desalientan la entrada o salida de empresas de un mercado. En la operación de referencia se han analizado las siguientes:

Licencia de utilización del espectro. El espectro radioeléctrico es un recurso escaso y, a la vez es un input esencial para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores de acceso vía radio se enfrentan a una barrera legal: la necesidad de disponer del espectro radioeléctrico. La disponibilidad de espectro para operar con redes LMDS se obtiene mediante concesión administrativa. El hecho de que TESAU pase a controlar indirectamente una concesión, supone una desventaja clara para todos aquellos operadores que no disponen de la misma y, por lo tanto, no pueden ofrecer determinados servicios. Por otra parte, no todas las partes del espectro son igual de útiles. Las frecuencias más altas tienen una mayor capacidad para transportar información pero tienen un menor alcance y son más vulnerables (a la lluvia, por ejemplo). Las frecuencias más demandadas son aquéllas que se encuentran entre los 100 MHz y 3,6 GHz. Estas franjas tienen la consideración de “prime spectrum”.

Elevados costes de infraestructura: TESAU controla la red de acceso con mayor capilaridad en España cuyo despliegue supone una inversión importante en términos económicos y de tiempo que hacen que su red sea una infraestructura difícilmente replicable. El despliegue de una red de acceso alternativa a la de TESAU conlleva unos elevados costes fijos, que hacen que las economías de escala sean muy importantes. Asimismo, una proporción

muy importante de estos costes fijos son hundidos, es decir, no pueden ser recuperados si la empresa sale del mercado. Aunque estas barreras han sido en parte superadas por la oferta de acceso al bucle Abonado y la oferta de interconexión de líneas alquiladas (OIR), que permiten a los operadores prestar servicios sin necesidad de desplegar una red propia, el hecho de que esta red ya esté desplegada, y ser propietario de la misma, confiere al operador histórico una ventaja estratégica.

Acceso a las instalaciones de TELEFÓNICA: Aunque, como se ha señalado en el apartado anterior, la regulación permite el acceso a las instalaciones de TESAU para la prestación de servicios de telecomunicaciones, se han detectado retrasos u obstáculos a dicho acceso. Tanto la CMT, como el propio Tribunal, han intervenido en varias ocasiones consecuencia de las denuncias de operadores en casos de OBA, como en retrasos injustificados en la prestación del servicio de acceso indirecto al bucle del abonado (Gig ADSL)<sup>25</sup>. En los expedientes 413/97 Airtel/TELEFÓNICA y 394/97 Retevisión/TELEFÓNICA, el Tribunal resolvió declarando que TELEFÓNICA había dificultado la entrada y obstaculizado el acceso al mercado de Airtel y Retevisión respectivamente, incumpliendo la especial responsabilidad que incumbe a toda empresa en posición de dominio en un mercado en proceso de liberalización.

Paquetes Integrados, como Imagenio, que incluyen servicios de telefonía, televisión y acceso a Internet pueden suponer una barrera de entrada a corto plazo ya que incrementan los costes de entrada para cualquier operador, dada la necesidad de competir con una oferta completa y atractiva en los tres ámbitos. El resto de empresas de telecomunicaciones, con excepción de los operadores de cable, difícilmente pueden competir con una oferta conjunta como la de TELEFÓNICA. El Informe anual 2004 de la CMT señala que: “El empaquetamiento o bundling puede suponer ciertas amenazas a la competencia, sobre todo si es puesto en marcha por una empresa con posibilidad de dominio en alguno de los servicios e intenta llevar beneficios extraordinarios del mercado monopolizado a los mercados relacionados”.

## **9. EFECTOS DE LA OPERACIÓN SOBRE LA COMPETENCIA**

Como ya se ha señalado en otros apartados, las partes de la operación coinciden en la prestación de determinados servicios dentro del sector de las telecomunicaciones. En todos ellos, la cuota de mercado de TESAU es muy elevada y la de IBERBANDA es muy reducida, puesto que prácticamente no supera el 1%.

---

<sup>25</sup> Resolución del TDC en el Expediente 518/01 Internautas/Telefónica

Desde una perspectiva estática, la operación de concentración “únicamente” supondría reforzar la ya muy elevada posición de dominio en los mercados afectados por la operación.

Sin embargo, el Tribunal considera que esta operación se enmarca en un sector en el que están teniendo lugar importantes innovaciones tecnológicas, por lo que lo relevante no es definir de la forma más estrecha posible los mercados de producto afectados y calcular las cuotas de mercado de las partes sino analizar en qué medida la adquisición por parte de TESAU de una tecnología y frecuencias que actualmente no posee, y a las que hasta ahora no se le ha permitido el acceso, puede alterar las condiciones de competencia en un futuro.

El Tribunal debe por tanto analizar si la presente operación contribuye a obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, prestando una especial atención a las ventajas que puede tener para TESAU disponer hoy de la tecnología LMDS, así como de la banda de frecuencias de la que era licenciataria IBERBANDA, (fundamentalmente en el despliegue de banda ancha en medios rurales y las posibles eficiencias que se deriven de su utilización para la prestación del servicio universal) y, en segundo lugar, los efectos positivos que puede suponer el acceso a dicha tecnología para TESAU en un contexto dinámico.

### **9.1. Refuerzo de la Posición de Dominio de TESAU**

En cuanto a si la operación de concentración puede contribuir a obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, lo primero que hay que señalar es que el mercado de acceso a Internet de banda ancha es un mercado muy concentrado en el que la cuota de mercado del Grupo TELEFÓNICA en el año 2004 era del 62,3% (superior si se mide en términos de clientes), a gran distancia de la de su competidor más inmediato.

En este sentido, aunque la cuota de mercado de IBERBANDA sea muy reducida, el primer efecto de la operación de concentración es que contribuye a reforzar la posición del operador dominante. Este hecho podría ser preocupante en sí mismo, máxime cuando el incremento de cuota se produce a través de la compra de una empresa existente, competidora, y no es fruto de la propia expansión de las empresas.

Es preciso señalar aquí que el Tribunal no comparte el análisis de la notificante cuando señala que en cualquier caso los efectos para el mercado serían los mismos (CONFIDENCIAL).

Pero es que, además, se trata de un mercado en el que la competencia dista de estar consolidada. En frecuentes ocasiones se ha requerido la intervención de la CMT, e incluso la del propio Tribunal, precisamente como consecuencia de denuncias por abuso de posición de dominio de TESAU.

## **9.2. Posible transmisión de Eficiencias a los Consumidores**

En segundo lugar, conviene analizar si la operación de concentración genera eficiencias para TESAU en la prestación del Servicio Universal, que deban ser tenidas en cuenta como elemento compensador del posible deterioro de la competencia.

En este sentido, la notificante señala que la operación genera eficiencias especialmente en el ámbito rural al permitir a TESAU contar con la tecnología LMDS para sustituir las 206.000 líneas de acceso celular que no cumplen los requisitos del nuevo servicio universal y deberán adaptarse incluyendo el acceso a Internet. Las redes LMDS parecen configurar, hoy, la alternativa más económica y la única posible en determinadas zonas geográficas. Asimismo, la notificante considera que existen importantes ahorros como consecuencia de la operación y, en especial, derivados de la complementariedad de las redes.

No cabe duda de que la operación genera eficiencias para TELEFÓNICA al facilitar el acceso a Internet en las zonas rurales a unos costes menores a los actuales. Sin embargo, la notificante no ha acreditado que dichas eficiencias se trasladen a dichos consumidores. Por otra parte, TELEFÓNICA dispone de acuerdos de cesión del espectro con algunos operadores que disponen de licencias LMDS para la utilización de bandas de radiofrecuencias para acceder a determinadas zonas en que esta tecnología presenta algunas ventajas respecto al ADSL. En la contestación que realizó al requerimiento de información del SDC la notificante se expresaba en estos términos:

“Actualmente TESAU, a través de los acuerdos de cesión de espectro que tiene firmados y vigentes a fecha de hoy con IBERBANDA y NEO-SKY, y que han sido autorizados por el Ministerio de Industria, puede ya dar servicio en áreas suburbanas y rurales, e incluso en algunas urbanas, en prácticamente la totalidad del territorio nacional, por lo que desde el punto de vista de acceso al espectro radioeléctrico, la operación no le supone ninguna novedad”. En otro apartado de ese mismo documento la notificante señala:

“En principio, los costes que soportaría el usuario que reclama el servicio en los términos que engloba el servicio universal no serían distintos por el empleo de nuevas tecnologías tipo Wimax”. En cuanto a los beneficios, para el resto de los consumidores TESAU se centra fundamentalmente en que (CONFIDENCIAL). En definitiva, el Tribunal considera que la tecnología

LMDS/Wimax permitirá a TESAU prestar de forma más económica un servicio que ya está prestando. Sin embargo, no queda suficientemente demostrado en el expediente que los ahorros de costes vayan a ser transmitidos a los usuarios finales.

### **9.3. Despliegue de redes en zonas rurales**

Es más, el Tribunal considera que la operación de concentración tendría efectos negativos para la competencia en lo que al despliegue de redes en zonas rurales se refiere.

IBERBANDA ha sido adjudicataria en varios concursos convocados por las Administraciones Autonómicas y Locales para el despliegue de redes y la prestación de determinados servicios en zonas rurales.

Uno de los pilares de la actividad de IBERBANDA será la participación, junto con TESAU, en la licitación de nuevos concursos de extensión de banda ancha. Las Administraciones Públicas, especialmente en el medio rural o suburbano no cubierto por redes públicas de otros operadores, prestan apoyo público en diversas formas, generalmente mediante procesos de licitación que cuentan en ocasiones con ayudas para la financiación del despliegue de la red.

Aunque los requisitos de los contratos son neutrales en relación con la tecnología empleada en el despliegue de la red, la tecnología LMDS 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.

El informe del SDC señala que, aunque la actividad de los operadores de acceso vía radio en el conjunto del mercado no es relevante, podría producirse en el futuro un mayor grado de penetración de estos operadores teniendo en cuenta, por un lado, la sustitución de las líneas de telefonía rural (TRAC) por tecnologías que permitan un acceso funcional a Internet en cumplimiento de las prestaciones de servicio universal tras la entrada en vigor de la nueva LGTel y, por otro, las políticas de extensión de la banda ancha en zonas rurales y aisladas promovidas por la SETSI. Estas políticas se regulan en la Orden Ministerial ITC/701/2005, de 17 de marzo.

En áreas rurales y suburbanas, el despliegue de las redes del par de cobre y redes de cable operadores requiere elevadas inversiones. En estas áreas, la disponibilidad de espectro para desplegar redes de acceso vía radio con capacidad de acceso de banda ancha y el desarrollo tecnológico con posibles abaratamientos de los equipos resultan esenciales para el desarrollo de un

negocio hasta ahora poco relevante o inexistente. En este contexto, TESAU, operador incumbente que controla la red del par de cobre y la tecnología ADSL, pasa indirectamente por la vía del control exclusivo de IBERBANDA a formar parte del reducido grupo de operadores que cuenta con dichas frecuencias.

La disponibilidad de ambas redes (par de cobre y acceso inalámbrico) le sitúa en una buena posición para acudir a los concursos de las Administraciones Públicas para la extensión de la banda ancha.

La propia CMT reconoce estos hechos al señalar en el Informe Anual de 2004 que la irrupción en el mercado de soluciones comerciales de acceso a Internet de banda ancha en redes inalámbricas de tecnología Wifi y Wimax tiene grandes posibilidades comerciales a pocos años vista, en particular en núcleos de cierta densidad de población o para conseguir objetivos de cobertura y accesibilidad en zonas remotas, como complemento a otros tipos de acceso.

Por tanto, el hecho de que TESAU tuviera acceso a una licencia que le permitiera la utilización de tecnologías LMDS podría obstaculizar la competencia en una parte del mercado con importante demanda potencial.

La propia notificante<sup>26</sup> considera que existe una alta probabilidad de que se convoquen concursos similares.

#### **9.4. Efectos a Medio Plazo**

Quedaría, por último, analizar los efectos a medio plazo que pueden derivarse del hecho de que TESAU tenga acceso a una tecnología a la que hasta ahora no se le ha permitido tener acceso. Cuando el Tribunal analiza una operación de concentración no debe limitarse únicamente a estudiar los efectos que la misma tiene en un momento determinado (reforzar la cuota del operador dominante en un mercado con escasa competencia y limitar la competencia en las zonas rurales) sino que debe tener también en cuenta los efectos potenciales de la misma de acuerdo con las modificaciones previsibles del mercado.

Ya se han señalado en otro apartado de este informe las posibles ventajas de la tecnología LMDS y de su evolución tecnológica Wimax.

El Tribunal considera en primer lugar, que el acceso por parte de TESAU a la tecnología LMDS y a la banda de frecuencias 3,4-3,6 GHz vulneraría el espíritu del concurso por el que se otorgaron, por un plazo de 20 años,

---

<sup>26</sup> Contestación al Requerimiento de Información del SDC

prorrogables una vez por otros 10, las mencionadas licencias. En efecto, la Orden de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Fomento por la que se aprueba el pliego de cláusulas para la adjudicación de tres licencias individuales para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio en la banda de 3,4 a 3,6 GHz, establecía en el capítulo III, relativo a la valoración de las solicitudes que: “la Mesa de Contratación valorará positivamente también que la oferta ayude especialmente a conseguir el objetivo de tener medios alternativos a los de acceso ya existentes”, siendo ésta probablemente la razón por la que se excluyó a TESAU de la adjudicación de la licencia.

El hecho de que la tecnología LMDS no haya evolucionado como se esperaba, no quiere decir que un nuevo desarrollo de la misma, Wimax, no pueda tenerlo o en cualquier caso, no suponga una amenaza tecnológica para los operadores que han optado por otras alternativas tecnológicas. El sector de las telecomunicaciones se encuentra en un momento de acelerada innovación tecnológica en el que la naturaleza de los servicios de banda ancha y los modelos de negocio que la soportan no están todavía claros<sup>27</sup>.

El Tribunal cree que debe ser la propia evolución tecnológica la que dicte la competencia efectiva en el mercado de acceso a Internet de banda ancha y que es importante que aparezcan en el mercado nuevas ofertas minoristas de acceso de banda ancha, diferentes a las modalidades ADSL comercializadas por TESAU. Sensus contrario considera negativo que desaparezca algún operador minorista de acceso de banda ancha, máxime cuando utiliza una tecnología diferente y para la que TESAU no dispone de licencia. Es importante recordar que mediante la operación propuesta TESAU pasaría a controlar un operador hasta ahora independiente en la red de acceso.

Esta misma idea era compartida por la CMT, en su informe anual de 2004 en el que señalaba que, en el largo plazo, para que exista una competencia duradera en el mercado minorista es necesario instaurar una competencia basada en la existencia de operadores distintos con infraestructura propia suficiente que les permita el control físico de los accesos hasta las terminales de los clientes, tales como redes de operadores de cable, redes basadas en el acceso desagregado, accesos mediante fibra óptica, los cables eléctricos (PLC), las redes inalámbricas, etc. Disponer de control sobre la infraestructura, permite un mayor control sobre los costes y la realización de ofertas más personalizadas, que ofrecen al operador la posibilidad de segmentar mejor el mercado objetivo y captar nuevos clientes.

---

<sup>27</sup> “The Communications Market 2005. Office of Communications UK. (Informe sobre el Mercado de las Comunicaciones del 2005, Ofcom, regulador británico de las telecomunicaciones) Página 99

Es preciso subrayar que tanto el SDC, como la DGTTI y la propia CMT reconocen en sus respectivos informes las posibilidades de desarrollo de las tecnologías inalámbricas.

Así, el SDC señala que: “la adquisición de IBERBANDA, más que suponer un refuerzo de la posición actual de TESAU en términos de cuota, permite que la adquirente refuerce su presencia y perspectivas en un segmento del mercado de las comunicaciones electrónicas con un importante potencial de crecimiento, de innovación tecnológica y unas especificaciones particularmente aptas para los programas de extensión de las redes de banda ancha al medio rural con apoyo público.

Adicionalmente, desde un punto de vista dinámico, la operación pone en manos de TESAU el control sobre un operador de redes de acceso inalámbrico puntero en tecnología LMDS en España, con proyectos piloto para la futura aplicación del estándar Wimax. Dicho estándar, puede suponer cambios significativos en los mercados de servicios de banda ancha<sup>28</sup>.”

La DGTTI considera que la operación pone en manos de TESAU, “mejores instrumentos para el despliegue de redes de acceso en banda ancha al adquirir pleno control sobre una tecnología, de la que antes carecía, que presenta indudables ventajas (especialmente en zonas rurales y de difícil orografía)”.

Por último, en su informe sobre la operación de referencia la CMT estima que: “El desarrollo de la tecnología Wimax puede impulsar el negocio y la capacidad competitiva de los prestadores de servicios de banda ancha y telefonía fija sobre redes de acceso inalámbrico. De ello se desprende que TESAU controlaría no sólo la principal red de acceso sino que estaría en disposición de controlar una red de acceso inalámbrico alternativa con nuevas expectativas de negocio”.

Este Tribunal considera que en la medida en que sean una fuente potencial de competencia debe permitirse que el mercado tenga unas condiciones tales que permitan su desarrollo.

La evolución del mercado minorista está basada en las facilidades existentes de entrada libre al mercado a nivel mayorista, bien con red propia, bien alquilando la red de TELEFÓNICA.

Pues bien, como ya se ha visto y constata la propia CMT, TESAU tiene incentivos para no facilitar el acceso a su red. En el documento, sometido a consulta pública de 27 de octubre de 2005 de la CMT, que tiene por título:

---

<sup>28</sup> El subrayado es nuestro.

“Consulta pública sobre definición, análisis, identificación de operadores con peso significativo en el mercado y propuesta de obligaciones específicas en el mercado de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y Vocales”, la CMT señala:

“TESAU tiene un elevado incentivo a denegar el acceso a este servicio mayorista a terceros agentes, que pudieran utilizarlos para la prestación de servicios minoristas de banda ancha y de acceso telefónico fijo, en competencia con ellos. Al negar el acceso en el mercado mayorista, priva a los operadores demandantes de la posibilidad de competir en estos mercados minoristas. (...) El objetivo de esta práctica sería reservarse en la mayor medida posible los mercados minoristas de banda ancha y de acceso telefónico fijo, con la única contrapartida de perder los ingresos correspondientes al acceso mayorista, que en todo caso, representarían un porcentaje reducido en comparación con los ingresos que se pudieran obtener por los servicios minoristas. (...) En definitiva, el operador incumbente tiene incentivos para dificultar a los operadores entrantes el acceso desagregado al bucle de abonado y, de esta forma, impedir su entrada en el mercado final de banda ancha y de acceso telefónico fijo<sup>29</sup>. Los beneficios de esta estrategia son claros y la capacidad de implementar es máxima debido al prácticamente nulo poder de negociación de los operadores entrantes.”

En un mercado que presenta las características anteriormente descritas, la tecnología LMDS o de acceso a la “última milla” permite actuar con total independencia de TESAÚ, no siendo necesario desagregar el bucle de abonado para acceder a la última milla ya que el acceso es vía radio. En este sentido, esta tecnología y su evolución Wimax suponen una amenaza tecnológica para el ADSL.

No se comprende que con esta falta de incentivos que la CMT detecta, llegue después a la conclusión de que la adquisición de IBERBANDA por parte de TESAÚ tiene efectos procompetitivos. El Tribunal no comparte esta conclusión.

En efecto, en la notificación parece quedar claro que, una vez entre TESAÚ en el capital de IBERBANDA, (CONFIDENCIAL). Es más, la notificante lo expresa de la siguiente forma: (CONFIDENCIAL). El Tribunal considera que TESAÚ no tiene incentivos suficientes para realizar nuevas inversiones en tecnología LMDS o Wimax, con la excepción de las zonas rurales. Al contrario, TESAÚ, como es lógico, tendrá incentivos para no fomentar el desarrollo de esa tecnología, que le supone una amenaza, defendiendo y explotando así las inversiones realizadas en ADSL.

---

<sup>29</sup> El subrayado es nuestro

De esta forma, el desarrollo de la tecnología LMDS, y en el futuro, Wimax podría no verse impulsada ni por el operador dominante, ni por el resto de operadores de LMDS, cuya capacidad competitiva quedaría muy mermada en el caso de que TESAU adquiriese el control exclusivo de IBERBANDA.

La tecnología LMDS y su evolución Wimax permite a los usuarios acceder de forma independiente a la red de TELEFONICA, ya que no se utiliza la red de ésta para llegar hasta el cliente final, a los servicios de acceso a Internet en banda ancha, así como a los servicios de telefonía. Y ésta es una de las principales amenazas para TESAU: la aparición en el corto plazo de una tecnología como Wimax que puede llegar al cliente final sin necesidad tan siquiera de desagregar el bucle, que tiene unos costes de despliegue y mantenimiento reducidos, permite unas velocidades de transmisión de datos muy elevadas, tiene una cobertura de unos 30 km. y es simétrica y que, además permite el nomadismo (el acceso a Internet de banda ancha, independientemente de donde se encuentre físicamente el usuario).

El Tribunal considera que permitir el acceso del operador dominante, a una tecnología incipiente podría ahogar el nacimiento de este mercado antes de que llegue a suponer una amenaza competitiva a su cuota de mercado, cuando debería ser el propio mercado el que debiera valorar sus posibilidades competitivas. Las autoridades de competencia deben vigilar especialmente la evolución de los mercados o tecnologías incipientes en los que es quizás, más importante que nunca dejar que surja la competencia antes de permitir el acceso a la misma del operador dominante, máxime cuando con anterioridad no se le había permitido dicho acceso y el mismo es difícil para el resto de operadores del sector de las telecomunicaciones ya que se precisa de una concesión.

En definitiva, la incipiente competencia y la competencia potencial en el mercado se verían seriamente dañadas como consecuencia de la operación, máxime si se tiene en cuenta la incertidumbre asociada a procesos de intensa innovación tecnológica. 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.

Por último, el hecho de que uno de los socios de IBERBANDA sea PRISA potencia la fuerte relación que ya existe entre este Grupo y TELEFÓNICA. Cabe recordar al respecto la condición decimonovena del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, por el que se subordina la operación de concentración SOGECABLE/VIA DIGITAL al cumplimiento de determinadas condiciones, y que establece lo siguiente: "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”. Esta condición fue recurrida. El 7 de noviembre de 2005, el Tribunal Supremo dictó cuatro sentencias que confirman en su integridad los acuerdos del Consejo de Ministros.

En definitiva, el Tribunal considera que los mercados de acceso a Internet en banda ancha no han alcanzado la madurez tecnológica necesaria para que la adquisición del control exclusivo de IBERBANDA por parte de TESAU no genere dudas en cuanto a la posible obstaculización de la competencia efectiva en tales mercados, sin que quepa descartar, además, efectos a medio plazo sobre otros mercados del sector de las telecomunicaciones.

## **10. CONCLUSIONES**

En definitiva, en relación con el análisis efectuado, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

**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 (CONFIDENCIAL) 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.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, ha acordado remitir al Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación al Gobierno, el siguiente

## **DICTAMEN**

El Pleno del Tribunal considera que la operación notificada 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 por lo que considera, que no resulta conveniente autorizar la operación de concentración económica objeto del presente Informe.