



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 04.07.2007

relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE

(Asunto COMP/38.784 - Wanadoo España contra Telefónica)

(EL TEXTO EN LENGUA ESPAÑOLA ES EL ÚNICO AUTÉNTICO)

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 04.07.2007

relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE

(Asunto COMP/38.784 - Wanadoo España contra Telefónica)

(EL TEXTO EN LENGUA ESPAÑOLA ES EL ÚNICO AUTÉNTICO)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado¹, y, en particular, el apartado 2 de su artículo 23,

Vista la denuncia presentada por Wanadoo España S.L. (en la actualidad, France Télécom España S.A.) el 11 de julio de 2003, en relación con una presunta infracción del artículo 82 del Tratado por parte de Telefónica S.A., en la que solicitaba además a la Comisión que pusiese fin a la infracción,

Vista la Decisión de la Comisión de 20 de febrero de 2006 de iniciar el procedimiento en el asunto COMP/38.784,

Habiendo ofrecido a las empresas implicadas la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista en relación con los cargos formulados por la Comisión, con arreglo al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 17² y al Reglamento (CE) n° 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE³,

Visto el informe final del consejero auditor en el presente asunto,

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes,

Considerando lo siguiente:

¹ DO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

² DO 13 de 21.2.1962, p. 204/62. Reglamento cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 1216/1999 (DO L 148 de 15.6.1999, p. 5).

³ DO L 354 de 30.12.1998, p. 18.

I. INTRODUCCIÓN

- (1) El acceso de banda ancha a Internet es un elemento clave de la sociedad de la información. La principal tecnología utilizada en España para proporcionar servicios de acceso de banda ancha a Internet es el ADSL (línea de abonado digital asimétrica), que proporciona acceso de alta velocidad a Internet utilizando una línea telefónica. Telefónica, el operador incumbente o histórico, es el único operador español de telecomunicaciones que tiene una red telefónica fija a nivel nacional. Telefónica desarrolló esta red de acceso local durante un amplio periodo de tiempo al amparo de sus derechos exclusivos y pudo financiar los costes de inversión gracias a los ingresos obtenidos del monopolio que ostentaba en el suministro de infraestructura y servicios de telefonía fija vocal.
- (2) Para proporcionar a los usuarios finales acceso de banda ancha a Internet, los competidores de Telefónica tienen básicamente dos posibilidades:
- (3) Primero, pueden construir una red de acceso local alternativa: esta opción, que requiere un tiempo considerable y enormes inversiones, no es económicamente viable. En segundo lugar, pueden contratar una oferta mayorista de acceso de banda ancha. Los competidores disponen de tres tipos principales de servicios mayoristas de acceso de banda ancha, de los cuales dos los proporciona exclusivamente Telefónica y uno lo proporcionan tanto Telefónica como los operadores competidores. Sin embargo, estos últimos dependen de Telefónica para los insumos necesarios para proporcionar este tercer tipo de producto mayorista.
- (4) El papel central de Telefónica en la prestación de todos los servicios de acceso de banda ancha mayorista disponibles en España y su presencia en el mercado minorista de acceso de banda ancha le han permitido controlar e influir en los precios del mercado, la producción, la innovación, la variedad y la calidad de servicios en el mercado durante un importante periodo de tiempo.
- (5) El 11 de julio de 2003, Wanadoo España S.L. (ahora France Télécom España S.A.) presentó a la Comisión Europea («la Comisión») una denuncia contra Telefónica, alegando que el margen entre los precios mayoristas que las filiales de Telefónica cobran a sus competidores por el acceso de banda ancha mayorista en España y los precios minoristas que cobran a los usuarios finales no es suficiente para que los competidores de Telefónica puedan competir en el mercado minorista de banda ancha.

- (6) Más adelante, después de haber identificado el tipo y el desarrollo en el tiempo de los servicios a los que se refiere la Decisión así como la regulación aplicable a los mismos (véase Sección IV), la Comisión ha identificado dos mercados mayoristas de referencia: el mercado de banda ancha mayorista a nivel regional y el mercado de banda ancha mayorista a nivel nacional. Telefónica es dominante en los dos mercados. La Comisión también ha identificado un mercado minorista de referencia, que comprende todos los productos estándar de banda ancha, bien sean provistos a través de ADSL o cualquier otra tecnología, y comercializados en el "mercado de masas" para usuarios residenciales y no residenciales. Aunque la jurisprudencia no requiera el establecimiento de la posición dominante de Telefónica en el mercado minorista, la Comisión ha completado su análisis con el establecimiento de dicha posición dominante (véase Sección V)).
- (7) A continuación, la Comisión ha comprobado que, entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006, el margen entre los precios minoristas de Telefónica y el precio de acceso mayorista a nivel regional, por un lado, y el de acceso mayorista a nivel nacional, por otro, era insuficiente para cubrir los costes que un operador tan eficiente como Telefónica tendría que soportar (véase Sección VI.D). Este hallazgo no depende del método de rentabilidad elegido: ambos, el llamado método periodo a periodo y el método de los flujos de caja descontados ("FCD") llevan a la misma conclusión, a saber, que Telefónica ha impuesto un estrechamiento de márgenes a sus competidores.
- (8) El estrechamiento de márgenes podía excluir la competencia en el mercado minorista y perjudicar a los consumidores (véase Sección VI.E). La conducta de Telefónica no tiene ninguna justificación objetiva ni puede defenderse en aras de la eficiencia (véase Sección VI.F). Asimismo, la regulación existente no ha impedido a Telefónica reestructurar sus precios para poner fin al estrechamiento de márgenes (véase Sección VI.G).
- (9) El comportamiento de Telefónica constituye un abuso de posición dominante que consiste en la fijación de precios no equitativos en forma de estrechamiento de márgenes contrario al artículo 82 del Tratado. El abuso ha durado cinco años y cuatro meses, a saber, desde septiembre del 2001 hasta diciembre de 2006.
- (10) El objeto de este procedimiento es el comportamiento de Telefónica en forma de estrechamiento de márgenes, pero no se excluye que Telefónica haya participado en otras conductas abusivas en el mercado español de banda ancha.

II. PARTES EN EL PROCEDIMIENTO

A. Destinatarios de la Decisión

- (11) La presente Decisión está dirigida a Telefónica S.A. (“Telefónica”) y a su filial al 100% Telefónica de España, S.A.U (“TESAU”). También concierne al comportamiento de sus filiales, Telefónica Data de España, S.A.U (“TDATA”) y Terra Networks España S.A. (“TERRA”), que se fusionaron con TESAU el 30 de junio de 2006 y el 7 de julio de 2006 respectivamente (véase más adelante).
- (12) Telefónica S.A., TESAU, TERRA y TDATA han formado una única entidad económica durante el periodo de investigación (véase Sección VIII).
- (13) Telefónica S.A. es la sociedad matriz del grupo Telefónica, antiguo monopolio estatal de telecomunicaciones de España. Antes de la plena liberalización de los mercados de las telecomunicaciones en 1998, Telefónica era propiedad del Estado español y disfrutaba de un monopolio legal para la prestación minorista de servicios de telecomunicaciones de línea fija. Actualmente, explota la única red con dimensión nacional de telefonía fija de España.
- (14) El grupo Telefónica tiene una presencia fuerte no sólo en España sino también en Iberoamérica, donde opera en trece países. Está también presente en otros Estados miembros de la Comunidad, en especial en la República Checa, Alemania, Irlanda, Eslovaquia y Reino Unido.
- (15) Los ingresos mundiales del grupo Telefónica ascendieron a 52 900 millones de euros en 2006⁴.
- (16) Telefónica es la mayor empresa de telecomunicaciones en España y ocupa posiciones de liderazgo en casi todos los mercados de las telecomunicaciones. La importancia de Telefónica como grupo se refleja en que en 2005 generó el 52% de todos los ingresos del sector español de las telecomunicaciones⁵.
- (17) En 2005, Telefónica tenía una cuota de mercado (en términos de ingresos) de 78,6% en telefonía fija⁶ y 52% en telefonía móvil⁷. Debido a su amplia red y a su posición aventajada en el mercado como operador incumbente, Telefónica tiene cuotas de mercado muy importantes en líneas alquiladas, acceso de banda ancha mayorista⁸ y otras ventas de capacidad de red.

⁴ Informe trimestral de Telefónica, diciembre 2006, p. 7.

⁵ Informe Anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones - 2005 - («CMT»), la autoridad nacional de reglamentación de las telecomunicaciones de España.

⁶ Informe de la CMT 2005, p. 304.

⁷ Informe de la CMT 2005, p. 74.

⁸ Véase Sección V.C .

- (18) Telefónica está actualmente presente en los mercados españoles de banda ancha a través de TESAU, una filial propiedad de Telefónica al 100% cuya actividad fundamental es la operación de servicios de telefonía fija y de banda ancha en España. TESAU es un operador integrado verticalmente que proporciona servicios de banda ancha mayorista desde 1999 y servicios de banda ancha minorista desde 2001.
- (19) Durante el periodo investigado en la presente Decisión, Telefónica ha proporcionado servicios de banda ancha a través de otras dos filiales:
- (20) Hasta el 30 de junio de 2006, TDATA fue una filial propiedad al 100% de Telefónica que prestaba servicios de comunicación de datos y de soporte de Internet para empresas multinacionales. TDATA proporciona servicios de acceso de banda ancha mayorista a proveedores de servicios de Internet alternativos («PSI») y servicios de acceso de banda ancha minorista a las empresas. El 30 de junio de 2006, TESAU y TDATA se fusionaron y desde entonces constituyen una entidad jurídica (TESAU).
- (21) TERRA fue una filial propiedad al 100% de Terra Networks S.A, que es un PSI y un portal presente en 43 países, propiedad a su vez al 100% de Telefónica, tras ser adquirida por ésta en julio de 2005⁹. TERRA proporciona servicios de acceso de banda ancha minorista a usuarios finales en España desde 1999. El 7 de julio de 2006, TESAU y TERRA se fusionaron y constituyen desde entonces una entidad jurídica (TESAU). Como resultado de ello, todas las actividades de Telefónica en el ámbito de la banda ancha están ahora agrupadas dentro de TESAU.
- (22) El negocio de Internet de banda ancha de Telefónica en España generó ingresos de 2 300 millones de euros en el 2006.¹⁰
- (23) En lo sucesivo, el término «Telefónica» hará referencia no sólo a la sociedad matriz del grupo Telefónica, sino también a la entidad económica formada por ésta, TESAU, TERRA y TDATA.

B. Denunciante

- (24) El denunciante es France Télécom España S.A, un operador de telecomunicaciones fijas y móviles en España. France Télécom España S.A. es propiedad al 100 % del operador incumbente francés de servicios de telecomunicaciones, France Télécom.
- (25) En 2002, el grupo France Télécom adquirió Eresmas Interactiva S.A. («eresMas»), que era un PSI proveedor de portales en España. EresMas y Wanadoo España S.L. se fusionaron en el último trimestre de 2002.

⁹ TERRA era propiedad de Telefónica S.A. al 76 % hasta julio de 2005 y al 38 % hasta julio de 2003. (véase Sección VIII.B)

¹⁰ Informe trimestral de Telefónica de diciembre 2006, p. 20.

III. PROCEDIMIENTO

- (26) El 11 de julio de 2003, France Télécom España S.A. («France Télécom») presentó a la Comisión una denuncia contra Telefónica. El cargo principal de la denuncia era que el margen entre los precios mayoristas que las filiales de Telefónica cobran a sus competidores por el acceso de banda ancha mayorista en España y los precios minoristas que cobran a los usuarios finales, no es suficiente para que los competidores de Telefónica puedan competir con ella en el suministro de acceso a Internet de banda ancha a usuarios finales.
- (27) La investigación que dio lugar a la presente Decisión, se inició a raíz de la denuncia de France Télécom (asunto COMP/C -1/38.784). La Comisión envió posteriormente varias solicitudes de información para completar la información facilitada por el denunciante. Tras una investigación exhaustiva de la denuncia y de la información adicional obtenida, el 22 de febrero de 2006 la Comisión envió un Pliego de Cargos ("PC") a Telefónica y le dio la oportunidad de presentar observaciones respecto a las conclusiones preliminares de hecho y de Derecho. El PC se centra en los precios no equitativos que vulneraban el artículo 82 del Tratado y, en especial, en las prácticas de estrechamiento de márgenes. Telefónica respondió al PC el 19 de mayo de 2006 («la Contestación»).
- (28) Durante el procedimiento se ha admitido como terceros interesados a varias empresas y asociaciones de empresas, entre ellas los principales competidores de Telefónica. Se trata, entre otros, de Tele2, ONO, Jazztel y Astel.
- (29) Se concedió a Telefónica acceso al expediente en dos ocasiones (el 22 de febrero de 2006, tras la notificación del PC, y el 7 de abril de 2006)
- (30) Los días 12 y 13 de junio de 2006 se celebró una vista oral a petición de Telefónica. Se dio a Telefónica, al denunciante y a los terceros interesados la oportunidad de ser oídos y de presentar comentarios sobre las cuestiones planteadas por la Comisión en su PC. Después de la audiencia oral, los servicios de la Comisión enviaron nuevas solicitudes de información a Telefónica en un afán de obtener una mayor claridad sobre los hechos.
- (31) El 11 de enero de 2007, la Comisión envió a Telefónica una carta («carta factual») invitándola a presentar comentarios sobre las conclusiones que la Comisión pensaba obtener a partir de nuevos elementos no mencionados en el PC. Telefónica contestó a esta carta el 12 de febrero de 2007.

IV. SERVICIOS CONTEMPLADOS EN LA DECISIÓN

A. Acceso de banda ancha a Internet

1 Introducción

- (32) Internet es una serie de redes informáticas interconectadas. Conectados a Internet, los usuarios gozan de servicios como el correo electrónico, la navegación por la red, el soporte de páginas web y la mensajería instantánea. Los proveedores de servicios de Internet («PSI») permiten a sus usuarios conectarse a Internet proporcionándoles una conexión a su plataforma, que a su vez se conecta con Internet («conectividad de Internet»). El acceso a Internet puede suministrarse a través de varias plataformas tecnológicas. En la mayoría de los casos, los abonados se conectan a su PSI a través de una línea telefónica fija, por cable (en las zonas cubiertas por redes de cable) o mediante una conexión dedicada.
- (33) Actualmente hay tres formas principales de servicio de acceso a Internet: i) acceso conmutado, ii) banda ancha con tecnologías de línea de abonado digital (DSL) o cable-módem (o equivalentes) y iii) acceso dedicado.
- (34) El acceso conmutado a través de líneas telefónicas analógicas (RTPC¹¹) o de redes digitales de servicios integrados (RDSI) supone que los usuarios que desean acceder a Internet deben contratar el teléfono por separado y conectar su terminal a la línea telefónica mediante un módem. Los programas de conexión de su ordenador hacen que el módem marque un número que los conecta al terminal del PSI.
- (35) Además del acceso conmutado, los usuarios también pueden comprar más velocidad, es decir, un acceso de «banda ancha». En este contexto, el «ancho de banda» describe la capacidad de una conexión. Cuanto mayor es la capacidad de conexión (es decir, más «ancha» es la banda), mayor es la cantidad de información que puede transitar por ella, lo que significa más datos por unidad de tiempo (y por tanto más «velocidad» de conexión). El usuario tiene así acceso a ficheros más grandes, como los de vídeo digital y música, y puede participar en juegos por Internet e incluso recibir canales de televisión.

2 Acceso de banda ancha a Internet en España

- (36) La presente Decisión se refiere a la provisión de acceso de banda ancha a Internet en el mercado español de masas. Debe aclararse, por tanto en qué consiste un servicio de banda ancha a Internet.
- (37) El acceso de banda ancha tiene características distintivas: i) velocidades de bajada y de subida sensiblemente superiores a las de la red conmutada; ii) posibilidad de conexión permanente y iii) posibilidad de utilizar la misma línea de acceso para llamadas telefónicas u otras comunicaciones mientras se está conectado a Internet.

¹¹ Red telefónica pública conmutada.

- (38) Todas estas características tienen que estar presentes simultáneamente para que un servicio de acceso a Internet se defina como banda ancha. No se dan en la práctica cuando se utilizan servicios de acceso conmutado y, en conjunto, caracterizan el acceso de banda ancha como un servicio de calidad superior al acceso conmutado. En consecuencia, ha sido práctica reiterada de las autoridades de competencia y los reguladores comunitarios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas el considerar que el acceso conmutado a Internet y el acceso de banda ancha son servicios no equivalentes que pertenecen a mercados de servicios de referencia diferentes.¹²
- (39) El acceso de banda ancha a Internet puede proporcionarse utilizando diversas plataformas tecnológicas: DSL (línea digital de abonado), cable y WLL (bucle local inalámbrico), incluidas las tecnologías LMDS¹³ y MMDS¹⁴. La DSL es la plataforma predominante para el acceso de banda ancha en España (79% de las conexiones a finales de 2006), seguida por el cable-módem (21% de las conexiones). El WLL generalmente ha estado sólo disponible para las empresas.

Cuadro 1 – Distribución de las líneas de banda ancha en España por tecnologías desde 2002 hasta 2006 (fuente: CMT - Informes anuales y mensuales)

	2002	2003	2004	2005	2006
ADSL	72,0%	73,8%	75,3%	76,3%	76,8%
CABLE	27,7%	26,0%	24,1%	23,4%	23,2%
Otras	0,3%	0,2%	0,6%	0,3%	< 0,1%

3 Línea digital de abonado (DSL)

- (40) La DSL (línea digital de abonado) es una tecnología que permite utilizar el bucle local de la red de telefonía fija (RTPC) existente para la transmisión de un gran volumen de datos digitales. Esta tecnología requiere modernizar las centrales telefónicas locales y conectarlas a las redes de alta capacidad. Las tecnologías DSL utilizan las líneas telefónicas tradicionales para la transmisión simultánea de voz, datos y vídeo a alta velocidad.

¹² Véase sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30.01.07 en asunto T-340/03, France Télécom SA vs. Commission ("*France Télécom*"), Considerando 91. Véase también la Decisión de la Comisión de 16.07.03 en asunto COMP/38.233 • Wanadoo Interactive ("*Wanadoo*"), Considerandos 169 a 204.

¹³ Local Multipoint Distribution System.

¹⁴ Multichannel Multipoint Distribution System.

- (41) Hay varias tecnologías DSL: por ejemplo, ADSL (línea digital de abonado asimétrica), HDSL (línea DSL de gran velocidad), SDSL (línea DSL simétrica) y VDSL (línea DSL de muy alta velocidad), que suelen denominarse colectivamente xDSL¹⁵. La tecnología ADSL es la predominante actualmente para la provisión de Internet de banda ancha a clientes residenciales en España y en otros Estados miembros. El adjetivo «asimétrica» indica que la capacidad de transmisión es diferente hacia y desde el usuario, es decir, que la capacidad de transmisión al usuario es mayor que la capacidad de transmisión del usuario. Dado que la mayoría de los hogares consumen más datos de los que generan, se modifica la red de modo que las capacidades de entrada y salida del hilo de cobre sean «asimétricas», con mayor capacidad para la entrada de datos.

4 Cable-módem

- (42) Los usuarios pueden asimismo contratar el acceso de banda ancha a Internet con sus operadores de televisión por cable. Como ocurre con el bucle local de la telefonía fija, las redes coaxiales convencionales de cable utilizadas para la transmisión de señales de TV pueden modernizarse para permitir un acceso veloz a Internet¹⁶. En lo sucesivo, este tipo de acceso se denominará «cable-módem».
- (43) Mientras que la tecnología ADSL abarca la mayor parte de la población en España y está disponible por igual en todas las regiones españolas (es decir, en las Comunidades Autónomas) gracias a la red ubicua heredada del antiguo monopolio, sólo el 40% de la población puede obtener acceso a la banda ancha usando el cable-módem que está desigualmente repartido por el territorio español¹⁷. De hecho, la cobertura del cable-módem es aun más baja en relación con la cobertura de Telefónica en algunas de las regiones españolas en donde se hallan las ciudades más pobladas (Madrid y Barcelona), la Comunidad de Madrid (con un 62% de los hogares con acceso al cable) y Cataluña (un 42% de los hogares con acceso al cable)¹⁸. La razón principal de esta diferencia en la cobertura radica en que Telefónica ya tenía desarrollada una red ubicua cuando se liberalizó el sector en 1998 mientras que los operadores de cable tuvieron que superar diversos obstáculos para construir su red (a saber, los costes hundidos de la construcción de la infraestructura y las dificultades administrativas para la concesión de licencias).

¹⁵ Puede encontrarse más información sobre la tecnología xDSL en el sitio web del DSL Forum en www.dslforum.org.

¹⁶ El cable coaxial es un cable de gran capacidad utilizado por los proveedores de televisión por cable para la transmisión de señales audio y vídeo analógicas y/o digitales entre el bucle local y los usuarios finales.

¹⁷ Informe de la CMT 2005, p. 285.

¹⁸ Informe de la CMT 2005, p. 101.

5 Otras tecnologías

- (44) Junto al ADSL y al cable, actualmente se utilizan en España otras tecnologías para comercializar ofertas de banda ancha minorista. Algunas de estas tecnologías están basadas en la red fija, como la fibra óptica (FTTH), las comunicaciones por líneas eléctricas (PLC), el bucle local inalámbrico (WLL) y el satélite, por ejemplo, mientras que otras se basan en redes móviles¹⁹ (por ejemplo, GPRS²⁰ y UMTS²¹). Sin embargo, muchas de estas tecnologías (satélite, WLL) se caracterizan por sus elevados costes, por lo que sólo resultan asequibles para productos a medida. Otras (PLC, GPRS y UMTS) están aún en una fase de desarrollo inicial. Como puede verse en el Cuadro 1, estas tecnologías representan menos del 0,1% del total de las líneas de banda ancha en España.

B. El mercado de masas de acceso minorista de banda ancha a Internet

1 Principales proveedores de servicios de Internet («PSI»)

1.1 Telefónica

- (45) El Grupo Telefónica ha estado suministrando servicios minoristas de ADSL a través de sus filiales TESAU, TERRA y TDATA. TERRA ha ofrecido servicios minoristas ADSL a hogares y SoHo (Small Office/Home Office, pequeña oficina/oficina en casa)²² bajo la marca Telefónica desde octubre de 1999. TESAU obtuvo autorización oficial para comercializar servicios minoristas de ADSL en julio de 2001²³ e introdujo servicios de acceso ADSL a Internet el 7 de septiembre de 2001²⁴. TDATA empezó a ofrecer servicios de acceso ADSL en 1999²⁵. El 1 de diciembre de 2001 transfirió sus abonados a TESAU, pero ha seguido ofreciendo acceso minorista de banda ancha a Internet a grandes clientes corporativos²⁶.
- (46) A finales de diciembre del 2006, TESAU tenía 3.742.652 abonados minoristas de banda ancha.²⁷

¹⁹ La diferencia entre una red fija y una móvil depende de la ubicación del punto de terminación de la red (NTP). Tecnologías como el WLL son de hecho fijas, puesto que el NTP es fijo.

²⁰ Servicio de Radio Transmisión de Paquetes Generales.

²¹ Sistema universal de telecomunicaciones móviles.

²² Carta de Telefónica de 22.9.2003 (véase la página TFCA-19 del expediente).

²³ Resolución de 31 de julio de 2001, del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, relativa a la prestación del servicio «ADSL minorista» por parte de Telefónica de España, S.A.U. (véase la página CMT -4578 del expediente).

²⁴ Véase el comunicado de prensa de Telefónica: «Telefónica de España lanza sus servicios de banda ancha Línea ADSL dirigidos a usuarios finales», 7.9.2001, disponible en <http://www.telefonica.es/saladeprensa/>

²⁵ Carta de Telefónica de 22.9.2003 (véase la página TFCA-18 del expediente).

²⁶ Véase la carta de Telefónica de 21.7.2005 en la página TFCA-8926 del expediente.

²⁷ Informe trimestral de Telefónica, diciembre 2006, p. 20. Esta cifra incluye los clientes minoristas de banda ancha de TERRA y TDATA.

1.2 *PSI alternativos que proporcionan servicios ADSL*

- (47) France Télécom empezó a ofrecer servicios minoristas ADSL en mayo de 2001. Tras su fusión con Eresmas, su base de clientes prácticamente se duplicó a finales de 2002. A finales de junio de 2006, France Télécom tenía 640 000 abonados a la banda ancha en España²⁸ y es actualmente el principal competidor de Telefónica en términos de número de abonados al ADSL.
- (48) Ya.com es filial de T-Online (PSI de Deutsche Telekom). El 31 de diciembre de 2005, tenía 275 008 abonados al ADSL²⁹.
- (49) Como France Télécom y Ya.com, Jazztel es un operador alternativo de telecomunicaciones y transmisión de datos en España. A finales de junio de 2006, Jazztel tenía 247 451 abonados conectados a través de su propia red³⁰.
- (50) Hay otros pequeños PSI que ofrecen servicios de Internet de banda ancha por ADSL, ninguno de los cuales tenía una cuota de mercado superior al 1% a finales de 2005.

1.3 *Operadores de cable*

- (51) Ono y Auna son los principales operadores de cable. Su cobertura se limita a algunas regiones³¹. En noviembre de 2005, Ono adquirió Auna. Ono, la entidad resultante, tenía 1 014 502 clientes de banda ancha a finales de 2005²⁹.
- (52) Los otros operadores de cable son Euskaltel³² (107 556 clientes de banda ancha a finales de 2005²⁹), R Cable³³ (69 085 clientes de banda ancha a finales de 2005) y Telecable de Asturias³⁴ (61 720 clientes de banda ancha a finales de 2005²⁹).

2 *La oferta de banda ancha minorista en España*

- (53) Cabe distinguir dos tipos de productos de acceso de banda ancha minorista según sus características comerciales y técnicas: i) servicios de banda ancha estándar dirigidos al mercado de masas y ii) servicios de banda ancha a medida.
- (54) El primer tipo de productos, al que se refiere la presente Decisión, sirve a clientes con necesidades comunes y no específicas que se contentan con productos estándar diseñados por los operadores de telecomunicaciones para el mercado de masas.

²⁸ Informe anual de France Télécom 2006.

²⁹ Informe de la CMT 2005, p 367.

³⁰ Informe anual de Jazztel de 2006, p 6.

³¹ Ono opera en la Comunidad Valenciana, Cantabria, Mallorca, Albacete, Murcia, Huelva y Cádiz. Auna opera en Madrid, Cataluña, Andalucía (excepto Huelva y Cádiz), Canarias, Alicante, Aragón, Navarra y La Rioja.

³² Euskaltel opera en el País Vasco.

³³ R Cable opera en Galicia.

³⁴ Telecable Asturias opera en Asturias.

- (55) El segundo tipo de productos está destinado a cubrir las necesidades especiales y específicas de ciertos clientes en términos de servicios de comunicaciones electrónicas en general y de servicios de transmisión de datos en especial.
- (56) Los servicios a medida no están cubiertos por la Decisión; se aludirá brevemente a ellos en la sección dedicada a la definición del mercado (véase Sección V.A.2). El resto de la presente Sección sobre la oferta de banda ancha minorista en España alude exclusivamente a los productos de acceso de banda ancha estándar (Sección 2.1) y la aparición de ofertas empaquetadas (Sección 2.2).

2.1 *Productos de acceso de banda ancha estándar comercializados en el mercado de masas en España*

- (57) Las ofertas de acceso de banda ancha minorista estándar disponibles en el mercado de masas en España varían en función de dos criterios principales: la velocidad y el tiempo de conexión (oferta plana/semiplana):
- (58) Las ofertas minoristas se diferencian en primer lugar por la velocidad de descarga (la velocidad a la que los datos pueden viajar de Internet al usuario final). Hasta 2004, había cuatro velocidades de descarga diferentes en el mercado. Esas velocidades fueron duplicadas en dos ocasiones (en septiembre de 2004 y julio de 2005) por Telefónica sin modificación alguna del precio para el usuario final (véase Cuadro 2). La mayoría de los clientes de ADSL en España ([...] ³⁵ y [...]) compra la oferta minorista en la «modalidad básica» (la velocidad más baja disponible de Telefónica). Las otras categorías son productos más caros que permiten mayores velocidades de descarga.

Cuadro 2 – Evolución de la velocidad de descarga de las principales ofertas minoristas de TESAU³⁶

Modalidad	Antes de sept. 04	Sept. 04 - julio 05	Desde julio 05
Básica	256 Kbps/128 Kbps	512 Kbps/128 Kbps	1 Mbps/300 Kbps
Class	512 Kbps/128 Kbps	1 Mbps/300 Kbps	2 Mbps/300 Kbps
Avanzada	1 Mbps/300 Kbps	2 Mbps/300 Kbps	4 Mbps/512 Kbps
Premium	2 Mbps/300 Kbps	4 Mbps/512Kbps	8 Mbps/640 Kbps

³⁵ Véase el Anexo I.

³⁶ Véanse las siguientes resoluciones de la CMT: DT 2004/1008 de 22.7.2004 (véase nota al pie de página 103 abajo) y DT 2005/418 de 19.5.2005 (véase nota al pie de página 104 abajo).

- (59) Las ofertas minoristas se diferencian igualmente por el tiempo de conexión: los usuarios pagan mensualmente i) una tarifa plana independiente del tiempo de conexión a Internet y de la cantidad de datos transferida, o ii) una tarifa semiplana, que les permite estar conectados o transferir todos los datos que deseen en períodos específicos (normalmente en horario no laborable, por ejemplo el fin de semana o por la noche) pagando una tarifa variable (por minuto de conexión o por volumen de datos transferidos) por la utilización fuera de estos periodos.

2.1.1 Catálogo de productos minoristas de ADSL de TESAU

- (60) El catálogo de ofertas de acceso de banda ancha minorista de TESAU proporciona una buena descripción de los productos minoristas estándar de ADSL disponibles en España [...].
- (61) En diciembre de 2006, el catálogo de TESAU contenía las siguientes ofertas

Cuadro 3 – Ofertas minoristas de TESAU en diciembre de 2006 (IVA excluido)³⁷

Producto	Modalidad	Tarifa mensual fija	Tarifa mensual variable	Tarifa mensual máxima
OFERTAS PLANAS				
Kit/Línea ADSL 1 Mbps	Tarifa plana	EUR 39,07	-	EUR 39,07
Línea ADSL 2 Mbps	Tarifa plana	EUR 75,00	-	EUR 75,00
Línea ADSL 4 Mb	Tarifa plana	EUR 120,00	-	EUR 120,00
Línea ADSL 8 Mbps	Tarifa plana	EUR 150,00	-	EUR 150,00
Línea ADSL 2 Mbps Business	Tarifa plana	EUR 208,33	-	EUR 208,33
Línea ADSL 4 Mbps Business	Tarifa plana	EUR 333,33	-	EUR 333,33
Línea ADSL 8 Mbps Business	Tarifa plana	EUR 466,67	-	EUR 466,67
OFERTAS SEMIPLANAS				
Tiempo Libre 1 Mbps	noches+fin semana	EUR 29,90	0,060 EUR/min	EUR 42,00
A tu medida fin semana 1 Mbps	11h/mes+fin semana	EUR 21,90	0,024 EUR/min	EUR 42,00
A tu medida noche 1 Mbps	11h/mes + noches	EUR 21,90	0,024 EUR/min	EUR 42,00
A tu medida combinado 1 Mbps	11h/mes + noches+fs	EUR 29,70	0,024 EUR/min	EUR 42,00
ADSL Mini 1 Mbps	1 GB/mes	EUR 29,90	5 EUR/GB	EUR 42,00

(62) Salvo la citada mejora de las velocidades, los precios nominales de TESAU no han variado desde que TESAU empezara a ofrecer servicios minoristas ADSL en septiembre de 2001.

2.1.2 Comparación de los precios minoristas del acceso de banda ancha de TESAU y de sus principales competidores

(63) En septiembre de 2002 no había aún diferenciación alguna en los productos ofrecidos por los principales PSI alternativos, ya que todos ofrecían el mismo producto a la velocidad de 256 Kbps. El siguiente cuadro muestra que las tarifas mensuales de estos PSI seguían estrechamente alineadas con las de TESAU en esta fecha.

³⁷

Véase el sitio Internet de Telefónica (www.telefonica.es).

Cuadro 4 – Principales ofertas de banda ancha minorista (velocidad 256 Kbps) en septiembre de 2002 (IVA excluido)³⁸

PSI	Producto	Modalidad	Tarifa mensual fija
AUNA ³⁹	ADSL Auna 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 39,00
TESAU	Kit/Línea ADSL 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 39,07
TERRA	Terra ADSL plus 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 42,04
Tiscali ⁴⁰	ADSL Top 256 Kbps con equipo	Tarifa plana	EUR 39,95
Ya.com ⁴¹	ADSL 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 39,07
Wanadoo ⁴²	ADSL Speed 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 39,00

- (64) En septiembre de 2003 se lanzaron nuevos productos de tarifa semiplana, que permitían el libre acceso durante el horario no laborable (fin de semana y por la noche) a un precio reducido (29,9 euros más un cargo variable por utilización fuera de este horario). Como se observa en el siguiente cuadro, las tarifas mensuales de los PSI alternativos siguieron estrechamente alineadas con las de TESAU.

³⁸ Información proporcionada por los principales PSI en respuesta a cuestionarios enviados por la Comisión.

³⁹ Véase la carta de Auna de 8.4.2005 (página PSI-335 del expediente).

⁴⁰ Véase la carta de Tiscali de 24.9.2003 (página PSI-138 del expediente). Véase también la nota a pie de página 44 .

⁴¹ Véase la carta de Ya.com de 6.4.2005 (página PSI-311 del expediente).

⁴² Véase la carta de Wanadoo de 7.4.2005 (página PSI-397 del expediente). Véase también la nota a pie de página 45 .

Cuadro 5 – Principales ofertas de banda ancha minorista (velocidad 256 Kbps) en septiembre de 2003 (IVA excluido) ³⁸

PSI	Producto	Modalidad	Tarifa mensual fija	Tarifa mensual variable	Tarifa mensual máxima
AUNA ³⁹	Adsl Auna 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 39,00	-	EUR 39,00
TESAU	Kit/Línea ADSL 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 39,07	-	EUR 39,07
TERRA	Terra ADSL plus 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 42,04	-	EUR 42,04
	ADSL Home 256 Kbps ⁴³	Fin s.+ noches	EUR 29,90	0,06 EUR/min	EUR 42,00
Tiscali ⁴⁰	ADSL Top 256 Kbps + equipo	Tarifa plana	EUR 38,95	-	EUR 38,95
	ADSL Libre 256 Kbps+equipo ⁴⁴	-	EUR 19,95	0,024 EUR/min	EUR 39,95
Ya.com ⁴¹	ADSL 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 39,07	-	EUR 39,07
Wanadoo ⁴²	ADSL Speed 256 Kbps	Tarifa plana	EUR 39,00	-	EUR 39,00
	ADSL Go 256 Kbps ⁴⁵	Fin s.+noches	EUR 29,90	0,06 EUR/min	EUR 42,00

- (65) En marzo de 2004, la situación era prácticamente la misma (en términos de diferenciación de precios y calidad)⁴⁶.
- (66) Desde el segundo semestre de 2004 los PSI alternativos empezaron a diferenciarse de las ofertas minoristas de TESAU ofreciendo mayor velocidad, nuevos productos semiplanos a precios más bajos y productos combinados con llamadas de telefonía vocal. Estas nuevas ofertas están disponibles sólo en algunas zonas geográficas, básicamente en aquéllas en las que los principales operadores alternativos desplegaron redes hasta los bucles locales desagregados de Telefónica⁴⁷ (principalmente en las grandes ciudades españolas) y donde al mismo tiempo estaba de hecho disponible el acceso desagregado al bucle local (y a los servicios asociados)⁴⁸, si bien seguían alineadas con las de Telefónica en el resto del territorio o eran más caras que las de ésta. Las ofertas minoristas presentes en julio de 2005 en el mercado eran las siguientes:

⁴³ Producto lanzado el 6.3.2003 (carta de Telefónica de 22.9.2003 - véase la página TFCA -54 del expediente).

⁴⁴ Producto lanzado el 20.1.2003 (carta de Telefónica de 22.9.2003 - véase la página TFCA -54 del expediente).

⁴⁵ Producto lanzado el 28.10.2002 (carta de Telefónica de 22.9.2003 - véase la página TFCA -54 del expediente).

⁴⁶ CMT, Consulta pública sobre definición y análisis del mercado de servicios de acceso y tráfico a redes de datos mediante conexión permanente desde ubicación fija. Véase el cuadro I.1.8 (páginas CMT -3966 y CMT -3967 del expediente).

⁴⁷ Como se explicará en la Sección IV.C.2, el acceso desagregado al bucle local es la única oferta mayorista que permite una diferenciación decisiva (en términos tanto de calidad como de precios) frente a las ofertas minoristas de Telefónica. Asimismo, se trata de la oferta que más inversiones exige por parte del operador alternativo.

⁴⁸ Véase Sección IV.F.

Cuadro 6 – Principales ofertas minoristas de ADSL en julio de 2005 (IVA excluido)⁴⁹

PSI	Producto	Modalidad	Restric. geográficas ⁵⁰	Tarifa mensual fija
TESAU	KitLínea ADSL 1 Mbps	Tarifa plana	-	EUR 39,07
	Tiempo Libre 1 Mbps	fs+noche	-	EUR 29,90
	ADSL a tu medida fin s. 1 Mbps	fs ⁵¹	-	EUR 21,90
	ADSL a tu medida noche 1 Mbps	noche	-	EUR 21,90
	ADSL a tu medida combinado 1 Mbps	fs+noche	-	EUR 29,70
	ADSL Mini 1 Mbps	Tarifa plana	-	EUR 29,90
France Télécom	ADSL 1 Mbps directo	Tarifa plana	restricciones	EUR 29,90
	ADSL 2 Mbps directo	Tarifa plana	restricciones	EUR 39,00
	ADSL Nav. 2 Mbps + voz nacional	Tarifa plana	restricciones	EUR 36,00
	ADSL Nav. 2 Mbps + voz ciudad	Tarifa plana	restricciones	EUR 29,90
Ya.com	ADSL 256 Kbps	Tarifa plana	restricciones	EUR 19,95
	ADSL 1 Mbps	Tarifa plana	restricciones	EUR 29,95
	ADSL 1 Mbps	Tarifa plana	-	EUR 54,95
	ADSL 2 Mbps Voz	Tarifa plana	restricciones	EUR 32,95
Jazztel	Adsl 4 Mbps 24h	Tarifa plana	restricciones	EUR 32,95
	Adsl 4 Mbps Bono 17 h	17h/mes	restricciones.	EUR 15,95
	Adsl 4 Mbps Bono 22h	22h/mes	restricciones	EUR 20,95
	Adsl 4 Mbps noches	noches	restricciones	EUR 26,95
	Adsl 4 Mbps fin de semana	fs	restricciones	EUR 26,95

(67) A diciembre de 2006, las ofertas minoristas disponibles en el mercado eran:

⁴⁹ Información obtenida de los sitios Internet de los principales PSI alternativos el 11 de julio de 2005 (véanse las páginas PSI -522 a PSI -530 del expediente).

⁵⁰ Restricción geográfica significa que el servicio está disponible únicamente en algunas zonas geográficas, o bien en todo el territorio pero con precios diferentes según las zonas geográficas (discriminación entre ciudades y zonas rurales).

⁵¹ Fin de semana.

Cuadro 7 – Principales ofertas minoristas de ADSL en diciembre de 2006 (IVA excluido)⁵²

PSI	Producto	Modalidad	Tarifa mensual fija LLU/resto del territorio
TESAU	Kit/Línea ADSL 1 Mbps	Tarifa plana	EUR 39,07
	Tiempo Libre 1 Mbps	Fin s.+ noches	EUR 29,90
	ADSL A tu Medida fin s. 1 Mbps	Fin s.	EUR 21,90
	ADSL A tu Medida noche 1 Mbps	noches	EUR 21,90
	ADSL A tu Medida combinado 1 Mbps	fin s.+ noches	EUR 29,70
	ADSL Mini 1 Mbps	Tarifa plana	EUR 29,90
France Télécom	ADSL 1 Mbps	Tarifa plana	EUR 39,00
	ADSL 1 Mbps + voz nacional	Tarifa plana	EUR 20,00 / EUR 36,00
	ADSL 1 Mbps + voz local	Tarifa plana	EUR 29,90
	ADSL 4 Mbps + voz local	Tarifa plana	EUR 29,90 / n.d.
	ADSL 20 Mbps + voz local	Tarifa plana	EUR 36,00 / n.d.
Ya.com	ADSL 1 Mbps + voz nacional	Tarifa plana	EUR 19,95 / n.d.
	ADSL 4 Mbps + voz nacional	Tarifa plana	EUR 25,95 / n.d.
	ADSL 20 Mbps + voz nacional	Tarifa plana	EUR 29,95 / n.d.
Jazztel	ADSL 1 Mbps 24h	Tarifa plana	EUR 35,95
	ADSL 6 Mbps 24h	Tarifa plana	EUR 32,95 / n.d.
	ADSL 20 Mbps 24h	Tarifa plana	EUR 29,95 / n.d.

2.1.3 *La multiplicación de promociones en el mercado de banda ancha minorista*

(68) El mercado español de acceso de banda ancha minorista se caracteriza por el gran número de promociones para atraer a nuevos abonados ofrecidas por Telefónica y sus competidores (principalmente en lo que respecta a cuotas de conexión, equipo, abonos mensuales gratuitos o con descuento, y en ocasiones regalos sin ninguna relación directa aparente con el producto de banda ancha contratado)⁵³. Según el regulador español de las telecomunicaciones (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones – CMT), estas promociones han sido de hecho un instrumento clave de competencia entre los operadores del mercado minorista⁵⁴.

⁵² Información obtenida de los sitios Internet de los principales PSI alternativos en diciembre de 2006.

⁵³ El impacto de las promociones de Telefónica sobre el estrechamiento de márgenes está medido en la Sección VI.F.3).

⁵⁴ Informe anual de la CMT 2004, página 107; (véase la página CMT -3585 del expediente).

2.2 *Aparición de ofertas empaquetadas*

- (69) En los últimos tres años, uno de los acontecimientos más destacados en los productos de banda ancha minorista de Telefónica y de sus competidores ha sido la aparición y el suministro cada vez mayor de las llamadas "ofertas dobles" que agrupan servicios de voz y acceso de banda ancha a Internet, y las llamadas "ofertas triples", que también incluyen televisión en banda ancha. Desde el principio, estas ofertas han constituido el eje de los intentos de los operadores de cable de penetrar y expandirse en el mercado del acceso de banda ancha a Internet. Sin embargo, tal y como se explica más abajo, estas tentativas no han impedido que los operadores de cable pierdan cuota de mercado durante el periodo en causa. A finales de 2004, Telefónica lanzó su servicio de televisión sobre banda ancha, "Imagenio", que agrupa también acceso de banda ancha a Internet y telefonía vocal.
- (70) Mientras que Telefónica puede realizar ofertas triples a nivel nacional gracias a su infraestructura ubicua heredada del antiguo monopolio legal, a medio y corto plazo los operadores alternativos sólo pueden presentar ofertas triples en zonas limitadas del territorio español, a saber, en las cubiertas por la huella de cada operador de cable; o allí donde los operadores alternativos de ADSL han desplegado una infraestructura hasta las centrales locales de Telefónica (véase Sección C.2.1). En efecto, contrariamente a la situación de otros Estados miembros (p.ej., Francia) y tal como lo ha reconocido la propia Telefónica⁵⁵, los productos mayoristas nacionales y regionales de ésta no permiten técnicamente a los operadores alternativos ofertar televisión de banda ancha. En consecuencia, la desagregación del bucle local es el único medio para que los operadores alternativos (no de cable) suministren televisión por banda ancha, y en España ha habido obstáculos importantes para la obtención de esta forma de acceso (véase Sección F). De hecho, únicamente Jazztel y France Télécom están empezando ahora a ofertar estos servicios, con una cobertura geográfica muy limitada.
- (71) Telefónica se fijó el ambicioso objetivo de llegar a 200 000 clientes conectados a Imagenio para finales de 2005⁵⁶ y lo consiguió. A finales de 2006, ya había 383 000 clientes de Imagenio⁵⁷.

C. Acceso de banda ancha mayorista

1 Introducción

- (72) Tal y como se ha explicado anteriormente, Internet es una serie de redes de ordenadores interconectadas. Para proporcionar servicios de banda ancha minorista de Internet a sus clientes, un PSI debe poder: i) conectar los domicilios de los usuarios finales con su plataforma («acceso de red a los usuarios finales») y ii) conectar su plataforma con Internet («conectividad de Internet»).

⁵⁵ Véase la carta de TESAÚ de 18.7.2005 (página TFCA -3242 del expediente).

⁵⁶ Informe anual de Telefónica 2005, página 27

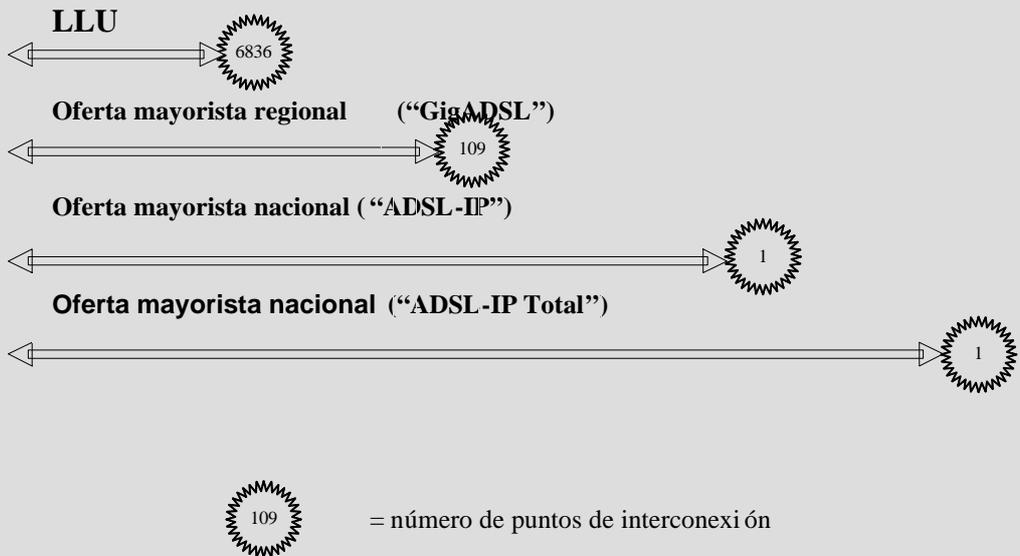
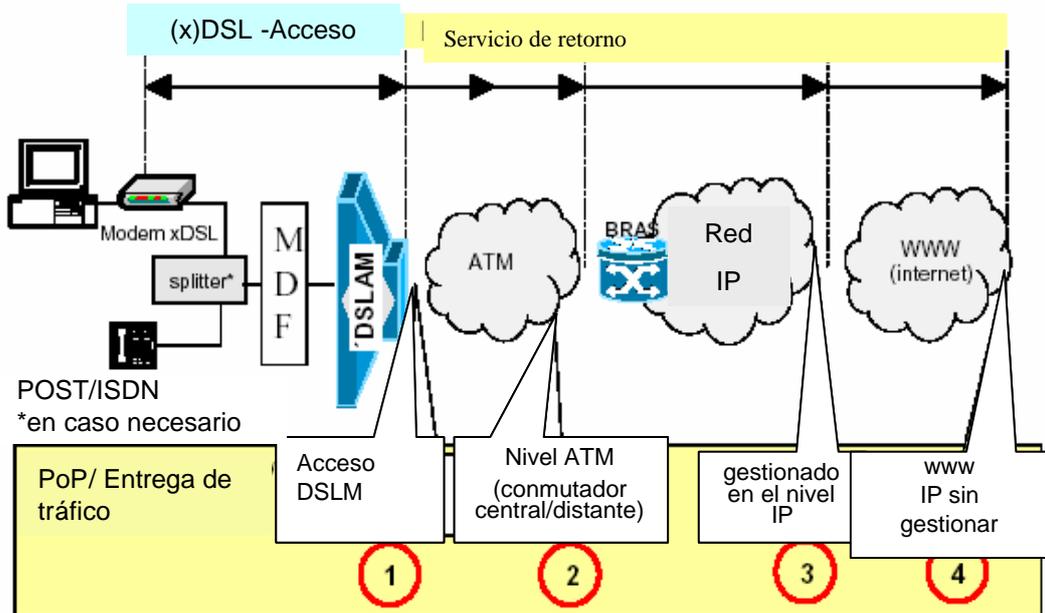
⁵⁷ Telefónica, resultados Trimestrales 2006, enero a diciembre, página 21.

- (73) TESAU es el único operador con una red de acceso local (es decir, con acceso a la mayoría de los hogares y empresas españolas) en todo el territorio español.
- (74) Una empresa que desee suministrar acceso de banda ancha a los usuarios finales en todo el territorio español, no tiene más opción —salvo el despliegue de una red alternativa de acceso a nivel de todo el territorio nacional, que no es económicamente viable— que contratar alguno de los servicios mayoristas de ADSL disponibles en el mercado, todos ellos basados en la red de acceso de TESAU que consiste en bucles locales habilitados para ADSL.
- (75) Hay tres tipos principales de ofertas mayoristas de ADSL: i) una oferta de referencia para el acceso desagregado al bucle local (local loop unbundling «LLU») comercializada únicamente por TESAU; ii) una oferta mayorista regional comercializada únicamente por TESAU y iii) varias ofertas mayoristas nacionales, comercializadas tanto por Telefónica como por los otros operadores basándose en el acceso desagregado al bucle local o en la oferta mayorista regional de TESAU.
- (76) La conectividad de Internet (es decir, conectividad con los demás usuarios de Internet de modo que los paquetes de datos enviados por los usuarios finales lleguen a los destinos previstos y que los usuarios finales reciban el tráfico entrante de datos) puede conseguirse de tres maneras diferentes : i) puede comprarse a un operador de red (por ejemplo, en el caso de un PSI que no tenga una red propia); ii) puede obtenerse mediante la interconexión y el intercambio de tráfico con un número de redes suficientemente grande de modo que se cubran todos los destinos; o iii) mediante una combinación de las dos anteriores.

2 Descripción de los principales productos de banda ancha mayorista en España

- (77) A continuación se describen de forma más detallada las características y la evolución de estos productos de acceso mayorista desde su introducción en el mercado:

Gráfico 1 – Productos mayoristas de Telefónica



2.1 *Acceso completamente desagregado y compartido al bucle local*

- (78) El bucle local es el circuito físico de línea de par trenzado metálico que conecta el punto de terminación de la red situado en las dependencias del abonado al repartidor principal (MDF)⁵⁸ o a la instalación equivalente de la red pública de telefonía fija. El acceso completamente desagregado al bucle local es el suministro de acceso a un beneficiario de tal modo que éste pueda utilizar la totalidad del espectro de frecuencias disponible en el par trenzado metálico (y ofrecer servicios vocales y servicios de datos tales como acceso a Internet). El acceso compartido al bucle local es la provisión al beneficiario del uso del espectro de frecuencias de banda no vocal del par trenzado metálico.
- (79) El operador que contrata acceso compartido puede suministrar al usuario final servicios de banda ancha, mientras que el operador preexistente continúa prestando servicios de telefonía vocal al usuario final. Con el acceso completamente desagregado el usuario final ya no recibe ningún servicio del operador preexistente: el operador alternativo puede suministrar al usuario final tanto servicios vocales como de datos.
- (80) Según se ha mencionado anteriormente, al ser la única empresa que tiene una red de acceso local en todo el territorio español, TESAU es el único proveedor de acceso completamente desagregado y compartido al bucle local en España.
- (81) Desde diciembre de 2000, TESAU está obligada por regulación a permitir que los operadores alternativos alquilen el par de cobre desde las dependencias del usuario final hasta la central local (o repartidor principal MDF)⁵⁹. Los operadores alternativos de red deben estar físicamente presentes y coubicados con TESAU en la central local en donde deben conectar el par de cobre con su DSLAM⁶⁰ y con su propia red. Esta opción requiere que los nuevos operadores instalen su equipo en los 6 836 repartidores principales de TESAU y supone por tanto grandes inversiones iniciales⁶¹.
- (82) Gracias a su control sobre el DSLAM y su propia red, la empresa que contrata el bucle local desagregado de TESAU puede decidir sobre el reparto de la capacidad entre las conexiones ascendentes y descendentes, usar diferentes equipos y normas para lograr mayores longitudes de línea y emplear equipos apropiados para la prestación de servicios adicionales tales como vídeo por DSL y Voz sobre IP (VoIP). Es decir, puede controlar una parte sustancial de la cadena de valor así como numerosos aspectos de su servicio minorista y, de este modo, puede diferenciar sus productos minoristas de los de Telefónica.

⁵⁸ Main Distribution Frame, repartidor principal. En telefonía, un repartidor es un armario o un espacio que contiene el equipo que multiplexa los medios de transmisión de los usuarios a través de un medio de gran capacidad. Un repartidor principal multiplexa numerosas líneas DSL a través de un cable más grande.

⁵⁹ Véase Sección IV.D.2.3 .

⁶⁰ Multiplexor de acceso a la DSL.

⁶¹ Véase Cuadro 8 .

- (83) El número de bucles desagregados aumentó perceptiblemente en 2005 y 2006 con respecto a 2004. El 30 de septiembre de 2004, alrededor de 42 000 líneas habían sido desagregadas en España, representando el 1 % de las conexiones de banda ancha suministradas a usuarios finales⁶². El 31 de diciembre de 2005, se habían desagregado unas 370 000 líneas en España, lo que representa aproximadamente el 8% de las conexiones de banda ancha proporcionadas a usuarios finales⁶². A 31 de diciembre de 2006, había 939 000 líneas desagregadas, lo que representa alrededor del 14 % de las conexiones de banda ancha proporcionadas a usuarios finales⁶³.

2.2 Acceso de banda ancha mayorista con puntos de enlace regionales («oferta mayorista regional»)"GigADSL"

- (84) Telefónica es el único proveedor de acceso de banda ancha mayorista regional en España.
- (85) Desde 1999 TESAU está obligada por el regulador⁶⁴ a proporcionar un servicio de acceso de banda ancha mayorista basado en el protocolo ATM (modo de transferencia asincrónico). Se denomina «GigADSL» y presenta las características de los principales elementos del acceso bitstream definido por el Grupo de Reguladores Europeos⁶⁵, a saber: i) acceso de alta velocidad al domicilio del cliente (usuario final) proporcionado por el operador incumbente (TESAU); ii) capacidad de transmisión de datos de banda ancha en las dos direcciones, que permite a los nuevos operadores entrantes ofrecer a los usuarios finales sus propios servicios de valor añadido; y iii) los nuevos operadores entrantes tienen la posibilidad de diferenciar sus servicios modificando (directa o indirectamente) las características técnicas o el uso de su propia red.
- (86) TESAU transfiere el tráfico al nuevo operador en puntos de acceso indirecto (PAI) regionales. Para tener cobertura nacional, la empresa debe estar conectada a puntos de acceso indirecto en 109 demarcaciones. Esto supone sustanciales inversiones iniciales⁶⁶. Así pues, el cliente debe tener o construir una red extensa.

⁶² Véase Cuadro 60 en el Anexo I. Las líneas totalmente desagregadas que no se comercializan en el mercado minorista de ADSL están excluidas.

⁶³ Informe mensual de la CMT de diciembre de 2006, página 9.

⁶⁴ Véase Sección IV.D.2.2 .

⁶⁵ Acceso Bitstream - posición común del Grupo de Reguladores Europeos, 2.4.2004.

⁶⁶ Véase Cuadro 8 .

- (87) Contrariamente a la situación de acceso completamente desagregado y compartido al bucle local, una empresa que contrata la oferta regional mayorista de TESAU no tendrá la posibilidad de ajustar ninguna característica de su servicio que tenga que ver con la elección de normas o equipos a utilizar para la conectividad sobre el bucle local. Algunas prestaciones tales como las velocidades máximas de bajada y subida están ya preestablecidas. Sin embargo, gracias a su control del servidor de acceso remoto de banda ancha⁶⁷ y de elementos de su propia red, la empresa puede tomar ciertas decisiones sobre el ancho de banda y la fiabilidad de su servicio de retorno ('backhaul')⁶⁸ y ofrecer al usuario final productos con distintas características técnicas alterando los parámetros de calidad de servicio. No obstante, al contrario de lo que ocurre en el caso del acceso desagregado al bucle local, las posibilidades que tiene un comprador de la oferta mayorista regional de Telefónica de producir servicios innovadores para su propia oferta minorista y apartarse significativamente de los servicios minoristas de Telefónica son limitadas.

2.3 Acceso de banda ancha mayorista con un único punto de enlace nacional («oferta mayorista nacional»)- "ADSL-IP" y "ADSL-IP Total"

- (88) Hasta junio de 2006, Telefónica ofrecía tres productos de acceso mayorista en los que se entrega el tráfico a los operadores alternativos en un solo punto desde el cual estos últimos pueden alcanzar una cobertura nacional de usuarios finales. A partir de junio de 2006, cuando TDATA y TERRA se incorporaron a TESAU, Telefónica redujo a dos el número de productos de acceso mayorista: ADSL-IP y ADSL-IP Total⁶⁹. Desde abril de 2002, Telefónica tiene la obligación impuesta por regulación de suministrar ADSL-IP a operadores alternativos de manera transparente y no discriminatoria⁷⁰.

⁶⁷ Mediante los servidores de acceso remoto de banda ancha (BRAS), la empresa puede subdividir el circuito virtual en otros circuitos virtuales, definiendo así el paso mínimo en horas de alta demanda de tráfico.

⁶⁸ Los servicios de retorno ("backhaul") permiten a los operadores de red agregar datos (tales como tráfico de Internet) a una ubicación centralizada en una ciudad o una región y conectar posteriormente esa ubicación con sitios aún más grandes.

⁶⁹ Véase la carta de TESAU de 21.8.2006. ADSL-IP Total ha sustituido a los dos productos siguientes que eran funcionalmente similares en el sentido de que el cliente adquiriría un servicio «listo para la reventa» ya que incluía la conectividad con Internet:

- TESAU «ADSL-IP no tunelizado» que se basaba en GigADSL (enlace de acceso DSL y retorno) al que TESAU añadió tráfico a través de su red IP. El tráfico se entregaba en un punto de interconexión con la red de TDATA, siendo TDATA quien proporcionaba la conectividad de Internet.

-«Megavía» de TDATA, que también se basaba en GigADSL y en ADSL-IP, a los cuales TDATA añadía la conectividad de Internet. Hasta el último trimestre de 2002 Megavía era el producto mayorista de Telefónica más contratado.

⁷⁰ CMT, Decisión MTZ - 2001/4038 de 29.04.02 ("OBA 2002") - Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (véase página CMT-618 del expediente).

- (89) El ADSL IP se basa en GigADSL (enlace de acceso DSL y backhaul) al que TESAU añade tráfico a través de su red de IP, que se entrega al nuevo operador en un punto nacional de acceso indirecto IP. La conectividad de Internet no está incluida en este producto. Puesto que basta con que un cliente se conecte con un solo punto de entrega de tráfico para proporcionar servicios a escala nacional, el ADSL-IP permite al cliente ahorrarse los importantes costes de despliegue de una red. Sin embargo, como el control sobre los parámetros de calidad de servicio es más limitado, este producto no permite proporcionar productos finales tan diferenciados como lo hacen la desagregación del bucle local o la oferta mayorista de acceso regional.
- (90) La principal diferencia entre el ADSL-IP y ADSL-IP Total es que en el caso del primero, TESAU tuneliza⁷¹ el tráfico en su red y el cliente debe finalizar el túnel entre la línea telefónica del usuario final y el punto de acceso indirecto del cliente utilizando su propio equipo. El cliente proporciona la conectividad de Internet (y la dirección de Internet del usuario final). Estas características permiten al cliente tener cierta autonomía para dimensionar la capacidad de interconexión frente a los proveedores de ancho de banda nacional e internacional con objeto de evitar cuellos de botella que pudieran limitar el ancho de banda de los usuarios finales. En cambio, el ADSL-IP Total incluye la conectividad de Internet, lo que permite al cliente ahorrarse las inversiones relacionadas con la finalización del túnel, con el inconveniente de que no puede controlar o diferenciar el producto minorista que ofrece a sus usuarios finales. Esto se debe a que el producto vendido por el cliente a los usuarios finales es, desde el punto de vista de la ingeniería, igual que el producto minorista del proveedor mayorista, y el cliente se limita a comercializar, distribuir y facturar el producto.
- (91) El siguiente cuadro resume las principales características de los productos mayoristas ofrecidos por Telefónica y las obligaciones reglamentarias aplicables, que se describen de forma más pormenorizada en la Sección D:

⁷¹ Esta es la razón por la que este producto también se llama «ADSL-IP tunelizado» en contraposición con el «ADSL-IP no tunelizado» mencionado en la nota a pie de página anterior.

Cuadro 8 – La cadena de valor del ADSL en España (junio de 2006)⁷²

<i>Producto de acceso mayorista ADSL</i>	<i>Características</i>	<i>Regulación y precio</i>	<i>Inversiones de red necesarias</i>
<u>Acceso desagregado al bucle local</u>	Par de cobre retorcido «desnudo» Necesita presencia en el MDF, operación de DSLAM Alto grado de control del producto minorista	Orientación de coste Abono mensual: – Desagregación completa: EUR11,35; – bucle compartido: EUR3.	Inversión sumamente elevada: [...] ⁷³
<u>Acceso mayorista regional</u> – GigADSL	Acceso y backhaul DSL La cobertura nacional requiere la presencia en 109 puntos de presencia Control limitado del producto minorista	«Retail minus»; El abono mensual depende del ancho de banda elegido (oferta estándar: EUR21,09).	Inversión sumamente elevada: [...] ⁷⁴
<u>Acceso mayorista nacional:</u> – ADSL-IP – ADSL-IP Total	Acceso y backhaul DSL + tráfico por la red IP de Telefónica Un solo punto nacional de entrega de tráfico Control limitado del producto minorista	Sin regulación de precios Abono mensual – ADSL-IP: EUR27,80 – ADSL-IP Total: EUR36,06 y descuento por volumen	ADSL-IP: inversión muy limitada ADSL-IP Total: casi ninguna inversión

(92) Hasta octubre de 2002, Telefónica era el único proveedor de acceso mayorista nacional.

⁷² En un afán de exhaustividad, cabe señalar que en 2005 Telefónica también lanzó, por propia iniciativa, un nuevo producto de acceso mayorista que está disponible en dos modalidades, «ADSL Avanza IP» y «ADSL Avanza IP Total» y que suministra básicamente un acceso backhaul DSL, tráfico a través de la red IP de Telefónica y entrega al nuevo operador en un punto de acceso indirecto IP. Este nuevo producto mayorista tiene una cobertura geográfica limitada y solo está disponible en zonas densamente pobladas (básicamente en zonas donde los principales operadores alternativos ya ofrecen productos mayoristas nacionales competidores). [...], en esta Decisión no es necesario examinar estos productos de forma detallada o separada de los otros productos mayoristas nacionales.

⁷³ Inversiones llevadas a cabo por Telefónica entre el 2001 y el 2006 para cubrir el hueco entre el producto mayorista de desagregación del bucle local y el producto minorista. Véase anexo 2 de la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA- 13126 del expediente).

⁷⁴ Inversiones llevadas a cabo por Telefónica entre el 2001 y el 2006 para cubrir el hueco entre el producto mayorista regional y el producto minorista. Véase anexo 2 de la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA- 13126 del expediente).

- (93) La salida al mercado de una oferta mayorista nacional competidora en aquella fecha fue el resultado de la adquisición por parte de France Télécom de *eresmas*, la unidad operativa de ADSL minorista del operador de red Auna. Las ventas de productos mayoristas que hasta esa fecha se efectuaban dentro del grupo Auna se trasladaron al mercado comercial (pues Auna siguió dando servicio a nivel mayorista a los clientes de *eresmas* adquiridos por France Télécom).
- (94) Según se indica en el cuadro que figura a continuación, aparte de los productos mayoristas de Telefónica y del producto mayorista de [...] que se proporcionaba exclusivamente a [...], las ofertas mayoristas nacionales alternativas representaban menos de [...] líneas a finales de 2002 (0,2 % de las líneas de banda ancha minorista), menos de [...] líneas a finales de 2003 (1,4 % de las líneas de banda ancha minorista) y menos de [...] líneas a finales de 2004 (1,7 % de las líneas de banda ancha minorista).

Cuadro 9 – Número de líneas mayoristas vendidas por operadores de red alternativos

	Hasta octubre 02	Dic 02	Dic 03	Dic 04
Telefónica ⁷⁵	[...]	[...]	[...]	[...]
Auna (sólo a [...]) ⁷⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
France Télécom ⁷⁷	[...]	[...]	[...]	[...]
Albura ⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]
British Telecom ⁷⁹	[...]	[...]	[...]	[...]
Jazztel ⁸⁰	[...]	[...]	[...]	[...]

- (95) En cualquier caso, todas las ofertas mayoristas nacionales competidoras que han aparecido desde octubre de 2002 han dependido de uno de los productos mayoristas de Telefónica (acceso mayorista regional exclusivamente hasta septiembre de 2004 y, a partir de entonces, una combinación de desagregación del bucle local y acceso mayorista regional).

⁷⁵ Líneas ADSL que utilizan la red IP de Telefónica (TESAU o TDATA), excluidas las líneas vendidas por TESAU y TERRA en el mercado minorista pertinente. Véase la carta de TESAU de 18.7.2005 (página TFCA -3262 del expediente).

⁷⁶ Carta de Auna de 8.4.2005 (véase la página PSI-339 del expediente). [...].

⁷⁷ [...] (carta de Wanadoo de 7.4.2005 - véase la página PSI-405 del expediente).

⁷⁸ Carta de Albura de 13.4.2005 (véase la página PSI-323 del expediente).

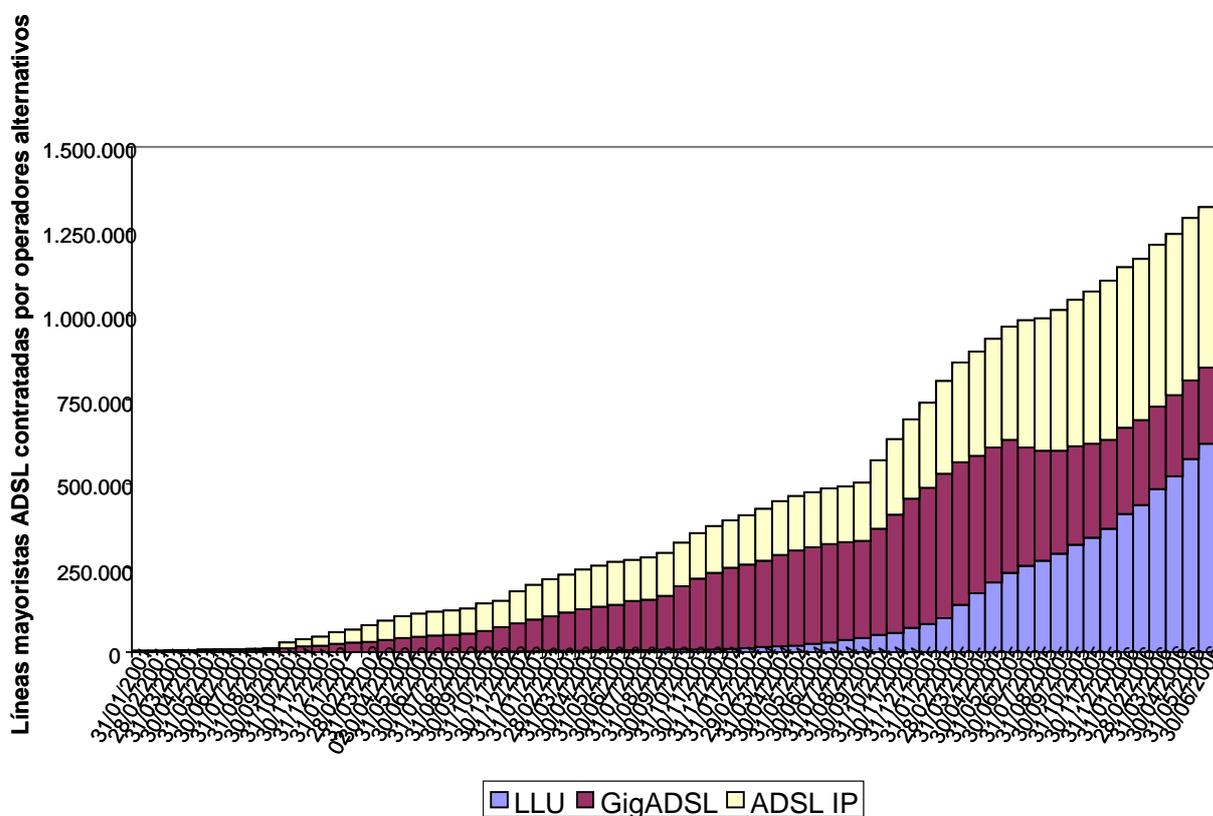
⁷⁹ [...] (carta de BT de 4.4.2005 - véase la página PSI-352 del expediente).

⁸⁰ Cartas de Jazztel de 17.9.2003 (véase la página PSI-90 del expediente) y de 8.4.2005 (véase la página PSI-374 del expediente).

3 Evolución del uso de los productos mayorista antes descritos

- (96) Dadas las inversiones en despliegue de redes que exige cada uno de estos productos⁸¹, los operadores alternativos han empezado por entrar en el mercado minorista sobre la base de las ofertas mayoristas que requieren conectarse a un solo punto de entrega de tráfico. Al aumentar su base de clientes algunos de ellos han ido subiendo poco a poco la «escalera de la inversión»⁸² instalando redes y equipos que les permiten contratar la oferta mayorista regional de Telefónica («GigADSL») y, posteriormente, los bucles locales compartidos o completamente desagregados.

Gráfico 2- Líneas mayoristas comercializadas por Telefónica de septiembre de 2001 a junio de 2006⁸³



- (97) El Gráfico 2 anterior muestra la evolución del número de líneas contratadas para los tres tipos de ofertas mayoristas. Cabe distinguir tres períodos.

⁸¹ Véase Cuadro 8.

⁸² «La escalera de la inversión» es un concepto utilizado por la Comisión Europea, los reguladores nacionales, los economistas y los propios operadores para referirse a la naturaleza gradual de las inversiones de los operadores alternativos en telecomunicaciones. El concepto resume la característica clave del sector, a saber, el elevado grado de costes fijos e hundidos de las industrias de red y la necesidad de amortizar esas inversiones en una situación de competencia con un operador histórico que había tendido sus redes al amparo de un régimen de derechos especiales o exclusivos. Véase Sección V.A.3.1 que describe en más detalle el concepto de "escalera de inversión".

⁸³ Véanse anexos 1 y 2 de la carta de Telefónica de 28.07.06 (páginas TFCA-4633 a TFCA-4661 del expediente).

- (98) Hasta el último trimestre de 2002, el producto mayorista más contratado era ADSL-IP Total, que no implica inversiones en red.
- (99) A partir del último trimestre de 2002, GigADSL ha sido el producto mayorista más contratado en España. Desde entonces, algunos operadores alternativos han establecido redes y han empezado a suministrar productos nacionales mayoristas que compiten con los de Telefónica.
- (100) En 2005 y 2006, el número de bucles desagregados ha aumentado notablemente. Algunos operadores alternativos (fundamentalmente, France Télécom, Ya.com y Jazztel) han desplegado redes hasta las centrales locales de TESAU en las grandes ciudades españolas.
- (101) Las cifras que figuran a continuación muestran la proporción de productos mayoristas contratados por France Télécom y Ya.com⁸⁴:
- (102) El Gráfico 3 muestra que [...].

Gráfico 3 – Productos ADSL mayoristas contratados por France Télécom⁸⁵

[...]

- (103) El Gráfico 4 muestra que [...].

Gráfico 4 – Productos ADSL mayoristas contratados por Ya.com⁸⁶

[...]

D. Regulación de los servicios afectados por la Decisión

1 Regulación de los precios de los servicios de banda ancha minorista

- (104) Aunque los precios minoristas de TESAU han estado regulados desde el 3 de agosto de 2001 hasta el 1 de noviembre de 2003, los precios minoristas de las otras filiales de Telefónica S.A. no han estado sujetos a ninguna regulación del precio minorista⁸⁷.

⁸⁴ Aparte de France Télécom y Ya.com, ninguno de los operadores de ADSL (Tiscali, Jazztel, Tele 2, BT, etc.) alcanzó una cuota de mercado del 1 % hasta 2005.

⁸⁵ Véase anexos 1 y 2 de la carta de Telefónica de 28.07.06 (páginas TFCA-4653 y TFCA-4661 del expediente). [...].

⁸⁶ Véanse los anexos 1 y 2 de la carta de Telefónica de 28.07.06 (páginas TFCA-4653 y TFCA-4661 del expediente). [...].

⁸⁷ Tal como se recoge en una Resolución de 31 de Julio de 2001, del Secretario de Telecomunicaciones (véase nota a pie de página 23)

1.1 Regulación de los precios minoristas de TESAU hasta el 1 de noviembre de 2003

- (105) El 3 de agosto de 2001, los precios minoristas iniciales propuestos por TESAU fueron aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos («CDGAE»)⁸⁸ como precios fijos. Esto se hizo de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998⁸⁹, que establecía que los precios minoristas y mayoristas de servicios de ADSL pueden estar sujetos a regulación. Según los términos de esta ley, la CDGAE tenía el poder de fijar, de manera transitoria, precios fijos, máximos y mínimos, los criterios para su establecimiento y los mecanismos de su control, teniendo en cuenta los costes reales de la prestación de servicios y el nivel de competencia entre los operadores del mercado.
- (106) Hasta el 1 de noviembre de 2003, TESAU estaba obligada a presentar al Ministerio de Economía y al Ministerio de Ciencia y Tecnología sus propuestas de nuevos precios para su aprobación por la CDGAE⁸⁸. Las propuestas de TESAU se consideraban aprobadas legalmente salvo decisión formal de rechazo en el plazo de dos meses a partir del registro de la propuesta en la Secretaría de Estado⁹⁰.

1.2 Regulación de los precios minoristas de TESAU a partir del 1 de noviembre de 2003

- (107) Los precios de los servicios minoristas ADSL de TESAU se liberalizaron mediante una decisión de la CDGAE del 25 de septiembre de 2003⁹¹. Esta medida puso fin al régimen de autorización administrativa de los precios minoristas de ADSL de TESAU. Sin embargo, se mantuvo la obligación de que TESAU comunicara toda modificación de los precios de sus servicios ADSL minorista diez días antes de su introducción en el mercado⁹².

⁸⁸ Orden de 3 de agosto de 2001 por la que se dispone la publicación de los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 2 de agosto de 2001, sobre tarifas y servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal», BOE 189/15551 (véase página CMT -4579 del expediente).

⁸⁹ Disposición transitoria cuarta de la Ley general de telecomunicaciones española 11/1998.

⁹⁰ Véanse las Ordenes de 3 de agosto de 2001 (véase página CMT-4581 del expediente) y 10 de mayo de 2001 (véase página CMT-4584 del expediente).

⁹¹ ORDEN PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal., BOE 262/20153 (véase páginas CMT -4595 y CMT -4596 del expediente).

⁹² Véanse los artículos 1 y 2 de la ORDEN PRE/3028/2003 de 30 de octubre.

- (108) Según la regulación mayorista pertinente (véase a continuación), TESAU también está obligada a comunicar⁹³ con antelación cualquier modificación de sus precios minoristas o cualquier cambio en su estructura de precios minoristas, y proponer a su vez las correspondientes tarifas mayoristas. El propósito de esta obligación de comunicación es permitir a la CMT bloquear el lanzamiento de cualquier producto minorista si no es técnicamente replicable por los competidores, o modificar las tarifas mayoristas propuestas para permitir a los operadores alternativos que compitan con TESAU (véase Considerando (115)).⁹⁴ La CMT no tiene poderes para cambiar los precios minoristas de TESAU, que fueron liberalizados el 1 de noviembre de 2003.

2 Regulación de los precios de los servicios de banda ancha mayorista

2.1 Ofertas mayoristas nacionales (ADSL-IP y ADSL-IP Total)

- (109) Los precios de ADSL-IP Total (antes MegaVía) nunca han estado sujetos a regulación. Telefónica dispone, por tanto, de plena discreción comercial para fijar los precios de este producto.
- (110) Hasta el 21 de diciembre de 2006⁹⁵, los precios de ADSL-IP⁹⁶ nunca han estado sujetos a regulación de precios. El ADSL-IP se introdujo internamente en el Grupo Telefónica en septiembre de 2001⁹⁷. Inmediatamente después del lanzamiento de la oferta interna de ADSL-IP, la CMT envió dos requerimientos de información⁹⁸ a TESAU sobre este producto mayorista y posteriormente, el 29 de abril de 2002, la CMT ordenó a TESAU que lo pusiera a disposición de los operadores alternativos en condiciones transparentes y no discriminatorias⁹⁹.

2.2 Oferta mayorista regional (GigADSL)

- (111) La primera disposición legal sobre la prestación de este servicio fue una Orden¹⁰⁰ de la CDGAE de 25 de marzo de 1999, que obligaba a dar acceso a este producto y fijaba los precios que los operadores alternativos debían pagar a Telefónica S.A. Esta Orden estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2000.

⁹³ TESAU tenía que comunicar los cambios en la estructura de los precios minoristas de ADSL un mes antes de su comercialización y los cambios en relación al lanzamiento o retirada del mercado de nuevas modalidades técnicas de ADSL 3 meses antes de su comercialización.

⁹⁴ CMT Decisión MTZ 2003/1000 de 31 de marzo de 2004 en relación a la modificación de la oferta de referencia ("*OBA 2004*").

⁹⁵ Véase Sección 2.4

⁹⁶ Ya sea su modalidad «tunelizada» existente o su modalidad «no tunelizada» que fue sustituida por ADSL-IP Total en junio de 2006.

⁹⁷ Carta de Telefónica de 22.9.2003 (véase página TFCA-49 del expediente).

⁹⁸ El 12 de Noviembre de 2001 y el 4 de Marzo de 2002. Véase CMT, Decisión MTZ - 2001/4038 de 29.04.02 ("*OBA 2002*") - Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (véase página CMT 618 del expediente).

⁹⁹ CMT, Resolución MTZ - 2001/4038 de 29.4.2002 («*OBA 2002*») - Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (véase la página CMT -618 del expediente).

¹⁰⁰ Orden de 26 de marzo de 1999 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de marzo de 1999, por el que se determinan los precios que los operadores autorizados deberán abonar a Telefónica, Sociedad Anónima, por la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red pública telefónica

- (112) En diciembre de 2000, el regulador español impuso el acceso completamente desagregado y compartido al bucle local, y la oferta de acceso de banda ancha mayorista regional se incluyó en la primera oferta de referencia de acceso al bucle de abonado de Telefónica como una modalidad indirecta de acceso al bucle local.
- (113) La Orden¹⁰¹ de 29 de diciembre de 2000 del Ministerio de la Presidencia introdujo un régimen de precios nominales máximos para el servicio GigADSL a partir del 1 de enero de 2001. Nada impide a TESAU bajarlos. Desde entonces, la CMT ha sido la única autoridad facultada para regular los precios de este servicio.
- (114) Mediante Resolución de 26 de julio de 2001¹⁰², la CMT rebajó los precios de GigADSL y estableció que, en lo sucesivo, los precios de GigADSL se fijaran sobre la base de un sistema retail-minus, que determina que el precio de cada modalidad de GigADSL no debe ser superior a un determinado porcentaje del abono mensual minorista correspondiente de TESAU.
- (115) Tal y como se ha indicado en el considerando (108), desde el 31 de marzo de 2004, siempre que TESAU cambie la estructura de sus servicios de ADSL minorista o lance al mercado o retire del mercado una nueva modalidad técnica de sus servicios ADSL, tendrá la obligación reglamentaria de proponer con antelación las nuevas tarifas mayoristas correspondientes. La CMT puede, si lo considera necesario, modificar las tarifas mayoristas para permitir que los operadores alternativos compitan con los precios minoristas de ADSL de TESAU.
- (116) Los precios de GigADSL fueron modificados ligeramente por la CMT tras la propuesta de TESAU de duplicar la velocidad de sus productos minoristas en 2004¹⁰³ y 2005¹⁰⁴. Conviene señalar que, en ambas ocasiones, la propia Telefónica propuso no modificar los precios de GigADSL¹⁰⁵.

fija, hasta el 31 de diciembre del año 2000 – BOE 86, pp. 13513 a 13515 (véase página CMT - 573 del expediente).

¹⁰¹ Orden de 29 de diciembre de 2000 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se establecen los precios de la primera oferta de acceso al bucle de abonado en las modalidades de acceso completamente desagregado, de acceso compartido y de acceso indirecto, a la red pública telefónica fija de Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal. BOE 313, pp. 46758 a 46764 (véanse las páginas CMT -4597 a CMT -4603 del expediente). «**Carácter máximo de los precios.** Los precios de los servicios a los que se refiere este Acuerdo tendrán carácter de máximos. Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, podrá aplicar precios por debajo de los límites indicados, informando a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de dichos precios con quince días de antelación a su aplicación efectiva.»

¹⁰² Resolución de la CMT de 26 de julio de 2001, por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU contra la Resolución de medidas cautelares dictadas dentro del expediente MTZ 2001/4935 sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de Telefónica de España con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia (véase página CMT -593 del expediente).

¹⁰³ Resolución de la CMT de 22 de julio de 2004, sobre solicitud de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista («OBA 2004 (2)») (véase página CMT -1605 del expediente).

- (117) Telefónica propuso asimismo no modificar los precios de GigADSL con motivo del lanzamiento de sus nuevos productos minoristas «ADSL Tiempo Libre», «ADSL a tu medida»¹⁰⁶ y «ADSL mini»¹⁰⁷. Los precios de estas ofertas semiplanas eran más baratos que los precios minoristas aplicables hasta ese momento. Al final, los precios de GigADSL no se modificaron en ninguna de esas tres ocasiones.
- (118) En cualquier caso, el carácter de precios máximos de los precios de GigADSL se mantuvo inalterado durante el periodo cubierto por la investigación, según confirma la propia CMT en su carta de 7 de enero de 2005 a la Comisión Europea:

«Asimismo, conviene no olvidar que la OBA es una oferta de mínimos que TESAU está obligada a publicar, pero que en ningún modo excluye la negociación entre las partes. En este sentido, y respondiendo a las cuestiones de la Comisión Europea, nada impediría a TESAU ofrecer el servicio GigADSL a precios inferiores, respetando, eso sí, la normativa vigente en relación, entre otros, con el principio de no discriminación. Por supuesto, TESAU también podría en cualquier momento solicitar a esta Comisión una reducción de los precios.»¹⁰⁸

2.3 Acceso desagregado al bucle local

- (119) Como ya se ha dicho, la obligación de dar acceso a sus bucles de abonado y de publicar una oferta de referencia de acceso desagregado le fue impuesta a TESAU en diciembre de 2000 mediante el Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre. Desde el 31 de diciembre de 2000, TESAU tiene la obligación de proporcionar acceso desagregado a sus bucles locales y recursos asociados¹⁰⁹ a precios basados en los costes.

¹⁰⁴ Resolución de la CMT de 19 de mayo de 2005, sobre solicitud de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA) de Telefónica de España, S.A.U. para adecuarla a la modificación de las velocidades ADSL en el nivel minorista («OBA 2005») (véase página TFCA -3028 del expediente).

¹⁰⁵ CMT OBA 2004 (2) (véase nota al pie de página 103): «Con la propuesta que realiza TESAU de modificar los parámetros técnicos de las modalidades ADSL, este operador estima que no es necesario llevar a cabo ninguna otra modificación de la OBA. En particular, considera que no habría que revisar ni el Plan de Gestión del Par, ni el capítulo de precios, ni los servicios de información.» (véase página CMT -1606 del expediente).

OBA 2005 (véase nota al pie de página 104): «TESAU no propone ninguna modificación en los precios actuales, ni minoristas ni mayoristas» (véase página TFCA -3029 del expediente).

¹⁰⁶ Resolución DT 2004/1447 de la CMT de 7 de octubre de 2004 por la que se pone fin al periodo de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio 'ADSL a tu medida': (véase página CMT -4640 del expediente).

¹⁰⁷ Resolución MTZ 2005/101 de la CMT de 14 de marzo de 2004 sobre el lanzamiento por TESAU del servicio minorista 'ADSL 12/04' de facturación por volumen: « (véase página W - 741 del expediente).

¹⁰⁸ Véase página 7 de la carta (véase página CMT -568 del expediente).

¹⁰⁹ Los recursos asociados al suministro de acceso desagregado al bucle local son, fundamentalmente, la coubicación, las conexiones de cable y los sistemas de información pertinentes, cuyo acceso es necesario para prestar servicios descendentes. Véase Sección F.

2.4 *La Resolución de la CMT de 21 de diciembre de 2006*

- (120) El 5 de noviembre de 2003, la Ley 11/1998 fue reemplazada por la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, que transpone a la legislación española el nuevo marco comunitario de comunicaciones electrónicas¹¹⁰ y otorga poderes a la CMT para imponer las obligaciones reglamentarias apropiadas a empresas que hayan sido designadas como empresas con poder significativo de mercado tras el correspondiente análisis de mercado (véase a continuación).
- (121) La regulación de los precios mayoristas de Telefónica para el acceso regional y nacional arriba descrita fue objeto de algunos cambios importantes a finales de 2006 a raíz de la Resolución de la CMT de 1 de junio de 2006¹¹¹, que mantuvo la obligación de Telefónica de proporcionar acceso mayorista a escala tanto regional como nacional y estableció las obligaciones de Telefónica con arreglo al nuevo marco regulador¹¹².
- (122) La Resolución de la CMT de 1 de junio de 2006 incluye la siguiente disposición:

«1.-Obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha a todos los operadores.

La efectividad de esta obligación requiere la imposición genérica de las siguientes obligaciones a TESAU:

a) Atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización (art. 13.1 d) de la LGTel y 10 del Reglamento de Mercados; art 12 de la Directiva de Acceso)

¹¹⁰ El nuevo marco regulador para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas consiste en una serie de directivas adoptadas en 2002, que exigen a las autoridades nacionales de regulación (ANRs) llevar a cabo revisiones periódicas de los mercados que se enumeran en la Recomendación de la Comisión 2003/31/EC 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 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva marco"). Estos análisis de mercado se tienen que realizar con base en una visión prospectiva y aplicando los principios de derecho de la competencia y, con base en dichos principios, la ANRs tienen que designar aquellas empresas con poder significativo de mercado ("PSM"), en caso de que haya alguna, y establecer las obligaciones reguladoras que se aplicarán *ex ante* a dichas empresas. Los borradores de medidas adoptadas por las ANRs tienen que notificarse a la Comisión de acuerdo con el artículo 7 de la Directiva marco. La Comisión puede, bajo ciertas circunstancias, ejercer el derecho de veto en relación con las definiciones de mercado y las designaciones de PSM de las ANRs.

¹¹¹ CMT, Resolución AEM 2005/1454 de 1.6.2006 – Resolución por la que se aprueba la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. En esta Resolución, la CMT analizó el mercado mayorista de banda ancha, concluyó que Telefónica tenía un poder de mercado significativo en él, detectó problemas de competencia en los mercados de banda ancha mayorista y minorista (en particular, negativa a suministrar, tácticas dilatorias, uso indebido de información privilegiada, requisitos injustos, discriminación de precios y calidad, estrechamiento de márgenes) e impuso una serie de obligaciones reglamentarias basadas en la naturaleza de los problemas detectados.

¹¹² Véase nota a pie de página 110.

Esta obligación implica, entre otros aspectos, que TESAU está obligado a:

- Dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red necesarios para la provisión del acceso mayorista de banda ancha*
- [...]*
- No retirar el acceso a facilidades que actualmente se están prestando sin aprobación previa d la CMT*

La obligación anterior implica que TESAU estará obligada a facilitar un acceso mayorista de banda ancha (acceso indirecto al bucle) suficiente para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas de banda ancha que comercialice, bien directamente o a través de otras empresas de su mismo grupo. Este servicio mayorista deberá estar disponible a terceros tanto en las demarcaciones definidas para el servicio GigADSL como en el nivel nacional [ADSL-IP].

b) Ofrecer los servicios de acceso mayorista de banda ancha a precios orientados en función de los costes de producción (arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso).

[...]

Los precios fijados para los servicios mayoristas regulados en virtud del punto anterior deberán:

- Permitir a los operadores alternativos que decidan utilizar los servicios mayoristas de banda ancha replicar las ofertas minoristas de banda ancha de TESAU o cualquier empresa de su grupo;*
- Asegurar los incentivos económicos suficientes para asegurar el desarrollo de redes alternativas, la inversión eficiente y la competencia sostenible de acuerdo con el Artículo 13.2 de la Directiva de Acceso;*
- Asegurar la coherencia de las tarifas de los servicios mayoristas asegurando un margen suficiente tanto entre los servicios prestados en las diferentes demarcaciones (servicio regional) y el nacional como con respecto a otros servicios mayoristas conexos (servicio desagregado al bucle).»*

- (123) En particular, la Resolución de la CMT modificó la regulación de precios aplicable a las ofertas mayoristas regionales y nacionales: estableció que los precios del servicio GigADSL, que hasta entonces se habían regulado a través de un mecanismo «retail minus», se fijaran en función de los costes y que los precios del servicio ADSL-IP, que hasta entonces no habían estado regulados, se orientaran también hacia los costes. A tal efecto, la CMT anunció que iba a realizar un estudio para determinar los costes de estos servicios (cuyos resultados se harían públicos en el primer semestre de 2007).

- (124) La Resolución de la CMT de 1 de junio de 2006 no afectó al nivel de los precios de los servicios GigADSL o ADSLP-IP hasta el 21 de diciembre de 2006, cuando la CMT adoptó medidas cautelares que establecían descensos significativos de los precios de ambos servicios¹¹³. Estas medidas eran provisionales porque fueron adoptadas antes de completarse el citado estudio sobre precios basados en los costes. Los precios de GigADSL se redujeron entre un 22% (para la oferta de menos velocidad) y un 54% (para la oferta de mayor velocidad). En cuanto al precio de ADSL-IP, las reducciones oscilaban entre el 24% (para la oferta de menos velocidad) y el 61% (para la oferta de mayor velocidad).

2.5 Conclusión sobre la regulación aplicable a los productos mayoristas y minoristas de Telefónica

- (125) A nivel minorista, aunque los productos de banda ancha de TDATA y Terra nunca han estado sujetos a regulación de precios, la regulación aplicable a los precios minoristas de TESAU entre el 1 de agosto de 2001 y 1 de noviembre de 2003 era tal que TESAU tenía libertad para proponer en cualquier momento un incremento de los precios minoristas de banda ancha proponiendo para su aprobación nuevos precios a la CDGAE. Sin embargo, no lo hizo. El 1 de noviembre de 2003, los precios minoristas se liberalizaron.
- (126) En cuanto a los servicios mayoristas nacionales, Telefónica ha sido libre para reducir en cualquier momento desde septiembre de 2001 los precios de los servicios mayoristas nacionales, que hasta diciembre de 2006 nunca estuvieron sujetos a regulación de precios.
- (127) La regulación aplicable al servicio mayorista regional de TESAU solo ha impuesto un nivel de precios máximos y ha sido tal que TESAU podría haber bajado los precios de este servicio en cualquier momento y a iniciativa propia.

E. Evolución de los precios mayoristas de Telefónica desde septiembre de 2001

1.1 GigADSL

- (128) Los precios mayoristas que Telefónica cobra a los operadores alternativos se componen de:
- Una tarifa de acceso mayorista por usuario: esta tarifa está compuesta de una tarifa única de conexión para la activación de cada nueva línea ADSL y una tarifa mensual que varía según la modalidad (o ancho de banda) de la conexión ADSL final.

¹¹³ Resolución sobre la conveniencia de adoptar medidas cautelares con respecto a la determinación transitoria de las condiciones de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha de Telefónica de España S.A.U.

- Una tarifa mayorista de acceso por puerto ocupado en el PAI (“pPAI”): esta tarifa se compone de una tarifa única para la instalación de cada pPAI y una tarifa mensual por cada pPAI. Ambas tarifas varían según la capacidad del pPAI (2, 34 o 155 Mbit/s).

Cuadro 10- Precios de acceso para el servicio GigADSL desde septiembre de 2001

Cuota mensual¹¹⁴ (EUR/mes/línea)	Hasta el 29.09.04	Hasta el 26.07.06	Hasta el 22.12.06	Desde el 22.12.06
GigADSL				
Modalidad Básica	22,66	22,32	21,09	16,48
Modalidad Class	44,99	44,18	38,58	22,04
Modalidad Avanzada	72,00	74,85	64,42	29,39
Modalidad Premium	90,34	84,88	74,16	40,30

Tarifa de conexión¹¹⁵ (EUR/nueva línea)	Hasta 03.05.02	Hasta 03.05.04	Desde 03.05.04
Kit ADSL	30.05	38.10	41.83
Línea ADSL		38.10	41.83
Modalidad Básica	90.15		
Modalidad Class	153.26		
Modalidad Premium	306.52		
RDSI		77.17	82.21
Modalidad Básica	90.15		
Modalidad Class	153.26		
Modalidad Premium	306.52		

pPAI¹¹⁶	Hasta 03.05.02	Hasta 03.05.04	Desde 03.05.04
Tarifa única (EUR/nuevo puerto)			
pPAI de 2Mbps	1803.04	471.87	529.81
pPAI de 34Mbps	3005.06	821.25	930.04
pPAI de 155 Mbps	4507.59	1403.54	1570.40

¹¹⁴ Véase carta de TESAÚ de 17.03.05 (páginas TFCA-1055 y TFCA-1056 del expediente), la Contestación de Telefónica (páginas 267 y 276) y la Resolución de la CMT MTZ 2006/1019 de 21.12.06.

¹¹⁵ Véase carta de TESAÚ de 01.04.05 (páginas TFCA1055 y TFCA-1056 del expediente).

¹¹⁶ Véase carta de TESAÚ de 01.04.05 (páginas TFCA-1675, TFCA-1676, TFCA-1683 y TFCA-1690 del expediente).

Tarifa mensual (EUR/puerto/mes)			
pPAI de 2Mbps	180.30	70.97	78.32
pPAI de 34Mbps	300.51	124.19	138.57
pPAI de 155 Mbps	450.76	212.90	234.97

1.2 ADSL-IP

(129) Los precios mayoristas de ADSL-IP están compuestos por:

- Una tarifa mayorista de acceso por usuario final: esta tarifa esta compuesta por la misma tarifa única de conexión que para GigADSL y una tarifa mensual que varía según la modalidad de la conexión ADSL final.
- Una tarifa mayorista de acceso por puerto ocupado en el puerto de interconexión (“pPAI-IP”): esta tarifa está compuesta por una tarifa única de instalación por cada pPAI-IP y una tarifa mensual para cada pPAI-IP.

Cuadro 11 – Precio de acceso de ADSL-IP desde septiembre 2001¹¹⁷

Tarifa mensual (EUR/mes/línea)	Hasta 22.12.06	Desde 22.12.06
Modalidad Básica	27.8	22.42
Modalidad Class	57.7	24.99
Modalidad Avanzada	94.54	40.26
Modalidad Premium	119	57.85

pPAI-IP	Desde Sept 01
Tarifa única (EUR/Nuevo puerto)	4598.91
Tarifa mensual (EUR/puerto/mes)	459.89

1.3 ADSL-IP Total

(130) Los precios mayoristas de ADSL-IP Total solamente se componen de una tarifa de acceso mayorista por usuario final que se compone de la misma tarifa única de conexión que el GigADSL, y una tarifa mensual que varía según la modalidad de conexión final de ADSL.

¹¹⁷ Véase carta de TESAU de 17.03.05 (página TFCA-1057 del expediente), carta de TESAU de 01.04.05 (página TFCA-1657 del expediente) y decisión de CMT MTZ 2006/1019 de 21.12.06.

Cuadro 12 - Precios de acceso de ADSL-IP Total desde septiembre de 2001¹¹⁸

Tarifa mensual (EUR/mes/líneas)	Hasta 22.12.06
Modalidad Básica	36.06
Modalidad Class	71.98
Modalidad Avanzada	117.00
Modalidad Premium	147.57

- (131) Se ofrece un descuento del 10% a los operadores alternativos que contraten más de 5 000 líneas.¹¹⁸

F. Disponibilidad de la desagregación del bucle local desde 2001

- (132) Para utilizar los bucles locales desagregados de Telefónica, los operadores de red alternativos necesitan i) desarrollar su propia red hasta las centrales locales de Telefónica; ii) instalar su equipo de acceso, tal como DSLAM en cada MDF de Telefónica al que se solicita acceso («coubicación»); iii) conectar de nuevo su equipo de acceso a su red, para lo cual es necesario contratar el servicio mayorista de Telefónica «entrega de señal»¹¹⁹; iv) conectar su equipo de acceso con el repartidor de traspaso (HDF) de Telefónica en el MDF, para lo cual es necesario contratar el servicio mayorista de Telefónica «tendido de cable interno»¹²⁰; y v) contratar el bucle local desagregado propiamente dicho («prolongación del par»¹²¹).

¹¹⁸ Véase Anexo B del contrato entre TDATA y Wanadoo para el suministro del servicio Megavia (Anexo 1 de la carta de TDATA de 09.12.03 – véase página TFCA-644 del expediente).

¹¹⁹ El servicio de entrega de señal permite la conexión entre equipos coubicados en las centrales locales de TESAU con los equipos del operador LLU que están situados en su punto de presencia (fuera de los locales de TESAU). El servicio de entrega de señal es imprescindible para la prestación de servicios de banda ancha sobre la base de LLU por los operadores alternativos que coubican algunos de sus equipos en las centrales locales de TESAU.

¹²⁰ Cuando el operador LLU coubica su equipo de banda ancha en una sala separada de coubicación en el edificio de la central local de Telefónica, el par de acceso que debe desagregarse debe desviarse del MDF de Telefónica en la central local al equipo de banda ancha del operador LLU, que está conectado al repartidor de traspaso (HDF). Esto se efectúa conectando el par terminado en el lado MDF con un tendido interno al HDF. La provisión del tendido interno está incluida en el servicio LLU.

En caso de que el operador LLU ubique su equipo fuera de la central local de Telefónica, se necesita un "enlace exterior". El suministro del enlace exterior también se incluye en el servicio LLU.

¹²¹ La prolongación del par consiste en conectar la coubicación que corresponde a un abonado a la red del operador alternativo.

- (133) La coubicación, la entrega de señal y el tendido de cable interno son servicios mayoristas asociados al servicio de desagregación del bucle local. Son imprescindibles para el uso de los bucles locales desagregados de Telefónica y están incluidos en la oferta de acceso al bucle de abonado (OBA). La indisponibilidad de cualquiera de estos servicios afecta a la disponibilidad global del proceso de desagregación del bucle local - independientemente de si el operador alternativo ya ha desarrollado su propia red - puesto que el operador alternativo no puede ofrecer servicios en sentido descendente en el área cubierta por el MDF hasta que no se le suministren realmente todos los servicios asociados a la desagregación del bucle local. Las demoras generalizadas en el suministro de la desagregación del bucle local y de sus servicios asociados afectan directamente a los usuarios finales puesto que éstos no pueden abonarse a una oferta minorista competitiva, lo que constituye un perjuicio para la reputación del operador alternativo.
- (134) Tal como ilustran los gráficos siguientes, siempre ha existido una diferencia significativa entre i) las centrales locales para las que se había solicitado a Telefónica la coubicación¹²² (curva de rayas rosa) y ii) las centrales locales en las que Telefónica concedió finalmente la coubicación¹²² (curva rosa). También ha existido una considerable diferencia entre i) las centrales locales en las que se había solicitado el alquiler de un bucle de abonado (curva de rayas azul)¹²² y ii) las centrales locales en las que los operadores alternativos ofrecen realmente servicios en sentido descendente (minoristas o acceso mayorista nacional) basados en la desagregación del bucle local¹²³ (curva azul).

Gráfico 5 - Evolución del uso del bucle local de abonado por parte de Ya.com¹²⁴

[...]

Gráfico 6 - Evolución del uso del bucle local de abonado por parte de France Télécom¹²⁴

[...]

Gráfico 7 - Evolución del uso del bucle local de abonado por parte de Jazztel¹²⁴

[...]

¹²² Las cifras son las facilitadas por la propia Telefónica en su carta de 3.10.2006 (véanse las páginas TFCA-13172 a TFCA-13254 del expediente).

¹²³ La cobertura del MDF en el que cada operador de red ofrece servicios descendentes basados en el acceso desagregado se calcula sobre la base de i) la evolución mensual de las líneas mayoristas contratadas en cada MDF (véase el anexo 4 de la carta de Telefónica de 28.7.2006 en las páginas TFCA-5661 a TFCA-5826 del expediente) y ii) la cobertura de cada MDF (véase el anexo 5 de la carta de Telefónica de 21.7.2006 en las páginas TFCA-5827 a TFCA-5955 del expediente).

¹²⁴ Véanse las notas a pie de página 122 y 123 .

- (135) En septiembre de 2004: se había concedido a France Télécom la coubicación en un [...] % del territorio, y esta empresa comercializaba ofertas minoristas basadas en la desagregación del bucle local en un [...] % del territorio. En dicha fecha no se había concedido a Ya.com la coubicación en lugar alguno. Se había concedido a Jazztel la coubicación en un [...] % del territorio y esta empresa comercializaba ofertas minoristas basadas en la desagregación del bucle local en un [...] % del territorio.
- (136) En junio de 2005: se había concedido a France Télécom la coubicación en un [...] % del territorio, y esta empresa comercializaba ofertas minoristas basadas en la desagregación del bucle local en un [...] % del territorio. Se había concedido a Ya.com la coubicación en un [...] % del territorio, y esta empresa comercializaba ofertas minoristas basadas en la desagregación del bucle local en un [...] % del territorio. Se había concedido a Jazztel la coubicación en un [...] % del territorio y esta empresa comercializaba ofertas minoristas basadas en la desagregación del bucle local en un [...] % del territorio.
- (137) En marzo de 2006: se había concedido a France Télécom la coubicación en un [...] % del territorio, y esta empresa comercializaba ofertas minoristas basadas en la desagregación del bucle local en un [...] % del territorio. Se había concedido a Ya.com la coubicación en un [...] % del territorio, y esta empresa comercializaba ofertas minoristas basadas en la desagregación del bucle local en un [...] % del territorio. Se había concedido a Jazztel la coubicación en un [...] % del territorio, y esta empresa comercializaba ofertas minoristas basadas en la desagregación del bucle local en un [...] % del territorio.
- (138) En su repuesta a la carta factual¹²⁵, Telefónica alegó que el Gráfico 5, el Gráfico 6 y el Gráfico 7 no acreditan que el acceso desagregado no esté disponible ni proporcionan una imagen fiel de los retrasos imputables a Telefónica. Según Telefónica, una proporción significativa de los retrasos indicados en estas cifras debería, de hecho, imputarse a sus competidores (p.ej., un crecimiento exponencial imprevisto de la demanda mayorista o). No obstante, Telefónica no ha rebatido el significativo plazo transcurrido desde el momento en el que sus competidores solicitaron acceso a los bucles locales desagregados del operador incumbente hasta el momento en el que pasaron a ofrecer de forma efectiva servicios descendentes basados en los bucles locales desagregados.
- (139) En cualquier caso, los hallazgos de la Comisión sobre dilaciones en el suministro de acceso al bucle local de abonado se ven respaldados por el hecho de que desde 2002, se han planteado a la CMT 55 conflictos relacionados con el acceso a la red local, la mayoría de los cuales concluyó con una decisión contra Telefónica.

¹²⁵

Véanse las páginas 11-12 de la respuesta a la carta factual.

- (140) En particular, el 16 de noviembre de 2006, la CMT impuso a Telefónica una multa de 20 millones de euros debido a que, al menos entre enero de 2004¹²⁶ y abril de 2005, había infringido los procedimientos y condiciones con arreglo a los cuales tiene que suministrar los servicios incluidos en su oferta de referencia de acceso al bucle de abonado («OBA»)¹²⁷.
- (141) La decisión de la CMT se basa en "hechos probados"¹²⁸ y en la evidencia de que estas infracciones se habían cometido de manera «continuada» y «generalizada» y afectaban a casi todos los servicios incluidos en la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado OBA y a numerosos operadores alternativos y centrales locales:

*"Telefónica de España, S.A.U. ha incumplido de manera continuada y generalizada los procedimientos y condiciones de provisión de los servicios incluidos en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado durante el periodo de tiempo comprendido entre al menos los meses de enero de 2004 y abril de 2005. [...] Está claro que en los años 2004 y 2005 ha habido incumplimientos que han afectado a una pluralidad de operadores y centrales en relación con la práctica totalidad de los servicios OBA. [...] Esta actuación de TESAU no sólo se ha referido a JAZZTEL sino que ha afectado a una pluralidad de operadores, tal y como queda reflejado en los expedientes que se han acumulado al presente procedimiento sancionador, especialmente el expediente relativo a la solicitud de TELEFÓNICA para la no aplicación de las penalizaciones por retrasos en la provisión de los servicios de la OBA (DT 2005/511), en el que constan acreditados (reconocidos por la propia TESAU) retrasos generalizados relativos a los diversos servicios OBA, y todos ellos referidos a la totalidad de los operadores del mercado."*¹²⁹

- (142) En su respuesta a la carta factual¹³⁰, Telefónica señaló que la Resolución de la CMT no establece que los retrasos no estuvieran justificados.

¹²⁶ Tal y como ilustran el Gráfico 5, Gráfico 6 y Gráfico 7 las peticiones de desagregación del bucle local y de servicios asociados formuladas por operadores nuevos (en particular, la coubicación) no comenzaron hasta 2004.

¹²⁷ Resolución del expediente sancionador RO 2004/1811, incoado a la entidad "Telefónica de España, S.A.U." por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de junio de 2005", 16.11.2006 ("CMT decisión RO 2004/1811 de 16.11.2006"). Telefónica ha aplicado esta Decisión.

¹²⁸ La referencia en la presente Decisión a la Decisión de la CMT RO 2004/1811 of 16.11.2006 no supone una conclusión en derecho hecha por la CMT sino una referencia a una situación factual tal y como la describe la decisión de la CMT en su análisis de los hechos.

¹²⁹ Resolución de la CMTRO 2004/1811 de 16.11.2006, p. 22-23.

¹³⁰ Véanse páginas 10-11 de la respuesta a la carta factual.

- (143) De cualquier manera, existen pruebas coincidentes, tal y como lo establecen tanto la CMT como la Comisión (véanse Gráficos 4, 5 y 6), que indican que han transcurrido lapsos de tiempo significativos entre la fecha de solicitud de acceso a los bucles locales desagregados de Telefónica por parte de operadores alternativos y la fecha de concesión efectiva de tal acceso. Este hecho, que ha sido reconocido explícitamente por Telefónica en la decisión de la CMT¹³¹ es independiente de que los retrasos estén o no objetivamente justificados.
- (144) En consecuencia, ha habido problemas significativos con la disponibilidad efectiva de la desagregación del bucle de abonado y los servicios asociados.

¹³¹ Resolución de la CMT RO 2004/1811 de 16.11.2006, p. 112: "T ESAU ha reconocido expresamente los incumplimientos en que ha incurrido."

V. ESTABLECIMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

A. Mercados de productos o servicios de referencia

1 Introducción

- (145) El grado en que el suministro de un producto o la prestación de un servicio en un área geográfica dada constituye el mercado de referencia depende de la existencia de presiones competitivas sobre el productor o productores o del prestador o prestadores de servicios de que se trate a la hora de fijar los precios.
- (146) Las empresas están sujetas a tres fuentes principales de presiones competitivas: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Desde el punto de vista económico, para definir el mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda constituye la fuerza disciplinaria más inmediata y eficaz sobre los proveedores de un determinado producto¹³².
- (147) Sin embargo, la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir los mercados cuando sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia e inmediatez. La sustituibilidad de la oferta es particularmente pertinente para las industrias de red, tales como las comunicaciones electrónicas en las que puede utilizarse la misma red para prestar distintos tipos de servicios. Hay sustituibilidad de la oferta cuando los proveedores pueden pasar a producir los productos pertinentes y a comercializarlos a corto plazo sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas¹³³.
- (148) Por otra parte, la sustituibilidad de la oferta no se tendrá en cuenta para definir el mercado de referencia cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos¹³⁴.

¹³² Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DO C 372 de 9.12.1997 («Comunicación sobre el mercado de referencia»), Considerando 13.

¹³³ Comunicación sobre el mercado de referencia, Considerando 20.

¹³⁴ Comunicación sobre el mercado de referencia, Considerando 23.

- (149) En el PC, la Comisión definió cuatro mercados de productos de referencia en el acceso de banda ancha a Internet que están estrechamente relacionados entre sí: i) el mercado de acceso desagregado y compartido al bucle local («mercado mayorista de acceso local»), ii) el mercado de acceso de banda ancha mayorista con entrega del tráfico a nivel regional («mercado mayorista regional»), iii) el mercado de acceso de banda ancha mayorista con entrega del tráfico en un punto de entrega nacional («mercado mayorista nacional») – se trata de los mercados ascendentes en el acceso de banda ancha ofrecido por los dueños de la infraestructura a los proveedores de servicios presentes en el mercado minorista de masas –, y iv) mercado minorista de masas, que es el mercado descendente de acceso de banda ancha a Internet ofrecido por los operadores de telecomunicaciones a sus propios usuarios finales.
- (150) En su Contestación¹³⁵, Telefónica impugnó la definición de la Comisión de los tres mercados mayoristas de banda ancha. Según Telefónica, los tres productos mayoristas de banda ancha son intercambiables y, por consiguiente, pertenecen al mismo mercado. Telefónica no impugnó la definición del mercado minorista de referencia.
- (151) La Comisión mantiene en la presente Decisión la definición de los mercados mayoristas y minoristas de banda ancha incluida en el PC, que es la que se expone a continuación.

2 El mercado minorista de referencia

- (152) Los productos de acceso de banda ancha varían en función de distintos criterios: i) sus características de uso (ofertas planas frente a semiplanas), ii) su velocidad (con unas velocidades nominales que van de 0,25 a 20 Mbps), iii) su tecnología (ADSL, cable-módem, otros), iv) la presencia de características individuales (productos de banda ancha estándar frente a productos de banda ancha a medida) y v) el precio.
- (153) Tal y como se establece más adelante, el mercado minorista de referencia comprende todos los productos de banda ancha no diferenciados, prestados mediante ADSL o por cualquier otra tecnología, comercializados en el «mercado de masas» para usuarios residenciales y no residenciales. El mercado de referencia excluye las soluciones de banda ancha a medida, fundamentalmente dirigidas a grandes empresas.

¹³⁵ Véase la Contestación de Telefónica, páginas 38-48.

- (154) En primer lugar, todos los productos ADSL estándar enumerados en la Sección IV.B.2 arriba pertenecen al mismo mercado de productos. De hecho, existe una sustituibilidad de la oferta entre todos ellos cuyo efecto es equivalente al de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia e inmediatez. La sustituibilidad de la oferta es evidente, ya que cuando un operador puede proporcionar servicios ADSL a un cliente particular, utilizando su propia infraestructura o a través de una oferta mayorista de otro operador¹³⁶, es inmediatamente capaz de cambiar las características de ese producto (características de uso, velocidad) sin ninguna inversión adicional importante.
- (155) Esta sustituibilidad inmediata de la oferta se ve reflejada en la actual «carrera de velocidad» en España. TESAU ya ha duplicado las velocidades de todos sus productos minoristas ADSL en dos ocasiones, al tiempo que mantenía el mismo precio. Los nuevos operadores han podido también hacer otro tanto en un periodo muy corto de tiempo (2 meses a lo sumo), gracias, en particular, a las obligaciones reglamentarias de TESAU y a la ausencia de impedimentos técnicos o de costes a nivel de las redes, equipos o servicios minoristas que les impidieran responder a los movimientos de TESAU. Cuando TESAU efectuó la segunda duplicación de la velocidad de toda su base de clientes en julio de 2005, algunos de sus competidores habían aumentado aun más la velocidad de sus productos minoristas. A día de hoy, la oferta estándar de Telefónica de 1 Mbps (39,07 euros) compite con i) las ofertas de Jazztel de 20 Mbps (29,95 euros – sólo bucle local completamente desagregado), de 6Mbps (32,95 euros – sólo bucle local completamente desagregado) y de 1 Mbps (35,95 euros); ii) las ofertas de France Télécom de 20 Mbps (36 euros – sólo bucle local desagregado), 4 Mbps (29,90 euros – sólo bucle local desagregado) y 1 Mbps (39 euros) y iii) las ofertas de Ya.com de 20 Mbps (29,95 euros – sólo bucle local desagregado), 4 Mbps (25,95 euros – sólo bucle local desagregado) y 1 Mbps (19,95 euros – sólo bucle local desagregado).
- (156) No obstante, los productos ADSL estándar y los productos ADSL a medida no son sustituibles. El primer tipo de productos abastece a clientes con necesidades comunes y no específicas que se conforman con productos estándar diseñados por los operadores de telecomunicaciones para el mercado de masas. El segundo tipo de productos se dirige a cubrir las necesidades especiales y específicas de ciertos clientes en términos de servicios de comunicaciones electrónicas en general y de servicios de transmisión de datos en particular. Los servicios de acceso a medida incorporan funciones más avanzadas (velocidades de descarga mucho mayores, mayores capacidades de la página web, posibilidad de uso de multiterminales y funcionamiento en red) y sus precios son más altos que los servicios de acceso estándar comercializados en el mercado de masas.

¹³⁶ Los PSI pueden ofrecer productos minoristas de velocidades diferentes gracias a las obligaciones reglamentarias en virtud de las cuales TESAU debe proporcionar productos mayoristas a los PSI alternativos que permitan a éstos proporcionar los mismos productos minoristas que comercializa aquella (en particular, con las mismas velocidades).

- (157) Desde la perspectiva de la demanda, está claro que los productos a medida y estándar corresponden a mercados minoristas diferentes. Los clientes con necesidades complejas y específicas no se conformarán con las características estándar de los servicios de banda ancha disponibles en el mercado de masas y, en caso de un aumento pequeño pero permanente en torno al 5%-10% del precio del producto a medida, no se cambiarían a un producto estándar porque los productos destinados al mercado de masas no satisfacen sus necesidades.
- (158) Desde el punto de vista de la oferta tampoco existe sustituibilidad. Los insumos utilizados para proporcionar, por una parte, servicios a medida y, por otra, servicios estándar, son diferentes en términos de las tecnologías utilizadas, las redes de distribución y los instrumentos de comercialización. Los productos estándar se comercializan mediante publicidad en los medios de comunicación masiva, llegan a los consumidores a través de redes de distribución no especializadas y se basan en tecnologías que se ajustan mejor a las necesidades de los usuarios finales del mercado de masas, que apreciarán la facilidad de uso y el bajo precio. En cambio, los servicios a medida suelen comercializarse a través de ofertas específicas dirigidas a las empresas, presentadas a menudo en procedimientos de licitación, diseñadas y ejecutadas por expertos en el sector y basadas en soluciones tecnológicas sofisticadas destinadas a satisfacer necesidades concretas. El acceso de banda ancha a Internet para clientes empresariales también puede lograrse a través de otras opciones, tales como redes de fibra óptica, líneas alquiladas, bucles locales inalámbricos y conexiones por satélite, apropiadas para satisfacer sus necesidades especiales. Estas opciones son costosas pero viables en el caso de los clientes empresariales.

- (159) En el caso de España, hay un claro nexo entre los productos a medida y las empresas con necesidades intensivas y complejas de servicios de transmisión de datos (grandes empresas), por una parte, y entre los productos estándar y los clientes residenciales y las PYME, por otra. El uso que estos últimos hacen de los servicios de comunicación electrónicos no es suficientemente grande para justificar unos productos a medida más costosos y más caros. En términos generales, estos clientes, en especial las empresas muy pequeñas (que suponen el 94% de las empresas en España)¹³⁷ se conforman con los mismos productos estándar que los utilizados para el mercado residencial. Las pequeñas y medianas empresas son la inmensa mayoría (99 %) de los clientes empresariales en España. Hasta un 86 % de los clientes no residenciales que contratan productos ADSL minoristas son entidades empresariales muy pequeñas o pequeñas y medianas¹³⁸, que probablemente han entrado en el mercado a través de ofertas de menor velocidad, y desde allí han ido evolucionando a productos de mayor velocidad a medida que han ido integrando esta nueva herramienta en sus actividades. Estos clientes PYME constituyen un grupo diferente de las grandes empresas, las cuales disponen de otras opciones (por ejemplo, las líneas arrendadas) y de servicios y tarifas a medida. Debido a la especificidad de estas grandes empresas, las soluciones ADSL por ellas contratadas no se incluyen en el mercado de producto minorista de referencia.
- (160) Por lo que se refiere a la sustituibilidad de los diversos medios de acceso de banda ancha (redes de televisión por cable modernizadas, ADSL y otros), estas diferentes plataformas de acceso son generalmente sustituibles desde la perspectiva de los usuarios finales. En cuanto a la demanda, los productos minoristas basados en el ADSL y el cable pueden considerarse sustitutivos puesto que ambas tecnologías pueden proporcionar servicios de banda ancha estándar para el mercado de masas y sus precios y funcionalidades son similares. Aunque el cambio desde el lado de la oferta entre las tecnologías de ADSL y de cable-módem no es posible (véase Sección 3.3), la sustituibilidad de la demanda es suficiente para justificar la inclusión del cable-módem en el mercado minorista de referencia. Junto al ADSL y al cable existen otras tecnologías que se utilizan actualmente en España para comercializar ofertas de banda ancha minorista. Se presentan con más detalle en la Sección IV.A.5, y en conjunto suponen menos del 0,1 % de todos los accesos de banda ancha minorista en España. Así pues, los productos minoristas basados en estas tecnologías sólo se incluyen en el mercado de referencia en la medida en que se utilizan para proporcionar servicios de banda ancha minorista en el mercado de masas.
- (161) En conclusión, el mercado minorista de referencia comprende todos los productos de banda ancha estándar, proporcionados a través del ADSL o de cualquier otra tecnología, comercializados en el "mercado de masas" para usuarios tanto residenciales como no residenciales. Telefónica no ha impugnado esta definición.

¹³⁷ IDATE, Development of broadband access in Europe, diciembre de 2004 (véase página Div - 622 del expediente)

¹³⁸ IDATE, Development of broadband access in Europe, diciembre de 2004 (véase página Div - 625 del expediente).

3 Los mercados mayoristas de referencia

- (162) Para la definición del mercado o mercados mayoristas de referencia en este caso, debe analizarse si los productos de acceso mayorista descritos en la Sección IV.C pertenecen al mismo mercado de referencia o si constituyen mercados distintos.

3.1 *Sustituibilidad entre la desagregación del bucle de abonado y la oferta mayorista regional*

- (163) Como se ha señalado con anterioridad, el operador alternativo que contrata el bucle local desagregado a escala nacional, debe ubicarse e instalar su equipo (DSLAM) en los 6 836 principales repartidores que Telefónica posee en España. Esto supone inversiones significativas para el despliegue de red. Por tanto, es poco probable que ni siquiera un operador que haya desplegado una red lo suficientemente capilar como para interconectarse con la red de Telefónica en todos los puntos de acceso indirecto de las 109 demarcaciones de la oferta de acceso mayorista regional cambie al bucle local desagregado en caso de un aumento pequeño pero significativo y permanente del precio mayorista regional.
- (164) En España, según las estimaciones presentadas por los operadores alternativos, el despliegue de una red hasta 550-575 centrales para un operador que buscara una cuota de mercado del 13% en el segmento ADSL en 2009, costaría entre 580 y 670 millones de euros¹³⁹. La inversión necesaria para el despliegue de una red hasta todas las centrales de Telefónica sería obviamente muy superior. Como comparación, las inversiones de Telefónica en su red regional de acceso (es decir, excluidas las inversiones de red que son necesarias para salvar la distancia entre el producto mayorista regional y el producto minorista) entre 1999 y 2006 ascendieron a más de 1.500 millones de euros¹⁴⁰. Esto representa una cantidad sustancial de dinero, especialmente si tenemos en cuenta que los ingresos del principal competidor ADSL de Telefónica (France Télécom España) se situaron en torno a 21 millones de euros en 2002¹⁴¹ y a 170 millones de euros en 2005¹⁴².

¹³⁹ Jazztel, plan de negocio actualizado 2006-2009, presentación de 27.2.2006 (página 29), disponible en:

www.jazztel.com/archivos/documentos/ficheros/28022006165558Plan_Negocio_0609.pdf

¹⁴⁰ Anexo 2 de la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA-13126 del expediente).

¹⁴¹ Informe anual de la CMT 2002.

¹⁴² Informe anual de la CMT 2005.

- (165) Además de las fuertes inversiones necesarias para cambiar del acceso mayorista regional al bucle de abonado, hay claras diferencias funcionales entre los dos servicios de acceso mayorista. Según se ha explicado en la Sección IV.C.2.1, un operador que contrate un bucle local de abonado a Telefónica puede controlar una parte sustancial del conjunto de la cadena de valor y muchos aspectos de su servicio minorista. Por el contrario, las posibilidades que tiene un comprador de la oferta mayorista regional de Telefónica de producir servicios innovadores para su propia oferta minorista y de apartarse significativamente de los servicios minoristas de Telefónica son limitadas¹⁴³.
- (166) Así pues, la Comisión concluye que no existe suficiente sustituibilidad de la demanda entre estos dos productos de acceso que permita incluirlos en un mismo mercado de referencia.
- (167) Tampoco hay sustituibilidad de la oferta, puesto que el operador alternativo tendría que duplicar la red de bucles locales de Telefónica en todo el territorio español. Es de aceptación general en el sector y entre reguladores¹⁴⁴ que, con las tecnologías actuales, esto es económicamente inviable o enormemente difícil en un plazo de tiempo razonable. El establecimiento de una nueva red de acceso local implicaría una inversión de capital muy significativa¹⁴⁵. Concretamente, exigiría una inversión importante —cuyos costes serían en su mayoría hundidos— en el suministro de canalizaciones adecuadas para los cables o hilos, así como de los propios cables e hilos. Además, la red de acceso local de TESAU se desplegó durante décadas al amparo de los derechos especiales y se financió mediante los ingresos del monopolio de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Telefónica ha tenido que realizar inversiones para que la red existente soportara el tráfico de banda ancha. En comparación, los operadores que se plantearan desplegar una infraestructura local completamente nueva caracterizada por economías de escala muy significativas, tendrían que hacer frente a inversiones de una magnitud muy superior al coste de adaptación a la banda ancha, lo que haría antieconómica la duplicación de la totalidad de la red de acceso local de Telefónica.

¹⁴³ En su Comunicación sobre el sobre el acceso desagregado al bucle local (COM (2000)237) de 26 de abril de 2000 (página 18), la Comisión observó a este respecto que *«un servicio de este tipo permite al operador preexistente mantener el control del ritmo al que se crean los servicios de acceso de alta velocidad y las regiones a las que se extienden. Las prioridades del operador tradicional pueden no corresponder a las de los nuevos operadores. Por tanto, estos servicios deben considerarse complementarios de las demás formas de acceso desglosado descritas anteriormente, pero de ninguna manera sustitutos de éstas»*.

¹⁴⁴ Véase el Reglamento (CE) n° 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, DO L 336 de 30.12.2000, p. 4: *«No sería económicamente viable para los nuevos operadores duplicar la totalidad de la infraestructura metálica de acceso local del operador preexistente en un plazo razonable. Las infraestructuras alternativas como la televisión por cable, el satélite y los bucles locales inalámbricos no ofrecen por el momento la misma funcionalidad o ubicuidad, si bien la situación puede diferir según los Estados miembros.»* (véase I considerando 6).

¹⁴⁵ Las estimaciones cifran el coste que supondría replicar la infraestructura de acceso local en un promedio de 1 000 euros por línea. Por ejemplo, la duplicación de la red de acceso local del operador tradicional en Francia exigiría una inversión de 30 000 millones de euros (900 euros por línea) más los costes de funcionamiento recurrentes, de 3 000 millones de euros (7,6 euros por línea y por mes). Véase: ARCEP, Consultation sur les méthodes de valorisation de la boucle locale cuivre, abril de 2005.

- (168) En su Contestación¹⁴⁶, Telefónica sostuvo que la desagregación del bucle local y el acceso mayorista regional pertenecen al mismo mercado de referencia. Telefónica sostiene que todos los productos mayoristas identificados en la Sección IV.C, (es decir, también el acceso mayorista nacional) son sustituibles ya que permiten a los operadores alternativos proporcionar los mismos servicios minoristas, y los operadores alternativos utilizan de hecho esta elección de insumos mayoristas con este fin¹⁴⁷. Asimismo, Telefónica alegó¹⁴⁸ que el análisis de sustituibilidad no tendría que tomar en consideración sólo las inversiones necesarias para cambiar de un producto mayorista regional al bucle desagregado sino también las ventajas que se obtienen del cambio del anterior a este último. Según Telefónica, cambiar al bucle desagregado capacita para (i) ofrecer servicios descendentes adicionales (obteniendo así mayores ingresos) y (ii) disminuir los costes de red (beneficiándose así de mayores márgenes).
- (169) Sin embargo, los argumentos de Telefónica son insuficientes, incompletos y engañosos:
- (170) En primer lugar, las alegaciones de Telefónica en respuesta al PC se contradicen con las presentadas a la Comisión cuando la compañía comentó la denuncia inicial de France Télécom (que da origen a la presente Decisión)¹⁴⁹. La propia Telefónica consideró que el acceso mayorista a nivel local (bucle local de abonado) y el acceso mayorista indirecto (a nivel regional y nacional) pertenecían a mercados de productos diferentes. En efecto, la empresa definió dos mercados distintos de banda ancha mayorista: i) el mercado del acceso mayorista (que corresponde al bucle local de abonado en el presente caso); y ii) el mercado del transporte mayorista de banda ancha (que corresponde al mercado mayorista regional y al mercado mayorista nacional en el presente caso). La definición del mercado propuesta por Telefónica se ilustra de la siguiente manera:

¹⁴⁶ Véase la Contestación de Telefónica, páginas 38-45.

¹⁴⁷ Telefónica menciona, en apoyo de su argumento de que los tres mercados mayoristas pertenecen al mismo mercado de referencia, una reciente decisión sobre una fusión del Tribunal de Defensa de la Competencia - Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia C/93/05 Telefónica/Iberbanda -, que concluía que sólo había un mercado mayorista de banda ancha en España. Sin embargo, esta decisión no entraba en los detalles de la definición del mercado mayorista, y en especial en la pertinencia de una mayor fragmentación, ya que ello no habría alterado la conclusión alcanzada por el Tribunal, a saber que Telefónica es dominante tanto en los mercados mayoristas como minoristas del acceso de banda ancha en España y que la fusión debía prohibirse.

¹⁴⁸ Véase página 8 de la respuesta a la carta factual.

¹⁴⁹ Véase la carta de Telefónica de 22.9.2003 (páginas TFCA -22 a TFCA -26 del expediente).

- (173) El cambio del producto mayorista regional al bucle local de abonado es extremadamente costoso. Supone: i) desplegar una red desde el punto de interconexión regional a las centrales locales de Telefónica (véase el considerando (164)); ii) unos costes mayoristas específicos en concepto de cambio impuestos por Telefónica¹⁵²; y iii) conseguir la coubicación y otros servicios afines (véase Sección IV.F) para poder prestar servicios de banda ancha minorista.
- (174) Además, el cambio de un producto mayorista regional al acceso desagregado es un proceso largo: el despliegue de una red de telecomunicaciones fijas hasta las centrales locales de Telefónica y la coubicación de los equipos de banda ancha en dichas centrales locales requieren mucho tiempo¹⁵³.
- (175) Incluso con el tiempo, el acceso desagregado nunca será una opción viable en todo el territorio español; los operadores alternativos que lo utilizan hoy en algunas zonas de España no han abandonado los productos mayoristas regional y nacional; los utilizan como complementos¹⁵⁴.
- (176) De cualquier manera, contrariamente a las alegaciones de Telefónica, un operador alternativo que quiera cambiar de acceso mayorista regional al bucle local desagregado tendrá que incurrir las inversiones de despliegue de red anteriormente mencionadas y sólo se llevará los beneficios del cambio después de haber alcanzado una determinada base de clientes, lo cual no es ni inmediato ni seguro.
- (177) Debido a los riesgos que entrañan las inversiones que suponen altos costes hundidos (véase el considerando (164)), es probable que los operadores alternativos procedan de forma gradual a ampliar su base de clientes y a invertir en infraestructura. Al construir una nueva infraestructura de telecomunicaciones es fundamental alcanzar una «masa crítica» mínima para aprovechar al máximo los efectos de red y las economías de escala y poder hacer otras inversiones. Los economistas, los reguladores y la propia Telefónica, denominan comúnmente este fenómeno la 'escalera de la inversión'. Este concepto no tiene un sentido preceptivo: no implica que los operadores alternativos *deban* seguir un planteamiento gradual de inversiones en infraestructura (de banda ancha). Más bien refleja el modelo *observado* de entrada y de expansión en el mercado de los nuevos operadores. Este modelo ha incitado a los reguladores de Europa a despejar los obstáculos establecidos a la entrada y a la expansión imponiendo el acceso a diversos niveles de la infraestructura de los operadores preexistentes.

¹⁵² 25 euros del acceso indirecto (nivel regional o nacional) al acceso completamente desagregado al bucle local y 32,75 euros del acceso indirecto al acceso compartido al bucle local. También existe la posibilidad de hacer una migración masiva que supone un coste fijo de 85,25 euros más 7,42 euros por cambiar al acceso completamente desagregado al bucle local y 13,09 euros por cambiar al acceso compartido al bucle local. Véase la carta de Telefónica de 21.07.07, páginas TFCA-4224 y TFCA- 4225 del expediente.

¹⁵³ Véase Sección IV.F. Esto es independiente de si los retrasos de Telefónica en el suministro de los servicios asociados a la desagregación del bucle de abonado están objetivamente justificados o no.

¹⁵⁴ Así lo demuestra el hecho de que, en 2005, pese al despliegue del acceso desagregado, los ingresos de TESAU derivados de estos otros productos mayoristas ascendieron a 537 millones de euros, una cifra mucho más alta que la de 2004 (391 millones de euros). Véase el Informe de la CMT 2005, p. 113.

- (178) El primer peldaño de la 'escalera de la inversión' está ocupado por un operador cuya estrategia consiste en centrarse en un mercado de masas (lo que supone considerables gastos de comercialización y publicidad), pero que actúa simplemente como revendedor del producto de acceso ADSL del proveedor integrado verticalmente (el operador incumbente). A medida que su base de clientes aumenta, hace otras inversiones en transporte de tráfico a nivel nacional. En un peldaño superior, puede incluso intentar conectar a sus clientes directamente (bucle local de abonado). Por tanto, las inversiones graduales acercan al operador progresivamente al cliente, reducen la dependencia del producto mayorista del titular, y le permiten añadir cada vez más valor al producto ofrecido al usuario final y diferenciar su servicio del servicio del operador incumbente¹⁵⁵.
- (179) Este modelo se confirma en el Informe sobre la competencia en el mercado de banda ancha del Grupo de Reguladores Europeos (ERG) de mayo de 2005¹⁵⁶: *«Si la mayor parte de los nuevos operadores eran al principio revendedores, el acceso bitstream ha superado a la reventa como forma de acceso preferente y es ahora el acceso mayorista más utilizado (con una cuota de más de un tercio, quedando la reventa por debajo del 30%). Se estaría pasando de la reventa al bitstream. El número de líneas de acceso compartido también ha aumentado (con el mayor incremento de todas las formas de acceso) al tiempo que la desagregación completa. Esto indica que la escalera de la inversión existe, y que los nuevos operadores empiezan a subir por ella.»*
- (180) En su carta a la Comisión de 2 de marzo de 2005, la propia Telefónica hizo referencia al concepto de la escalera de la inversión al describir la evolución del mercado de banda ancha español desde 2001. En especial, mencionó la importancia para los operadores alternativos de alcanzar una masa crítica antes de comenzar a invertir en una infraestructura propia que les permita utilizar el bucle local de abonado:

¹⁵⁵ Martin Cave, Remedies for broadband services (véase la página Div -378 del expediente).

¹⁵⁶ Informe sobre la competencia en el mercado de banda ancha europeo del Grupo de Reguladores Europeos ERG, Resumen, 14 de mayo de 2005 (véase página Div -190 del expediente).

«El año 2004 también ha sido el punto de inflexión en el que aquellos PSI que habían basado sus ofertas minoristas sobre el acceso indirecto de TESAU han alcanzado una masa crítica de conexiones y una experiencia en el mercado que les ha permitido comenzar a invertir en infraestructura de red, empezando así a migrar sus conexiones desde los accesos mayoristas de tipo indirecto (el comercialmente llamado GigADSL de TESAU) hacia accesos desagregados al bucle (total o parcialmente). La consecuencia directa es un mayor grado de control por parte de los PSI de fases de producción anteriores, lo cual les permite diferenciar sus productos, competir en diferentes fases de la cadena de producción y, en última instancia, controlar todos los elementos que tienen incidencia en su margen comercial. En consecuencia, les permite diferenciar sus productos en términos de capacidad, calidad o coste, ampliándose de esta manera su margen de maniobra para competir en el mercado minorista. El mercado español de la banda ancha continúa, por tanto, el ritmo esperado en la 'escalera de la inversión' .»¹⁵⁷

- (181) Además, el hecho de que, en la actualidad, los competidores de Telefónica utilicen una combinación de productos distintos, no invalida la conclusión señalada de que estos productos no son sustituibles debido a lo costoso, largo e incompleto que resulta el cambio. La Comisión reconoce que algunos operadores alternativos han duplicado progresivamente la oferta regional mayorista¹⁵⁸ de Telefónica en algunas zonas específicas de España a partir de septiembre de 2004. Sin embargo, contrariamente a las afirmaciones de Telefónica, no se trata de una sustitución ni es un proceso inmediato, sino gradual (tal y como ilustra la historia del mercado español de banda ancha, véase Sección IV.C.3). Según lo explicado anteriormente, no afectará a todas las líneas ADSL de los competidores de Telefónica incluso a largo plazo, y solamente será viable —incluso en las zonas más densas de España— si el competidor logra una masa crítica de clientes que justifique las importantes y arriesgadas inversiones necesarias (lo que es más difícil si los márgenes del competidor se estrechan).

¹⁵⁷

Véase la carta de Telefónica de 2.3.2005 (página TFCA- 986 del expediente).

¹⁵⁸

A efectos de autosuministro. Tal y como se ha señalado, Telefónica es el único proveedor de un producto mayorista regional.

- (182) Por último —como ya se indicó en el PC¹⁵⁹—, todos los reguladores nacionales de telecomunicaciones que han analizado los mercados de banda ancha mayorista en sus países respectivos a la luz de los principios de la normativa de competencia, incluidos los países en los que la desagregación del bucle local está mucho más avanzada que en España, consideran asimismo que el acceso al bucle local y el acceso de banda ancha mayorista constituyen mercados de referencia diferentes incluso en un análisis prospectivo¹⁶⁰. Sus conclusiones se han basado en razonamientos similares a los expuestos aquí. En España no existe ninguna peculiaridad que justifique una conclusión diferente, en especial en el contexto a posteriori, tal como ilustra el hecho de que la CMT¹⁶¹ ha considerado que, incluso con un enfoque prospectivo, el bucle local de abonado y el acceso mayorista indirecto (a nivel regional y nacional) no son sustituibles.

3.2 *Sustituibilidad entre la oferta mayorista regional y las ofertas mayoristas nacionales*

- (183) El operador alternativo que desee prestar servicios ADSL minorista a escala nacional utilizando el acceso regional, debe soportar los costes iniciales y recurrentes relativos al despliegue y mantenimiento de una red que permita la interconexión con los puntos de acceso indirecto de TESAU en 109 demarcaciones.
- (184) En su Contestación¹⁶², Telefónica afirmó que las ofertas mayoristas nacionales y regionales son sustituibles. Telefónica sostiene que un aumento pequeño pero significativo del precio de uno de los productos mayoristas daría lugar a un aumento de la demanda del otro producto mayorista. Además, Telefónica alega que en 2005 los operadores alternativos han migrado de GigADSL a ADSL-IP. Según Telefónica, esto queda probado por el hecho de que, durante el 2005, el número de líneas mayoristas regionales vendidas por Telefónica a operadores alternativos disminuyó mientras que aumentó el número de líneas mayoristas nacionales vendidas por Telefónica.¹⁶³ Concretamente, según Telefónica, en febrero de 2006, el [...] % de las [...] líneas ADSL-IP eran líneas que procedían de GigADSL¹⁶².

¹⁵⁹ Véase Considerando 207 del PC.

¹⁶⁰ La Recomendación 2003/311/CE de la Comisión, 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 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas define dos mercados separados: el acceso desagregado al bucle local ("mercado 11") y el acceso de banda ancha mayorista ("mercado 12"). Todos los reguladores que analizaron estos mercados confirmaron la opinión de la Comisión de que en el contexto prospectivo, estos mercados están separados uno de otro.

¹⁶¹ CMT, Resolución de 1 de julio de 2006 en el asunto AEM2005/1454, Resolución por la que se aprueba la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

¹⁶² Véase la Contestación de Telefónica, páginas 45-48.

¹⁶³ Véase la contestación de Telefónica a la carta factual, pág. 16 y 17.

- (185) Sin embargo, el cambio de los productos mayoristas nacionales a los regionales no es tan inmediato como sostiene Telefónica. Los operadores alternativos que se basan en ofertas mayoristas nacionales (y que, por tanto no tienen su propia red) para penetrar el mercado minorista de banda ancha, no se decidirían a realizar considerables inversiones en el despliegue de una red a los 109 puntos de acceso indirecto sólo porque hubiera habido un aumento permanente y pequeño pero significativo del precio de la oferta mayorista nacional. El regulador francés¹⁶⁴ ha calculado que los costes del paso de una oferta mayorista nacional a una oferta mayorista regional, es decir, el tendido de las redes correspondientes, oscilarían entre 150 y 300 millones de euros en Francia. Telefónica invirtió más de [...] de 2001 a 2006 en el desarrollo de su red¹⁶⁵. Es una cantidad de dinero considerable.
- (186) A este respecto cabe tener en cuenta que el número de puntos de acceso indirecto de la oferta de acceso mayorista regional de Telefónica es uno de los mayores, si no el mayor, de la Comunidad¹⁶⁶. Cuanto mayor es el número de puntos de acceso indirecto que es necesario alcanzar, mayor es el obstáculo para que los operadores alternativos se cambien de producto.

¹⁶⁴ Notificación por el ART del mercado del acceso de banda ancha mayorista en el contexto del artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (FR/2005/0175).

¹⁶⁵ Anexo 2 de la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA-13126 del expediente)

¹⁶⁶ Por ejemplo, en Francia se considera que la cobertura nacional puede alcanzarse con interconexiones en 20 puntos de acceso indirecto.

- (187) Por lo que respecta al cambio en sentido contrario, es decir, de una oferta mayorista regional a una nacional, tiene poco sentido desde el punto de vista económico, según lo confirmado por France Télécom España en su carta de 3.11.2006¹⁶⁷. Teniendo en cuenta los costes hundidos, los operadores alternativos que han hecho ya las inversiones necesarias para conectar con los 109 puntos de acceso indirecto, capitalizarían su inversión y contratarían la oferta mayorista regional y evitarían concentrar el tráfico en un único punto de acceso nacional. El operador alternativo que ya haya hecho las inversiones necesarias para utilizar la oferta mayorista regional de Telefónica, solamente incurriría en (además de las inversiones de despliegue de la red que son hundidos) los costes de funcionamiento integrados por i) costes mayoristas ([...] ¹⁶⁸) y ii) costes de funcionamiento incrementales ([...] ¹⁶⁹), mientras que los costes del acceso mayorista a nivel nacional serían de [...] ¹⁷⁰. Por lo tanto, incluso en el caso de un aumento permanente y pequeño pero significativo del precio del producto mayorista de acceso regional, es poco probable y, de hecho, irracional desde un punto de vista económico, que los operadores que ya hayan invertido en el despliegue de una red, soporten los costes de oportunidad de no utilizar su red y utilicen una oferta mayorista nacional que no les ofrece las mismas posibilidades en cuanto al control de la calidad de servicio del producto minorista que la oferta mayorista regional.
- (188) Efectivamente, como explicaba la CMT¹⁷¹, cuanto más cercanos al cliente final están los operadores alternativos, más control e independencia de Telefónica tienen. Puesto que la oferta mayorista regional exige que los operadores alternativos construyan una red para interconectar con los 109 PAI desde los cuales se obtiene el acceso al usuario final, utilizando su propia red estos operadores pueden ejercer un mayor grado de control, y por lo tanto de diferenciación, de su producto minorista que en el caso de un producto mayorista nacional. Contrariamente, puesto que en el producto mayorista nacional el tráfico se tuneliza por la red IP de Telefónica, el nivel de control que el operador alternativo tiene sobre todo el servicio de acceso, es más limitado.

¹⁶⁷ En su carta, France Télécom España declara que: «una vez que un operador ha realizado las inversiones sustanciales necesarias para abrir una demarcación GigADSL no tiene sentido económico alguno migrar los clientes de esa demarcación hacia el servicio ADSL-IP». Véase página ISP-578 del expediente

¹⁶⁸ Véase Cuadro 18.

¹⁶⁹ Véase Cuadro 21.

¹⁷⁰ Véase Cuadro 24.

¹⁷¹ Informe anual de la CMT 2005, página 114.

- (189) En cuanto a la alegación de Telefónica de que los operadores han cambiado un número significativo de líneas mayorista de GigADSL a ADSL-IP, también es incorrecta. En realidad, el hecho de que las líneas mayoristas regionales vendidas por Telefónica decreciesen mientras que el número de líneas mayoristas nacionales aumentó, no implica necesariamente que los operadores alternativos migraran de GigADSL a ADSL-IP. Es cierto que el número total de líneas mayoristas regionales vendidas por Telefónica disminuyó en [...] líneas¹⁷² en el 2005. No obstante, esta disminución se explica principalmente por la disminución durante el mismo periodo del número de líneas mayoristas regionales vendidas por Telefónica a [...] ([...]¹⁷³). Las líneas mayoristas regionales contratadas por [...] fueron transformadas por esta última en líneas mayoristas nacionales vendidas a [...]. [...] confirmó¹⁷⁴ que la única migración de GigADSL a ADSL-IP que efectuó, tuvo lugar en 2005 y fue una migración de líneas mayoristas nacionales suministradas por [...] a [...] sobre la base de GigADSL a líneas mayoristas nacionales suministradas por Telefónica (ADSL-IP). Por tanto, la migración a que alude Telefónica, es una migración entre dos productos mayoristas nacionales distintos que se consideran sustituibles en la presente Decisión. Es también incorrecto que Ya.com-Albura migrara cerca de [...] líneas (incluidas [...] en Barcelona y [...] en Madrid) de GigADSL a ADSL-IP hasta febrero de 2006¹⁷⁵: el número de las líneas GigADSL contratadas por [...] no fue superior a [...] hasta febrero de 2006¹⁷⁶. Por tanto, es imposible que Ya.com migrara [...] líneas de GigADSL a ADSL-IP.
- (190) Según se ha explicado anteriormente, los operadores alternativos que han desarrollado sus redes a todos los PAI, o a un número significativo de éstos, de la oferta mayorista regional, no considerarán que el producto mayorista nacional es un sustituto del regional. Sin embargo, en la medida en que los operadores hayan desplegado redes hasta algunos, pero no todos los 109 puntos indirectos de presencia de la oferta mayorista regional, lo racional será que contraten la oferta mayorista regional allí donde han desplegado sus propias redes, pero que contraten la oferta mayorista nacional donde no lo hayan hecho. Pero incluso los operadores que poseen una red que se extiende a sólo algunos de los 109 puntos indirectos de presencia de la oferta mayorista regional, no considerarán que los productos mayorista nacionales y regionales son sustitutos, sino complementarios entre sí.

¹⁷² Véase anexo 1 de la carta de Telefónica de 28.07.06 (páginas TFCA-4653 a TFCA-4657 del expediente). Se excluye el suministro interno (de TDATA o TERRA).

¹⁷³ Véase anexo 1 de la carta de Telefónica de 28.07.06 (páginas TFCA-4653 a TFCA-4657 del expediente).

¹⁷⁴ [...]

¹⁷⁵ Tal y como lo indica Telefónica en el anexo 7 de su carta de 21.07.07 (página TFCA-4384 del expediente).

¹⁷⁶ Véase anexo 1 de la carta de Telefónica de 28.07.06 (páginas TFCA-4653 a TFCA-4657 del expediente).

- (191) Los productos de acceso mayorista regionales y nacionales tampoco pueden considerarse sustitutos desde la perspectiva de la oferta: un operador que desee proporcionar una oferta mayorista nacional, puede hacerlo basándose en la oferta mayorista regional, lo que implica considerables inversiones, pero estas inversiones no admiten ninguna comparación con la inversión en redes y equipos que supone el bucle local de abonado, que es el insumo ascendente necesario de antemano para que un operador pueda ofrecer un producto de acceso mayorista regional que compita con GigADSL de TESAU. Esto queda puesto de manifiesto por el hecho de que no hay productos mayoristas regionales competidores de GigADSL de Telefónica, a pesar de que hay varios suministradores de ofertas de acceso de banda ancha mayorista nacional.
- (192) En cuanto al argumento aducido por Telefónica en su respuesta a la carta factual de que, en su Resolución de 1 de junio de 2006 (véase el considerando (120)), la CMT consideró que sus productos mayoristas regionales y nacionales pertenecían al mismo mercado de producto, cabría señalar que la CMT en realidad concluyó que los dos podrían llegar a ser sustituibles con un enfoque prospectivo¹⁷⁷. En su análisis prospectivo, la CMT señaló, entre otras cosas, que *«dadas las mayores eficiencias en el transporte que es posible conseguir a través del protocolo IP, es posible, e incluso previsible, que el número de demarcaciones del servicio mayorista de concentración regional se reduzca, disminuyendo por tanto, y siempre de forma prospectiva, las citadas inversiones necesarias para acceder a dicho servicio regional»*¹⁷⁸.
- (193) De todo esto se desprende que, en opinión de la CMT, desde una perspectiva a posteriori (como es el caso de la presente Decisión), estos mercados han pertenecido hasta ahora al mismo mercado de referencia. De hecho, en su Resolución OM 2002/7330 de 10 de julio de 2003, la CMT consideró que el acceso mayorista a nivel regional y el acceso mayorista a nivel nacional no eran sustituibles¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Al consultarlo sobre la medida que le había sido notificada con arreglo al artículo 7 de la Directiva Marco (asunto ES/2006/0370), la Comisión cuestionó el análisis prospectivo de mercado de la CMT, pero no abrió un procedimiento con arreglo al apartado 4 del artículo 7, porque, aunque se hubieran definido dos mercados separados, ello «no hubiese conducido a un resultado diferente en el análisis de PSM» (poder significativo de mercado) (Carta de la Comisión a la CMT de 5 de junio de 2006, SG-Greffe (2006)D/202422). En efecto, la CMT consideró que Telefónica tenía un poder significativo de mercado en el mercado más amplio definido.

¹⁷⁸ Proyecto de medida relativa a la definición del mercado mayorista de acceso a banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas.

¹⁷⁹ CMT, Resolución de 10 de julio de 2003 en el asunto OM 2002/7330, Resolución sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL mayoristas.

- (194) Los reguladores de otros países cuyo mercado de banda ancha tiene una estructura similar (existencia de acceso mayorista a nivel local, regional y nacional, (en particular ARCEP en Francia¹⁸⁰ y OFTEL (ahora OFCOM) en el Reino Unido¹⁸¹), también han concluido que no existe sustituibilidad entre el acceso mayorista a nivel regional y el acceso mayorista a nivel nacional.
- (195) Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, el producto de acceso mayorista regional y los productos de acceso mayorista nacionales no pertenecen al mismo mercado. En cualquier caso, en el presente asunto, los límites exactos entre los mercados mayoristas regional y nacional tampoco son determinantes porque Telefónica es dominante en ambos y se ha identificado un estrechamiento de márgenes tanto en relación con el producto de acceso mayorista regional como con los productos de acceso mayorista nacional.

3.3 Exclusión de la tecnología del cable de los mercados mayoristas de referencia

- (196) Aparte del ADSL, existen en el mercado español otras redes que ofrecen tecnologías de acceso de banda ancha minorista: cable, satélite, acceso fijo inalámbrico, fibra óptica y línea eléctrica. Aunque el mercado minorista pertinente incluya todos los productos de banda ancha estándar, suministrados a través de ADSL o de cable (o cualquier otra tecnología) comercializados en el mercado de masas, el acceso a estas otras redes no puede considerarse sustituibles a nivel mayorista.
- (197) Actualmente la regulación no obliga a los proveedores de estas redes de acceso (i.e. distintas de ADSL) a ofrecer ningún producto de acceso de banda ancha mayorista, ni ellos lo hacen por propia iniciativa.
- (198) Aunque la capacidad del cable (al igual que las otras tecnologías distintas del ADSL) se basa totalmente en el autosuministro, se plantea la cuestión de si la presión competitiva impuesta a través del autosuministro a las plataformas de cable es lo bastante significativa para justificar su inclusión en los mercados mayoristas.
- (199) La sustituibilidad de la demanda está limitada por los costes considerables en los que se incurriría en caso de cambiar de un producto mayorista ADSL (principalmente acceso a nivel regional y nivel local) a un producto mayorista basado en cable-módem (y viceversa), y por la escasa cobertura y la fragmentación de las redes de cable en España.

¹⁸⁰ En julio de 2005, la Comisión autorizó una notificación del regulador francés, ARCEP (antes denominado ART) en la que éste definía un mercado mayorista nacional distinto del mercado mayorista regional (FR/2005/0206).

¹⁸¹ En diciembre de 2003, el regulador británico definió un mercado mayorista de la originación de banda ancha (que en el presente asunto corresponde al acceso mayorista regional) y un mercado mayorista del transporte de banda ancha (que en el presente asunto corresponde al acceso mayorista nacional). Véase OFTEL, Wholesale Broadband Access Market, Identification and analysis of markets, Determination of market power and Setting of SMP conditions, Explanatory Statement and Notification; 16 de diciembre de 2003.

- (200) En primer lugar, es importante observar que, al contrario de los clientes minoristas, los clientes potenciales de los productos de acceso mayorista de estos operadores de cable difícilmente los considerarían sustitutos de los productos mayoristas ADSL. En efecto, la mayoría de estos clientes potenciales ha hecho ya las inversiones irreversibles de despliegue de la red para interconectarse con las centrales locales de Telefónica (bucle local de abonado) o con los PAI (acceso mayorista regional). Los costes del cambio de una plataforma tecnológica a otra son muy significativos porque implican desplegar otra red que llegue hasta los nodos de la red alternativa (la red de Telefónica y las redes de cable no tienen la misma topología). Estos costes sobrepasan con mucho cualquier incentivo para dicho cambio aun en el caso de un aumento permanente y pequeño pero significativo del precio de los productos de acceso mayorista ADSL y, por tanto, los clientes estarán poco dispuestos a cambiar a un producto de acceso de banda ancha mayorista basado en el cable-módem aun en el supuesto de que este producto apareciera en el mercado.
- (201) En segundo lugar, la sustituibilidad de la demanda está limitada por la diferencia de cobertura geográfica de las redes de cable y ADSL en España. Mientras que casi toda la población española puede obtener acceso a banda ancha con base en la red ubicua y modernizada de ADSL de Telefónica basada en pares convencionales de cobre, solamente un 40% de la población puede obtener acceso a la banda ancha sobre cable-modem¹⁸². Un comprador de acceso mayorista de cable-módem no podría ofrecer servicios de acceso de banda ancha en todo el territorio español. Incluso a nivel local, las redes de cable no constituirían una alternativa puesto que su cobertura es más baja que la de Telefónica, incluso en regiones como Madrid o Cataluña¹⁸³.
- (202) La cobertura de cable no sólo es mucho menor que la cobertura ADSL sino que las redes de cable además están fragmentadas y no se solapan¹⁸⁴, lo que significa que los operadores alternativos tendrían que contratar con varios operadores de cable para cubrir el 40% de la población.
- (203) La cobertura geográfica de los operadores españoles de cable actúa, por tanto, como un obstáculo significativo a la sustituibilidad de la demanda entre acceso mayorista de cable módem y ADSL. Esto afecta especialmente a los operadores alternativos que dependen de un producto mayorista ADSL nacional en zonas con menos densidad de población ya que es precisamente en estas zonas donde los operadores de cable no han desplegado redes.

¹⁸² Informe anual de la CMT 2005, p. 285.

¹⁸³ Véase el Informe de la CMT 2005, página 101.

¹⁸⁴ Ono opera en Comunidad Valenciana, Cantabria, Mallorca, Albacete, Murcia, Huelva, Castilla-Léon y Cádiz. Auna opera en Madrid, Cataluña, Andalucía (excepto Huelva y Cádiz), Canarias, Alicante, Aragón, Navarra y La Rioja. R Cable opera en Galicia. Euskaltel opera en el País Vasco. Telecable Asturias opera en Asturias.

- (204) Aunque técnicamente es posible para los operadores de cable dar a terceros un servicio de banda ancha mayorista equivalente a los servicios mayoristas de Telefónica (aunque con cobertura limitada), son varias las dificultades prácticas y económicas que lo impiden. Se necesita una inversión inicial que permita prestar servicios a terceros, por ejemplo en equipo adicional (routing y conmutación), en espacio de ubicación con una fuente de alimentación robusta y aire acondicionado adecuado. Otras consideraciones prácticas serían las señales de compatibilidad para el tráfico adicional, la estandarización de la técnica de modulación del descodificador y la integración de la facturación. Por separado, cada uno de estos problemas tiene solución; sin embargo, su combinación entraña unos plazos e inversiones significativos (en términos de costes hundidos). Por consiguiente, es dudoso que el diseño de este tipo de oferta mayorista fuera económicamente viable, según afirma el propio operador principal español de cable (ONO)¹⁸⁵. A este respecto, la CMT considera que, con un enfoque prospectivo, los operadores de cable ni siquiera tienen los incentivos económicos para suministrar acceso mayorista a terceros:

«[N]o se considera que los operadores de cable tengan los suficientes incentivos económicos para ofrecer los recursos a terceros operadores que supondrán una competencia con sus propios servicios en el mercado minorista. En este sentido, cabe resaltar que estos operadores no han ofrecido, ni lo están haciendo ahora, ningún servicio mayorista de acceso de banda ancha a terceros operadores. [...] Por otra parte, los movimientos en los precios mayoristas que se han sucedido en España tampoco han provocado la entrada de estos operadores, con lo que no puede esperarse su entrada hasta el próximo proceso de revisión.»¹⁸⁶

- (205) La Comisión considera, por tanto, que las ofertas mayoristas de cable-módem y de ADSL no son sustituibles. Así pues, se excluye el cable-módem de los mercados mayoristas de referencia.
- (206) Todas estas consideraciones sobre la ausencia de sustituibilidad entre las ofertas de acceso mayorista ADSL y el acceso de banda ancha basado en el cable-módem son aplicables a las demás tecnologías de acceso de banda ancha citadas anteriormente, cuyo índice de penetración es aun más bajo que el del cable. Se trata de redes de costoso despliegue y de tamaño por ahora reducido, como atestigua el número de sus usuarios finales, que representaba menos del 0.1% de la líneas de banda ancha en España en 2006¹⁸⁷.

¹⁸⁵ CMT decisión AEM2005/1454 de 1.6.2006: «ONO desea destacar que en la actualidad la prestación de un servicio mayorista de acceso de banda ancha por parte de los operadores de cable es inviable desde el punto de vista técnico-económico tal como se expone en los documentos 1 y 2 que aporta en su contestación. [...] ONO adjunta a sus alegaciones la siguiente documentación: Documento 1: Respuesta del Grupo Auna a ERG's public consultation on wholesale broadband acces via cable; Documento 2: Report on the Technical Validity of Bit-stream Access to Cable Networks for Applying ex-ante Regulation. Febrero 2005. Elaborado por la European Cable Communications Association de la cual ONO es miembro.»

¹⁸⁶ CMT decisión AEM2005/1454 de 1.6.2006.

¹⁸⁷ Véase Cuadro 1 .

- (207) En todo caso, como se demostrará más adelante, independientemente de la inclusión de tecnologías alternativas (incluido el cable) en los mercados mayoristas, estas tecnologías no han ejercido una presión sobre la capacidad de Telefónica de apalancar en el mercado minorista su poder de mercado en los mercados mayoristas.

3.4 Conclusión

- (208) A efectos de la presente Decisión, se han identificado dos mercados mayoristas de referencia: el mercado del acceso de banda ancha mayorista cuyo tráfico se entrega a nivel regional y el mercado del acceso de banda ancha mayorista cuyo tráfico se entrega en un punto nacional de entrega. Ambos mercados excluyen los servicios de acceso mayorista por cable-módem (así como otras tecnologías distintas del ADSL).

B. Mercado geográfico de referencia

- (209) El mercado geográfico de referencia, tanto minorista como mayorista, es el mercado español¹⁸⁸, como también ha señalado la CMT en repetidas ocasiones¹⁸⁹. Telefónica no impugnó esta definición de mercado geográfico en su Contestación.
- (210) Según reiterada jurisprudencia, el mercado geográfico de referencia comprende un área en la cual las empresas afectadas participan en la oferta y la demanda de los productos o servicios pertinentes y las condiciones de la competencia son similares o suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de las zonas vecinas por ser considerablemente distintas las condiciones de la competencia prevalentes¹⁹⁰. La definición del mercado geográfico no exige que las condiciones de la competencia entre operadores o proveedores de servicios sean perfectamente homogéneas. Basta con que sean similares o suficientemente homogéneas y, por ello, sólo podrá considerarse que no constituyen un mercado uniforme aquellas zonas en las que las condiciones de competencia sean «heterogéneas»¹⁹¹.
- (211) En el sector de las comunicaciones electrónicas, el alcance geográfico del mercado de referencia se ha determinado tradicionalmente por referencia a dos criterios principales¹⁹², a saber, el ámbito abarcado por la red y la existencia de instrumentos legales y reguladores. En el presente caso, la red ubicua de Telefónica tiene cobertura nacional y las obligaciones reglamentarias (obligaciones de acceso mayorista) que le son impuestas son de aplicación nacional (es decir, homogéneas en todo el territorio).

¹⁸⁸ Esta definición del mercado geográfico se ajusta a la utilizada por la CMT en sus decisiones relativas al mercado español de banda ancha minorista y del mercado de banda ancha.

¹⁸⁹ Véanse las decisiones de la CMT OM 2001/5678 de 19.9.2002, AEM 2003/1095 de 18.12.2003, AEM 2003/1632 de 24.6.2004, AEM/2003/314 de 22.7.2004, AEM 2004/1264 de 28.7.2004.

¹⁹⁰ *United Brands/Comisión*, Rec. 1978, p.207, Considerando 44 – *Michelin/Comisión*, Rec. 1983, p.3461, Considerando 26, *Asatel/Novasam*, Rec. 1988, p.5987, Considerando 15

¹⁹¹ *Deutsche Bahn/Comisión*, Rec. 1997, p.II-1689, Considerando 92. Asunto T-139/98: *AAMS/Comisión*, Rec. 2001, p. II-3413), Considerando 39.

¹⁹² Véase, por ejemplo, el asunto IV/M.1025 *Mannesmann/Olivetti/Infostrada*, Considerando 17 - asunto COMP/JV.23 *Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom*, Considerando 18.

- (212) El resto de esta Sección se dedica a examinar las condiciones competitivas en los distintos niveles de la cadena de valor.
- (213) A nivel minorista, Telefónica compite con i) los operadores de cable cuya zona de operación se limita a regiones específicas y ii) los operadores alternativos de ADSL que basan sus ofertas en insumos mayoristas que incorporan el acceso a la infraestructura local de la red ubicua de Telefónica.
- (214) Telefónica diseña y publicita ofertas de acceso de banda ancha minorista nacional para el mercado de masas y practica precios uniformes en todo el territorio. Cuando aplica estas tarifas nacionales se basa en su propia decisión comercial. Los precios uniformes de Telefónica significan que la respuesta de Telefónica a una competencia de acceso de banda ancha en cualquier zona, con precios más bajos, tendría efecto en todo el territorio español. Como consecuencia, los PSI competidores (con independencia del tamaño y alcance geográfico de sus operaciones) alinean sus precios con los precios nacionales de Telefónica. Los PSI alternativos deben por tanto posicionar sus ofertas para igualar o mejorar los precios de Telefónica. Así pues, a pesar de la existencia de algunos factores subnacionales de «regionalización» en la oferta (el hecho de que Telefónica, operador de red con cobertura nacional, compita con operadores alternativos de cobertura más limitada), los factores comerciales que determinan la prestación del servicio generan un entorno de condiciones competitivas nacionalmente homogéneas. Además, la progresiva aparición desde septiembre de 2004 en adelante de ofertas de operadores alternativos diferenciadas por regiones (véanse el Cuadro 6 y el Cuadro 7) no ha incitado a Telefónica a deshomogeneizar sus precios minoristas en todo el territorio, por lo que se han mantenido las condiciones homogéneas.
- (215) Además, a nivel mayorista no hay diferencias en las cuotas mensuales de cada uno de los productos de acceso de banda ancha mayorista de Telefónica. Reguladas o no, las ofertas mayoristas de ésta se comercializan en condiciones homogéneas en todo el territorio español.
- (216) Telefónica es el único proveedor de oferta mayorista regional («GigADSL»), y por tanto determina en gran parte las condiciones de competencia en estos mercados. Esto no se ha visto afectado por la regulación: de hecho, la regulación aplicable ha contribuido a hacer que las condiciones de competencia de estas ofertas sean homogéneas en todo el país.
- (217) La situación es diferente en el mercado mayorista nacional, en el que hay ofertas alternativas que compiten con las de Telefónica, especialmente en algunas zonas. En la evaluación del alcance geográfico de este mercado cabe distinguir dos periodos. Hasta finales de 2002, la competencia en el mercado mayorista nacional era casi inexistente. Telefónica se hallaba en condiciones homogéneas de competencia en toda España.

- (218) A partir de 2003 apareció cierta competencia en algunas de las 109 demarcaciones del producto mayorista regional, en donde los operadores alternativos se conectaron con los puntos de acceso indirecto (a saber, en zonas densamente pobladas). Sin embargo, estos operadores alternativos que compiten en el mercado mayorista nacional basan sus ofertas en las ofertas mayoristas regionales o de acceso al bucle de abonado de Telefónica, las cuales, según ya se ha dicho, estaban y están disponibles en condiciones homogéneas en todo el territorio español.
- (219) Con base en lo anterior, el mercado geográfico a nivel mayorista y minorista es España.

C. La posición dominante de Telefónica

- (220) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha definido el concepto de posición dominante como «la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores»¹⁹³.
- (221) Disfrutar de una posición dominante no significa que no exista presión competitiva. La posición dominante permite simplemente a la empresa de que se trate, «*si no decidir, por lo menos influir notablemente en las condiciones en que se desarrollará esa competencia y, en todo caso, actuar en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante, esa actitud le perjudique*»¹⁹⁴.
- (222) A continuación se analiza el poder de mercado de Telefónica en los mercados de referencia definidos más arriba.

1 Posición dominante en el mercado mayorista regional

- (223) Telefónica es desde 1999 el único operador que proporciona acceso regional mayorista en España. Su cuota de mercado es por tanto del 100 %. Así pues es poco probable que los compradores de la oferta regional mayorista posean poder de negociación suficiente para socavar el poder de mercado de Telefónica. Los clientes de Telefónica sólo tendrían poder de negociación si pudieran plantear una amenaza creíble de comprar un producto mayorista regional competidor, pero tal producto no existe actualmente, por lo que Telefónica disfruta de un monopolio de hecho en el mercado de referencia.
- (224) La entrada potencial en este mercado se caracteriza por las considerables barreras estructurales. Para poder lanzar una oferta mayorista regional como la de Telefónica, los operadores alternativos tienen que o bien crear una infraestructura de acceso local alternativa totalmente nueva (algo que, como ya se ha dicho, es poco económico y que es muy improbable que se produzca en un futuro próximo), o bien contratar los bucles locales desagregados de Telefónica.

¹⁹³ Asunto C-27/76, *United Brands y otros/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, Considerando 65.

¹⁹⁴ Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, Rec. 1979, p. 461, Considerando 39.

- (225) En efecto, los costes hundidos son significativos¹⁹⁵ para los nuevos operadores que pretendan ofrecer servicios de acceso de banda ancha mayorista regional basándose en los bucles locales desagregados de Telefónica: son los costes correspondientes a la inversión para adaptar los elementos y equipos de red al tráfico de banda ancha (por ejemplo, DSLAM) y al despliegue de una red nacional como la de Telefónica. Cuanto mayor es el número de centrales locales a las que se conectan los operadores, y por lo tanto mayor es la cobertura, más caro resulta (véanse las estimaciones de costes de los operadores alternativos en la Sección IV.A.3.1). Además, la construcción de la infraestructura de red no solamente es muy costosa, sino que también exige mucho tiempo.
- (226) Los costes antes mencionados que deben soportar los competidores, constituyen una considerable barrera de entrada al mercado. Impiden que los competidores compitan con Telefónica en pie de igualdad. Además de haber ya desplegado, amortizado y adaptado su red de acceso local a la banda ancha, Telefónica puede disfrutar de economías de escala y alcance de una magnitud no disponible para los operadores alternativos. En particular, se dan grandes economías de escala en los elementos de red ATM y DSLAM de los servicios consistentes en acceso mayorista a nivel regional. Estas economías de escala provienen del carácter de las inversiones en redes ATM y DSLAM: cuanto mayor es el número de usuarios finales al nivel de concentrador, menor es el coste unitario por línea. Un operador alternativo que intente entrar en el mercado de referencia y competir eficientemente con Telefónica, necesita captar un número significativo de clientes de banda ancha para beneficiarse de los efectos de red y lograr costes unitarios por línea tan bajos y eficientes como los de Telefónica.
- (227) Por otra parte, independientemente de que el operador alternativo haya desplegado ya su propia red, no podrá ofrecer servicios en sentido descendente en el área abarcada por el MDF hasta la prestación efectiva de todos los servicios asociados al bucle local desagregado (ubicación, tendido interno y transferencia de señal). A este respecto, aunque la regulación obligue a Telefónica a conceder acceso a su red local, ha habido considerables obstáculos y demoras en la prestación de los servicios pertinentes (véase Sección IV.F), de tal modo que apenas puede considerarse que el servicio de la desagregación del bucle local haya estado realmente disponible durante la mayor parte del periodo cubierto por esta Decisión.

¹⁹⁵ Véase Sección V.A.3.1 .

- (228) La necesidad de asegurar un número suficiente de clientes de banda ancha crea otra barrera de entrada al mercado para los operadores que inviertan en bucle local desagregado y podría, por tanto, suponer una amenaza competitiva potencial para Telefónica en el mercado mayorista regional, ya que probablemente los operadores tendrán costes unitarios superiores a los de Telefónica en tanto despliegan sus redes locales. El siguiente gráfico muestra el número de usuarios finales conectados a centrales en las que estaban presentes operadores alternativos a finales de 2004. Es un número reducido, lo que demuestra que los operadores alternativos siguen teniendo costes unitarios superiores a los de Telefónica debido a la presencia de costes fijos significativos en la prestación de servicios de banda ancha minorista o mayorista basados en la desagregación del bucle local.

Gráfico 9 - Número de usuarios finales de ADSL por central y por operador a finales de 2004¹⁹⁶

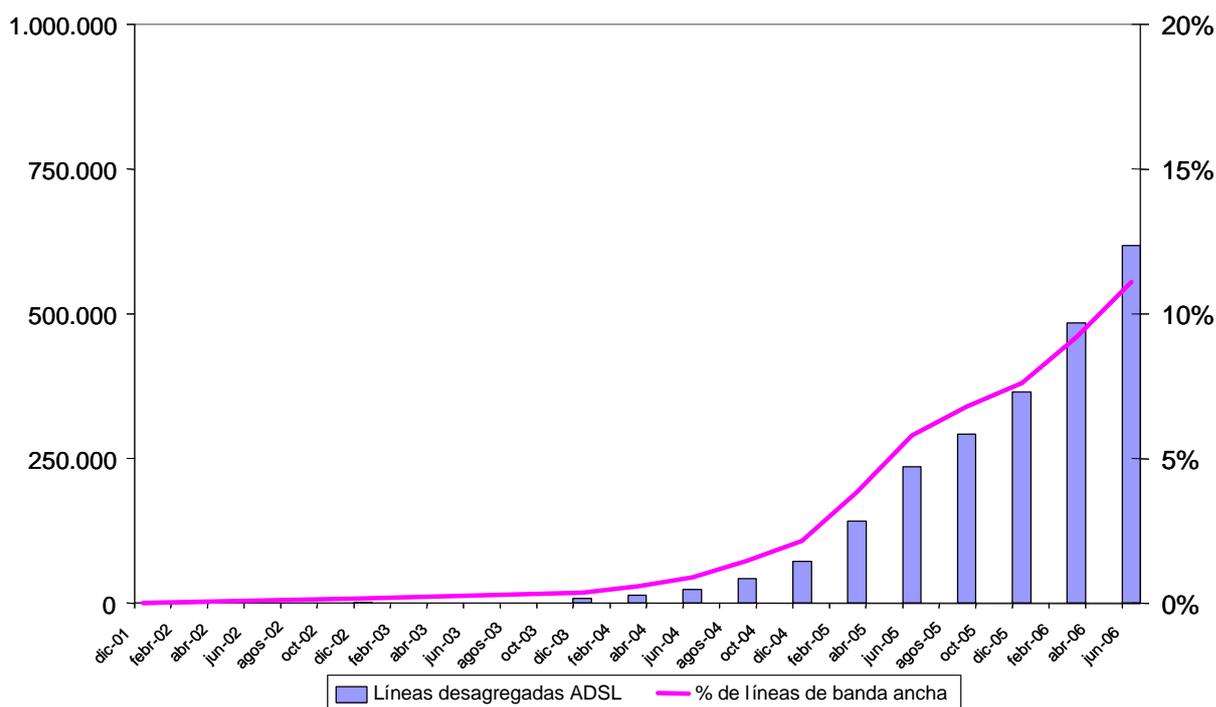
[...]

- (229) Estos datos indican que los operadores alternativos que actualmente invierten en la desagregación del bucle local (y que hasta ahora no han puesto en el mercado una oferta mayorista regional que compita con la de Telefónica), no tendrán un impacto significativo en la competencia en el mercado mayorista regional ni siquiera a medio plazo, y que el impacto nunca será nacional. La filial de Telefónica en el Reino Unido ha llegado a la misma conclusión en cuanto a los efectos de la desagregación del bucle local en el mercado de banda ancha británico¹⁹⁷: *«A pesar de los laudables intentos de Ofcom por fomentar una mayor competencia a través de la desagregación del bucle de abonado, su impacto no será inmediato y nunca será nacional. Lo más probable es que la plena competencia nacional en forma de banda ancha por línea fija sólo se concrete a través de DataStream [el equivalente de British Telecom a GigADSL en el Reino Unido].»*
- (230) Teniendo en cuenta estas consideraciones, la competencia potencial de operadores que hayan invertido en desagregación del bucle local ha sido limitada durante el periodo investigado. Esto se refleja en el siguiente gráfico.

¹⁹⁶ Número de líneas desagregadas divididas entre el número de centrales locales donde los operadores alternativos están presentes físicamente. Véase anexo 4 de la carta de Telefónica de 28.07.06 páginas TFCA-5661 a TFCA-5826 del expediente.

¹⁹⁷ Véase la respuesta de Telefónica UK a la consulta de Ofcom sobre un proyecto de directriz que establece el margen entre los precios de IPStream y de la interconexión ATM (*Response to the Ofcom Consultation on a Draft Direction Setting the Margin between IPStream and ATM Interconnection Prices*) - 2.7.2004 - página 1 (véase la página TFCA -3769 del expediente).

Gráfico 10 – Evolución del número de bucles locales desagregados en España¹⁹⁸



(231) Como puede verse en este gráfico, la desagregación del bucle local fue casi inexistente hasta finales de 2004. Desde entonces, aunque hay pruebas de que los operadores alternativos suben la «escalera de la inversión» (pasando de contratar la oferta mayorista nacional a contratar la oferta mayorista regional en 2003 e invirtiendo en el bucle local desagregado a partir de la segunda mitad de 2004), estos operadores siguen dependiendo de la red de acceso local de Telefónica, de tal modo que su proveedor mayorista es también su principal competidor minorista.

(232) Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, Telefónica tiene una posición dominante en el mercado mayorista regional.

2 Posición dominante en el mercado mayorista nacional

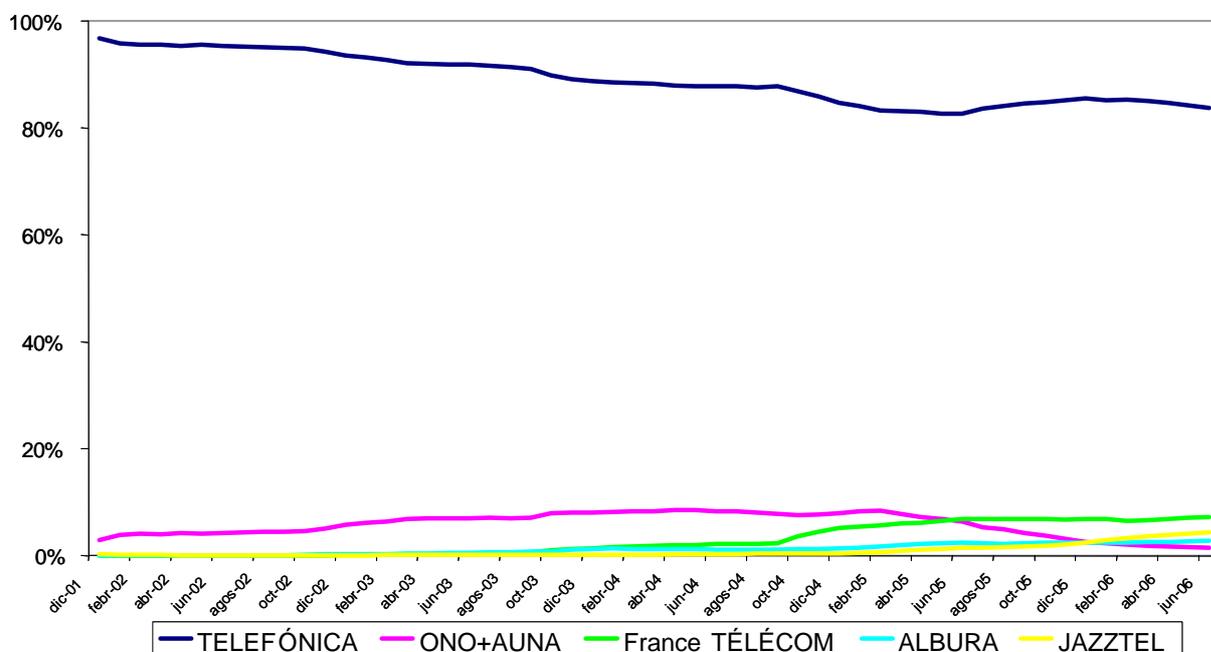
(233) Como ya se ha dicho, este mercado consiste en productos ofrecidos por operadores que compran un insumo en el mercado de banda ancha mayorista regional (GigADSL) o en el mercado mayorista de acceso local (bucle local desagregado), mejorándolo y vendiéndolo a PSI que prestan servicios en el mercado de banda ancha minorista.

(234) Debido al bajo nivel de contratación de bucles locales y de la oferta de acceso mayorista regional, no ha habido alternativas reales a los productos mayoristas nacionales de Telefónica hasta el último trimestre de 2002. (véanse Considerandos (92) a (95)).

¹⁹⁸ Véase Cuadro 60 en Anexo I.

- (235) Sin embargo, esta entrada en el mercado no ha erosionado la posición dominante de Telefónica según lo refleja su cuota de mercado, que ha permanecido constantemente por encima del 84% durante el periodo objeto de investigación. Según el Tribunal de Justicia, cuotas de mercado muy altas, superiores al 50%, deben considerarse como un indicio sólido de la existencia de una posición dominante¹⁹⁹.
- (236) El Tribunal de Justicia considera que las cuotas de mercado relativas y la relación entre las cuotas de mercado de la empresa interesada y las de sus competidores, en particular las de los más inmediatos, son elementos importantes a la hora de evaluar una posición dominante²⁰⁰. Desde 2001, la cuota de Telefónica ha sido más de 11 veces mayor que la de su principal competidor (Auna hasta junio de 2005, France Télécom desde junio de 2005).

Gráfico 11 - Cuota en el mercado mayorista nacional (en términos de número de conexiones de banda ancha, incluido el autosuministro)²⁰¹



¹⁹⁹ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia en el asunto C-62/86, *Akzo/Comisión*, Rec. 1991, p. I-3359, Considerando 60; asunto T-228/97, *Irish Sugar/Comisión*, Rec. 1999, p. II-2969, Considerando 70, y en el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, Rec. 1979, p.461, Considerando 41, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-30/89, *Hilti/Comisión*, Rec. 1991, p. II-1439, Considerando 91; asunto T-83/91, *TetraPak/Comisión*, Rec. 1994, p. II-755, Considerando 109.

²⁰⁰ *Hoffmann-La Roche*, Considerando 48.

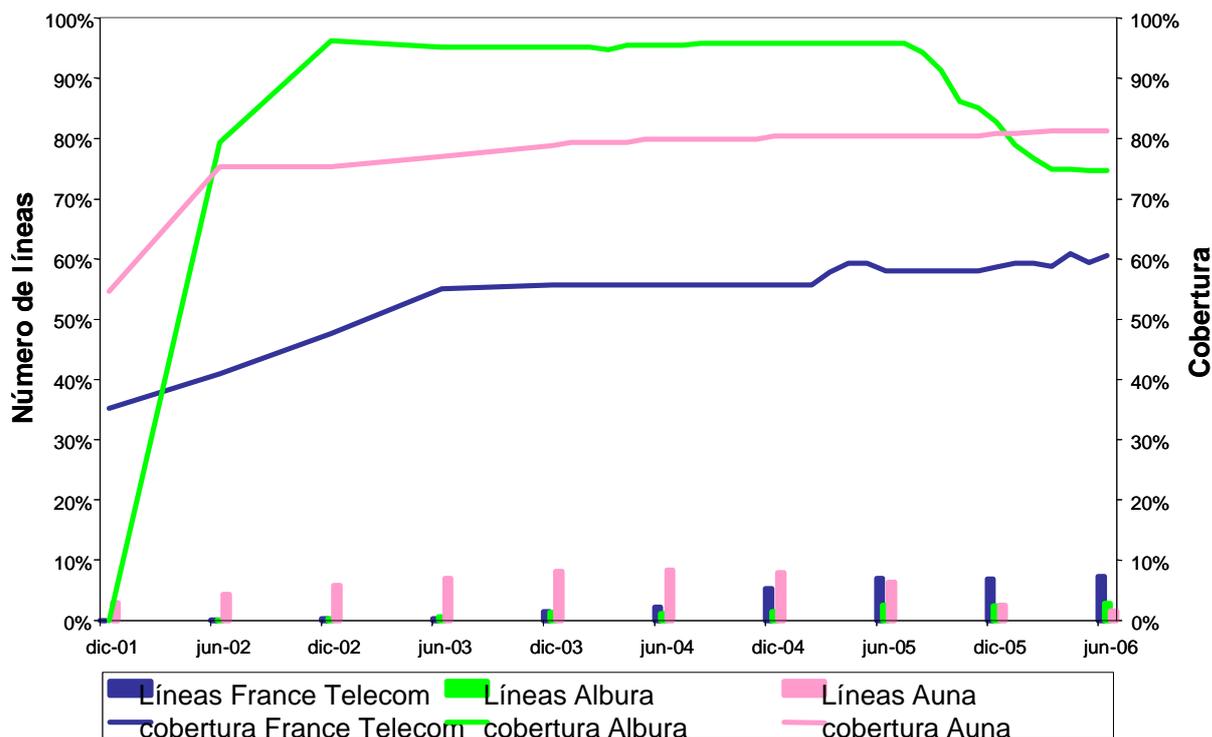
²⁰¹ Operadores Alternativos: bucle de abonado desagregado + líneas mayoristas regionales contratadas a Telefónica.

Telefónica: líneas minoristas de TESAU + líneas mayoristas nacionales (inclusive el suministro interno a TERRA y TDATA)

Fuentes: anexos 1 y 2 de la carta de Telefónica de 28.07.06 (páginas TFCA-4653 a TFCA-4661 del expediente) para los volúmenes mayoristas y ADSL scorecard (véase nota al pie de página 793) para los volúmenes minoristas de TESAU.

- (237) La posición dominante de Telefónica también se basa en las características distintivas de los servicios de red: economías de escala y alcance e integración vertical. Efectivamente, según se ha indicado anteriormente, Telefónica se beneficia de unas economías de escala y de alcance de una magnitud que no están disponibles para los operadores alternativos en el mercado mayorista regional. En el mercado mayorista nacional se dan unas economías de escala similares a través de los altos costes fijos/hundidos asociados con la construcción y mantenimiento de una red IP. Telefónica puede recuperar estos costes merced a los grandes volúmenes de tráfico generados por su gran base de clientes (tanto en este mercado comercial como los autosuministrados a nivel minorista), que dan lugar a costes unitarios para su transporte IP más bajos que los de un nuevo operador con pequeños volúmenes de tráfico.
- (238) Para decidir a qué punto de acceso indirecto («PAI») conectarse, cada operador alternativo tiene que evaluar el volumen de tráfico que podría obtener en un determinado punto de acceso indirecto. El siguiente gráfico presenta el porcentaje del total de líneas (cobertura) servidas por los puntos de acceso indirecto hasta los que han desplegado redes los operadores alternativos y su correspondiente cuota de mercado en el mercado de referencia (incluido el autosuministro).

Gráfico 12 – Cobertura y cuota de mercado mayorista nacional (incluido el autosuministro) de los principales operadores alternativos de redes²⁰²



(239) La mera presencia de operadores en los diversos puntos de acceso indirecto y la consiguiente existencia de ofertas mayorista nacionales competidoras no socavan *per se* el dominio de Telefónica en la medida en que éste se deriva de otros factores, como las economías de escala. Como puede verse, sólo un operador (Albura) ha alcanzado una cobertura cercana al 100 % (nunca ha sido operativa en 11 de los 109 puntos de acceso indirecto), pero su cuota nunca ha sido superior al 3 % durante el periodo de investigación. Por tanto, no puede cubrir sus costes de despliegue y mantenimiento de la red con una base de clientes tan grande como la de Telefónica, que es una de las razones por las que Albura se vio obligada a retirar operaciones de 55 puntos de acceso indirecto²⁰³. Otro operador (Auna) ha podido ofertar sus servicios mayoristas con una cobertura del 80 %, pero su cuota de mercado nunca superó el 8 % y disminuyó al 2 % en junio de 2006.

²⁰² Cuotas: véase Gráfico 11 .

Cobertura: demarcaciones donde cada operador alternativo contrata por lo menos una línea GigADSL con Telefónica. Véase anexo 3 de la carta de Telefónica de 28.07.06.

²⁰³ Véase la carta de Albura a Uni2 de 3.2.2005 (anexo 1 de la carta de Uni2 a la Comisión de 7.4.2005 (véase la página PSI -407 del expediente).

- (240) La posición dominante de Telefónica en el mercado mayorista nacional la corrobora también su capacidad de influir perceptiblemente en la disponibilidad general de los productos mayoristas competidores. Efectivamente, puesto que todos los productos de acceso de banda ancha mayorista disponibles se basan en los bucles locales de Telefónica, cualquier producto mayorista competidor emplea necesariamente uno de los productos mayoristas de Telefónica (bucle local de abonado o acceso mayorista regional) y no sólo dependerá de la disponibilidad efectiva de bucles locales de abonado o del acceso mayorista regional sino también de las condiciones económicas (en especial, de la existencia de un estrechamiento de márgenes por lo que respecta al mercado minorista) en las que se suministra el producto en cuestión.
- (241) Efectivamente, la simple existencia de un producto mayorista alternativo no significa necesariamente que este sustituto permita a los PSI alternativos replicar de forma duradera los precios minoristas de Telefónica en el conjunto del territorio. Tomemos el ejemplo de un producto mayorista nacional de Telefónica N_1 y de un sustituto parecido N_2 ofrecido por un operador alternativo sobre la base del acceso mayorista regional. Si Telefónica no pone a disposición el acceso mayorista regional (independientemente de que esto esté objetivamente justificado o no), N_2 tampoco estará disponible para el PSI alternativo. Esto es particularmente pertinente en la presente Decisión, ya que según se ha establecido anteriormente, la indisponibilidad de los servicios asociados con el bucle local de abonado ha limitado la capacidad de los operadores alternativos para competir con Telefónica en el mercado mayorista nacional sobre la base del bucle local de abonado. Por otra parte, si hay un estrechamiento de márgenes entre el producto mayorista regional de Telefónica y las ofertas minoristas de ésta, ningún operador alternativo tan eficiente como Telefónica podría ofertar de forma rentable un N_2 a un precio que permitiera al PSI alternativo replicar rentablemente los precios minoristas de Telefónica. Esto se debe a que dicho operador tendría que garantizar i) un margen entre el producto de acceso mayorista regional que compra a Telefónica y el N_2 (que vende al PSI) para ser rentable; y ii) un margen entre el N_2 y el nivel minorista de modo que la compra del N_2 también fuera rentable. Esto es particularmente pertinente en el presente caso ya que, tal y como se establecerá más adelante, existe un estrechamiento de márgenes entre los productos mayoristas regionales y los productos minoristas. Esto permite a Telefónica, gracias a su control de una infraestructura heredada del antiguo monopolio legal que no es fácilmente replicable, apalancar su posición dominante desde los niveles inferiores de la red (bucles locales y oferta mayorista regional) hasta el mercado mayorista nacional.
- (242) Teniendo en cuenta estas consideraciones, Telefónica también es dominante en el mercado mayorista nacional.

3 Posición dominante en el mercado minorista

- (243) Como claramente confirma la jurisprudencia comunitaria (véase Sección VI.A), no es necesario demostrar que Telefónica es dominante en el mercado minorista de referencia para probar la existencia de un abuso de posición dominante en forma de compresión o estrechamiento de márgenes.

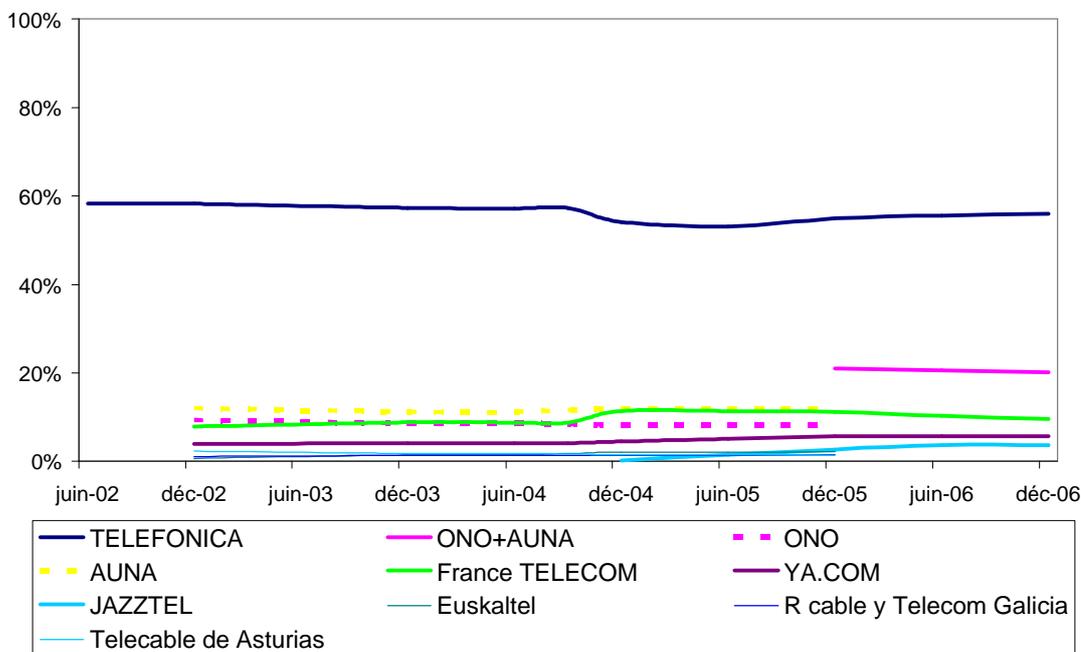
- (244) No obstante, la Comisión ha completado su análisis estableciendo también que Telefónica es dominante en el mercado minorista teniendo en cuenta lo siguiente: (i) Telefónica ha mantenido de manera constante una posición estable de líder del mercado minorista que superó con creces a la de sus competidores; (ii) en su calidad de incumbente, Telefónica goza de una marca reconocida y sólida, de una base de clientes ya establecida en otros mercados de masas y de una red ya instalada de puntos de venta que le permite ejercer un significativo poder de fijación de precios en el mercado minorista; (iii) Telefónica controla mediante sus insumos mayoristas las condiciones de entrada y expansión de los competidores de ADSL en el mercado minorista de ADSL; y (iv) los operadores de cable - que no se basan en los insumos mayoristas de Telefónica para la prestación de servicios de banda ancha minorista, - no han ejercido una disciplina de precios sobre Telefónica en el mercado minorista.

3.1 Telefónica ha mantenido una posición estable de liderazgo en el mercado minorista que supera con creces a la de sus competidores

- (245) Durante todo el periodo de la investigación, Telefónica continuó siendo con creces el mayor proveedor de servicios en el mercado minorista de masas con una cuota de mercado alrededor de 55% en términos de número de usuarios finales (máximo 58% y mínimo 52%) y por encima del 60% en términos de ingresos. Incluso, la cuota de mercado aumentó desde junio de 2005 a junio de 2006.
- (246) De 2001 a 2004, los ingresos de Telefónica fueron más de nueve veces superiores a los de su principal competidor en el segmento ADSL (France Télécom) y más de catorce veces mayores a los de Ya.com. En 2005, los ingresos de Telefónica eran más de seis veces mayores que los de France Télécom y doce veces mayores que los de Ya.com²⁰⁴. Cabe destacar que el aumento significativo de la cuota de mercado de Wanadoo de 2002 a 2003 refleja el hecho de que Wanadoo y eresmas (es decir el PSI de Auna que tenía la misma cuota de mercado que France Télécom) se fusionaron a finales de 2002. El aumento significativo de la cuota de mercado de Ono en 2005 y 2006 se debe a que Auna y Ono se fusionaron a finales de 2005.

²⁰⁴ Véase decisión de la CMT AEM 2003/1632 de 24.07.04 (página CMT-75 del expediente), Informes anuales de la CMT 2003 (página 359), 2004 (página 396) y 2005 (página 365).

Figure 13 – Cuotas en el mercado minorista (en número de clientes)²⁰⁵



(247) En su Contestación, Telefónica señaló que las cuotas de mercado no son un indicador fiable en el contexto de un mercado en crecimiento.²⁰⁶ No obstante, la Comisión considera que, al inicio de la infracción, el mercado minorista no se podía considerar como uno emergente y que en todo caso había pasado el inicio de la fase de experimentación (véase Sección VI.F.2.1). De cualquier manera, el mercado minorista no mostró signos de marcada inestabilidad durante el periodo en cuestión. Contrariamente, una jerarquía bastante estable se estableció con Telefónica a la cabeza en septiembre de 2001²⁰⁷.

²⁰⁵ El tamaño del mercado minorista pertinente y los volúmenes minoristas de Telefónica se estiman en el Anexo I. Los volúmenes de los PSI alternativos vienen dados por:

- Junio 2002: Resolución de la CMT OM 2001/5678 of 19.09.2006 (véase página 36 de la Resolución)
- Diciembre 2002: carta de Wanadoo de 24.09.03 (página ISP-161 del expediente), carta de Ya.com de 17.09.03 (página ISP-188 del expediente), carta de Jazztel de 18.09.03 (página ISP-90 del expediente); carta de Auna de 18.09.03 (página ISP-30 del expediente), CMT, Consulta pública sobre definición y análisis del Mercado de servicios de acceso y tráfico a redes de datos mediante conexión permanente desde ubicación fija, 11.06.04 (véase página CMT-3999 del expediente)
- Diciembre 2003: Informe anual de la CMT 2003 (página 360).
- Diciembre 2004: Informe anual de la CMT 2004 (página 397).
- Diciembre 2005: Informe anual de la CMT 2005 (página 367).
- Junio 2006: Véanse los informes anuales de 2006 de France Télécom (página 51), Ono (página 55) y Jazztel (página 6).

²⁰⁶ Véase Contestación de Telefónica, páginas 51-55

²⁰⁷ En *France Télécom*, el Tribunal de Primera Instancia ratificó la conclusión de la Comisión sobre la dominancia de Wanadoo con base en, entre otros elementos, las elevadas y estables cuotas de mercado. Véase el Considerando 108 de la sentencia.

- (248) Telefónica también alegó que el mercado minorista debía ser mirado desde una perspectiva dinámica²⁰⁸, analizando no sólo la competencia actual sino también la competencia potencial en el futuro. A este respecto, debe señalarse que la propia Telefónica consideró que su cuota de mercado crecería en 6 puntos porcentuales (6%) desde 2003 a 2006, mientras que la cuota de mercado de los operadores de cable se mantendría constante y la cuota de mercado de los competidores de ADSL se reduciría en 6 puntos porcentuales (6%)²⁰⁹. Dicha prueba muestra que Telefónica consideraba que la competencia potencial era limitada.
- (249) Telefónica también señaló que su cuota de mercado ha ido disminuyendo y está por debajo de la media de la Comunidad²¹⁰. Tal y como establece el Tribunal de Primera Instancia, una disminución de las cuotas de mercado que se mantienen todavía altas, no puede constituir en sí misma una prueba de ausencia de posición de dominio²¹¹. Además, como establece la Comisión en su 11º Informe de implementación²¹², ambas cuotas del mercado minorista y cuotas del mercado del mercado minorista del segmento ADSL que Telefónica sostuvo en 2005 estuvieron por encima de la media de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004 y de la Comunidad en su composición a 31 de diciembre de 2006²¹³. Por último, Telefónica ha sido capaz de incrementar dichas cuotas en 2006.
- (250) Telefónica también sostuvo²¹⁴ que los siguientes factores atenúan la posición de mercado de Telefónica: (i) el hecho de que el mercado minorista esté caracterizado por una agresiva competencia en precios; (ii) el hecho de que exista competencia efectiva en el mercado; y (iii) el hecho de que exista potencial para una competencia en forma de expansión o nuevos entrantes y en forma de tecnologías alternativas. En el resto de esta sección, la Comisión responde a las alegaciones de Telefónica.

²⁰⁸ Véase Contestación de Telefónica, página 55.

²⁰⁹ Véase plan estratégico de Telefónica para 2005-2008 en la carta de Telefónica de 22.08.06 (página 14 – página TFCA-9036 del expediente).

²¹⁰ Véase Contestación de Telefónica, páginas 58-59 que se refieren al 11º informe de implementación (véase nota al pie de página 650).

²¹¹ Véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en asuntos T-24/93 a T-26/93 y T-28/93 *Compnie maritimime belge transports and Others vs. Comisión* [1996] ECR II-1201, Considerando 77.

²¹² Comunicación de la Comisión al Consejo, Parlamento europeo, el Comité europeo económico y social y el Comité de las regiones, 11º informe de implementación del paquete regulatorio de telecomunicaciones, 20.02.06 ("11º informe de implementación") disponible en t: http://preprod.europa.infoso.cec.eu.int/information_society/policy/ecommm/implementation_enforcement/annualreports/11threport/index_en.htm

²¹³ Véase Gráfico 65 del Anexo 2 del 11º Informe de Implementación.

²¹⁴ Véase Contestación de Telefónica, páginas 52 y 59 a 74.

3.2 *Telefónica tiene poder de fijación de precios en el mercado minorista*

- (251) En su calidad de antiguo monopolio, Telefónica goza de (i) una marca sólida y reconocida en el sector español de las telecomunicaciones; (ii) una relación comercial sólida ya establecida con los usuarios finales españoles gracias a su continua posición casi monopolística en el mercado minorista de acceso a telefonía fija (94 % en 2001²¹⁵, 89 % en 2003²¹⁶); y (iii) una red ya instalada de puntos de venta que da a Telefónica acceso directo a los consumidores para la comercialización de sus productos de banda ancha minorista. Esta «posición como incumbente» ha sido presentada por la propia TESAU como la principal fuerza de la empresa en el creciente mercado del acceso de banda ancha minorista²¹⁷.
- (252) El hecho de haberse introducido pronto en el sector de las telecomunicaciones confiere una ventaja importante a una empresa cuando ha podido implantar una preferencia significativa por su marca a los ojos del consumidor, no necesariamente por suministrar un servicio objetivamente mejor que sus competidores, sino simplemente porque ha disfrutado durante muchos años de un monopolio en numerosos mercados de masas del sector de las telecomunicaciones²¹⁸. Los nuevos entrantes deben hacer un esfuerzo mucho mayor para captar clientes si desean recuperar el tiempo perdido, equilibrar la diferencia de imagen resultante y dotar a su servicio de banda ancha del mismo reconocimiento de marca que el de la oferta estrella de la empresa dominante. Esto ha conferido una ventaja al operador incumbente y ha generado una desventaja para los nuevos entrantes, cuyos costes de publicidad y promoción son generalmente más altos y menos eficaces que los del operador incumbente²¹⁹.
- (253) El poder de fijación de precios de Telefónica en el mercado minorista se refleja en el hecho de que ésta ha podido aumentar su cuota de mercado de diciembre de 2004 (54 %) a septiembre de 2006 (55 %) a pesar de facturar unos precios minoristas que son entre un 20 % y un 25 % más altos que los de sus competidores. Según la propia Telefónica²²⁰, este aumento de cuota de mercado se explica por el éxito de su política comercial.

²¹⁵ Informe anual de la CMT 2001, página 78.

²¹⁶ Informe anual de la CMT 2003, página 320.

²¹⁷ Véase anexo 11i de la carta de Telefónica de 21.07.06: '*La oportunidad de la banda ancha en la operadoras fijas*', fichas 28-29 (páginas TFCA-4541 y TFCA-4542 del expediente).

²¹⁸ A este respecto, cabe señalar que Telefónica goza ciertamente de una mejor opinión de los consumidores que sus competidores cuando se trata de la relación calidad/precio de su oferta, y esto a pesar de que sus tarifas son entre un 20 % y un 25 % superiores a las de sus competidores (según un estudio hecho público en enero de 2006 por la Unión de Consumidores de España, citado por el Directo General de TESAU en la quinta conferencia de inversores en noviembre de 2006).

²¹⁹ William S. Comanor y Thomas A. Wilson, *Advertising Market Structure and Performance, review of Economics and Statistics*, volumen XLIX, noviembre de 1967.

²²⁰ Véase Contestación de Telefónica a la carta factual, página 42.

3.3 *Telefónica controla mediante sus insumos mayoristas las condiciones de entrada y expansión en el segmento de ADSL del mercado minorista*

- (254) En su *Contestación*, Telefónica señaló²²¹ que el mercado minorista tiene un alto número de operadores de ADSL que pertenecen a grupos internacionales que son capaces de disciplinar la conducta de Telefónica. Según Telefónica, los competidores de ADSL no tienen límites a la expansión y son capaces de ofrecer servicios minoristas con base en el bucle local desagregado.
- (255) Hasta ahora, Telefónica ha podido controlar mediante sus insumos mayoristas las condiciones de entrada y expansión en el segmento ADSL del mercado minorista.
- (256) Efectivamente, resulta poco económico duplicar la red de acceso local de Telefónica, que se desplegó durante décadas al amparo de los derechos especiales y se financió mediante los ingresos del monopolio de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Por lo tanto, los operadores alternativos de ADSL no tienen más opción que contratar uno de los productos mayoristas disponibles. Todos esos productos mayoristas se basan en uno de los insumos mayoristas de Telefónica. A finales de diciembre de 2003, casi todos ([...]) los usuarios finales de ADSL de España compraron un producto minorista que se basaba en el producto mayorista regional de Telefónica, y todos ellos compraron un producto que se basaba en la red de acceso local de Telefónica²²². En diciembre de 2004, el [...] % (en junio de 2005 el [...] %) de los usuarios finales de ADSL de España compraron todavía un producto minorista que se basaba en el producto mayorista regional de Telefónica, y la totalidad de ellos compró un producto que se basaba en la red de acceso local de Telefónica²²².
- (257) La simple existencia de productos mayoristas no significa necesariamente que las barreras a la entrada y a la expansión en el mercado minorista sean bajas. Efectivamente, Telefónica siempre ha estado en condiciones de influir perceptiblemente en la disponibilidad de los productos mayoristas que sus competidores minoristas de ADSL necesitan para replicar sus ofertas minoristas tanto técnica como económicamente.

²²¹ Véase la *Contestación* de Telefónica, páginas 59-66.

²²² Véase Anexo I.

- (258) En primer lugar, no se ofreció a los PSI alternativos un servicio mayorista nacional en las mismas condiciones que a las actividades en sentido descendente de Telefónica durante el periodo inicial de despegue de la banda ancha en España: durante 2001 y en los primeros meses de 2002 Telefónica disfrutó de un monopolio en todos los mercados mayoristas. Esto dio a Telefónica una considerable ventaja competitiva durante ese periodo crucial. El producto mayorista nacional ADSL-IP de Telefónica, inicialmente implantado dentro del Grupo Telefónica, no se puso a disposición de los operadores alternativos hasta mayo de 2002²²³ debido a que la CMT ordenó a TESAU que no discriminara a sus competidores minoristas de ADSL²²⁴. El otro producto mayorista nacional de Telefónica, denominado ADSL-IP Total (antes llamado MegaVía), no permitía a los PSI alternativos ofrecer servicios de acceso minorista a Internet «autoinstalados» hasta enero de 2002²²⁵, mientras que TERRA pudo lanzar la modalidad ADSL 256/128 Kbits con microfiltros ya en octubre de 2001. Las ofertas de autoinstalación tuvieron un gran impacto en el auge de los productos minoristas ADSL en 2001 y 2002, ya que permitieron a los PSI rebajar muy significativamente la cuota de instalación a cargo de los nuevos abonados.
- (259) Por otra parte, Telefónica construyó sus productos mayoristas regionales y nacionales de tal manera que la diferenciación tanto en términos de calidad como de precios fuera imposible. Cuanto más completo sea el servicio mayorista suministrado por Telefónica en las que se basa la oferta minorista ADSL, menor capacidad tendrán los operadores alternativos de diferenciar su oferta de la de Telefónica en términos de calidad. El siguiente cuadro muestra que ha sido imposible que los competidores de Telefónica compitieran en calidad (es decir, aumentando la velocidad sin aumentar el precio) basándose en GigADSL o en ADSL-IP.

Cuadro 13: Tarifas minorista y mayorista de Telefónica en junio de 2005²²⁶

	1 Mbps	2 Mbps	4 Mbps	8 Mbps
GigADSL	EUR 22,32	EUR 44,18	EUR 74,85	EUR 84,88
ADSL IP	EUR 29,99	EUR 61,59	EUR 101,99	EUR 127,97
Venta minorista	EUR 39,07	EUR 74,98	EUR 120,00	EUR 150,57

²²³ Carta de Telefónica de 22.9.2003 (véanse páginas TFCA -49 y TFCA -50 del expediente).

²²⁴ Decisión de la CMT MTZ 2001/4038 de 29.4.2002 - Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (véase la página CMT -618 del expediente).

²²⁵ Carta de Telefónica de 22.9.2003 (véanse páginas TFCA -44 y TFCA -45 del expediente).

²²⁶ Véase la carta de TESAU de 17.3.2005 (páginas TFCA -1031, TFCA -1056 y TFCA -1057 del expediente). Los precios de GigADSL no se modificaron hasta la duplicación de la velocidad de los productos minoristas de TESAU en julio de 2005.

- (260) Esto significa que Telefónica ha sido siempre el líder en términos de innovación (duplicación de las velocidades en 2004 y 2005, lanzamiento de productos semiplanos). Los operadores alternativos estaban obligados, hasta la desagregación del bucle local a partir del último trimestre de 2004 (en zonas geográficas limitadas de España) a ofrecer a sus usuarios finales el mismo producto ADSL que Telefónica. El único operador al que se le dio la oportunidad de distinguirse de las ofertas minoristas de TESAU, fue Ya.com, que disfrutó de un trato preferente en la prestación de MegaVía²²⁷, y al que se le ofreció – al contrario que a Wanadoo - un producto mayorista que le permitió comercializar un producto minorista a la velocidad de 128 Kbps («Modalidad económica»)²²⁸.
- (261) Cuando Telefónica duplicó las velocidades de sus productos minoristas en 2004, su estrategia era mantener el nivel de precios nominales y aumentar la calidad de su producto. Decidió dejar de servir el ancho de banda de menor velocidad (256 Kbps) a sus clientes mayoristas (GigADSL, ADSL-IP y MegaVía), mientras que la mayor parte de sus competidores minoristas ADSL le pedían mantener esta modalidad para poder ofrecer un producto minorista más asequible (aunque de menor velocidad)²²⁹ a sus usuarios finales. Los competidores de Telefónica estaban por tanto obligados a ajustar su estrategia a la de Telefónica, es decir, duplicar velocidades y dejar de vender el ancho de banda más lento.
- (262) La principal herramienta utilizada por los proveedores de servicios alternativos de Internet ha sido, por tanto, el precio y la estructura de precios de sus productos minoristas. Sin embargo, al igual que ocurre con la diferenciación de productos, la necesidad de contratar el producto mayorista con Telefónica dificulta que la mayor parte de los competidores se diferencie favorablemente en precios: cuanto más completo es el producto mayorista contratado, menor será el margen de los operadores para añadir eficiencia y así rebajar precios de forma apreciable (véase el cuadro siguiente):

Cuadro 14: Proporción de los precios mayoristas de Telefónica en sus precios minoristas en 2005²³⁰

	ADSL-IP total	ADSL-IP	GigADSL
% del ARPU de TESAU	[...]	[...]	[...]

²²⁷ Véase el contrato para la utilización de MegaVía, de 23.12.2003, entre Ya.com y TDATA. (Carta de Ya.com de 15.6.2005 - véase la página PSI -417 del expediente). La «modalidad económica» no es ofertada a Wanadoo - Véase el contrato para la utilización de MegaVía, de 21.5.2001, entre Wanadoo y TDATA. Desde entonces este contrato aún no ha sido modificado (anexo 2 de la carta de Uni2 de 6.7.2005; véase la página PSI -479 del expediente).

²²⁸ A 31.3.2004, este producto representaba un 13 % de los abonados de Ya.com (véase la carta de Ya.com de 6.4.2005 - página PSI- 313 del expediente).

²²⁹ Decisión MTZ - 2001/4038 de la CMT de 29.4.2002 («OBA 2002») - Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001. Véanse las alegaciones de Uni2&Wanadoo, Tiscali, BT y Albura (véanse las páginas CMT -1609 y CMT -1610 del expediente).

²³⁰ Véase Sección VI.D.1 .

- (263) En un mercado dirigido por precios donde Telefónica tiene el poder de fijación de precios, los operadores alternativos necesitan poder ofertar unos precios inferiores a los de Telefónica u ofrecer una mayor calidad o unos productos minoristas innovadores para ampliar su cuota de mercado. Al fijar sus precios minorista y mayorista en una proporción que no permite ser rentables (véase sección VI.D.2) a unos operadores de ADSL igual de eficientes, mientras que Telefónica es al mismo tiempo rentable en el conjunto de su negocio, Telefónica ha podido influir en las condiciones de entrada y expansión en el segmento ADSL del mercado minorista.
- (264) El control de Telefónica sobre los insumos mayoristas regionales y nacionales supone que hasta que los competidores de ADSL pudieron ofrecer productos minoristas basados en el bucle local de abonado, los competidores de Telefónica comercializaban el mismo producto ADSL que Telefónica a un precio muy similar. Por lo tanto, la presión sobre la conducta competitiva de Telefónica ejercida por los operadores alternativos de ADSL fue casi inexistente hasta el despegue del bucle local de abonado en septiembre de 2004.
- (265) Sin embargo, además de no ser un sustituto a los demás productos mayoristas de Telefónica y siendo el bucle local de abonado una opción extremadamente cara y arriesgada (véase sección V.A.3.1), este último producto mayorista también depende de Telefónica, que sólo lo hizo disponible con retrasos significativos (véase sección IV.F). Esto significa que, Telefónica también ha estado en condiciones de limitar la capacidad de sus competidores para basar sus ofertas minoristas en el bucle local.
- (266) De hecho, el bucle local desagregado ha estado limitado tanto geográficamente como en el tiempo. En septiembre de 2004, France Télécom ofrecía ofertas minoristas basadas en bucle local desagregado en el [...] % del territorio y Ya.com no ofrecía ofertas minoristas basadas en el bucle local desagregado. En junio de 2005, France Télécom ofrecía servicios minoristas basadas en el bucle local desagregado en el [...] % del territorio y Ya.com en el [...] % del territorio. En junio de 2006, France Télécom ofreció servicios minoristas basados en el acceso desagregado en el [...] % del territorio, y Ya.com, en el [...] % del territorio²³¹. Esto significa que los competidores que tratan de operar a escala nacional y han logrado autosuministrar la oferta mayorista regional de Telefónica en algunas zonas de España gracias al acceso desagregado, seguían dependiendo del producto mayorista regional y de los productos mayoristas nacionales de Telefónica.
- (267) En todo caso, incluso el desarrollo tardío y progresivo del acceso desagregado, no ha limitado a Telefónica en el mercado minorista, tal y como ilustra el crecimiento de la cuota de mercado de ésta en 2005 y 2006, y ello a pesar de aplicar unos precios minoristas que se sitúan entre los más altos (si no los más altos) de la Comunidad (véase Sección 2.2).

²³¹ Véase Gráfico 5 y Gráfico 6 .

3.4 *Los operadores de cable-módem no han ejercido una disciplina de precios sobre Telefónica a nivel minorista*

- (268) Telefónica también alegó²³² que existe un número de tecnologías alternativas competitivas que determinan de manera importante la conducta competitiva de Telefónica.
- (269) Aunque Telefónica no controla el acceso de los operadores de cable a insumos mayoristas, aquellos no han ejercido una disciplina de precios sobre Telefónica en el mercado minorista.
- (270) Los operadores de cable entraron en el mercado de banda ancha minorista a través de su propia infraestructura. Esta infraestructura se construyó tras la concesión de una licencia por región que el Gobierno español otorgó en 1995. Los operadores de cable adjudicatarios de la licitación pudieron actuar de forma exclusiva en la región correspondiente hasta 1998, cuando se liberalizó el mercado. A partir de 1998, los operadores de cable pudieron ofrecer sus servicios en otras regiones distintas a aquella en la que estaban inicialmente autorizados a operar. Sin embargo, para ello tuvieron que construir su propia infraestructura en esas otras regiones porque el cable no está sujeto a una regulación que obligue a los operadores a dar acceso a su propia infraestructura y actualmente no existen ofertas de acceso mayorista a la infraestructura de cable.
- (271) La construcción de una infraestructura de cable es muy costosa y casi ninguno de los operadores de cable activos en la región en la que estaban originalmente autorizados a operar, ha ampliado su actividad a otra región (salvo a través de fusiones). Las actividades de estos operadores también se han visto afectadas por obstáculos importantes para la obtención de derechos de paso.
- (272) El resultado es que mientras que la infraestructura de ADSL de Telefónica cubre casi toda la población en el conjunto del territorio nacional, solo un 40% de la población puede obtener acceso de banda ancha de cable modem. Por tanto la presión competitiva de los operadores de cable se ha visto limitada por la diferencia de la cobertura geográfica entre las redes de los operadores de cable y de Telefónica y por el hecho de que las redes de cable no se solapan (véase Sección V.A.3.3)), lo que significa que Telefónica nunca compite con más de un operador de cable al mismo tiempo.

²³² Véase la *Contestación* de Telefónica, páginas 63-64 y 70-72.

- (273) Por otra parte, la relación comercial con los usuarios finales españoles que Telefónica ha heredado de su anterior posición de monopolio en las telecomunicaciones españolas, no es comparable: en 2002 (resp. 2005), solamente 2,06 millones (resp. 4,21 millones) de pares HFC (tecnología de cable) estaban en servicio²³³ en comparación con 16,15 millones de pares de RTPC de Telefónica. Esto significa que casi todos los hogares españoles están abonados a un servicio de Telefónica pero menos del 12 % (resp. 27%) de los hogares españoles está abonado a un servicio de un operador de cable, lo que refleja la escasa presión que los operadores de cable pueden ejercer sobre la capacidad de Telefónica para apalancar su poder al mercado de banda ancha minorista. El obstáculo para la entrada en el mercado de banda ancha minorista era mucho menor para Telefónica, que ya tenía una relación comercial con casi todos los usuarios finales españoles.
- (274) Al entrar en el mercado minorista de banda ancha, los operadores de cable se enfrentaron con dos opciones: i) aplicar unos precios considerablemente inferiores a los precios minoristas de Telefónica para conseguir cuota de mercado; o ii) seguir alineándose (o aplicando unos precios ligeramente más bajos) con los precios de Telefónica. De hecho, eligieron la segunda opción y no ejercieron una disciplina de precios sobre Telefónica. Esto se ilustra por el hecho de que, aunque fueron los primeros en penetrar en el mercado minorista de referencia²³⁴, su cuota disminuyó constantemente desde 2002 (27 % de las líneas de acceso de banda ancha a finales de 2002, 26 % a finales de 2003, 25 % a finales de 2004 y 23 % a finales de 2005)²³⁵, a pesar de que los precios de los operadores de cable siempre se han alineado con los de Telefónica (hasta finales de 2004) o han sido más bajos²³⁶.
- (275) La estrategia de los operadores de cable puede explicarse por el hecho de que la disminución de precios necesaria para conseguir cuota de mercado habría sido demasiado grande teniendo en cuenta la capacidad de Telefónica para fijar los precios y la cobertura limitada de las redes de cable.
- (276) Las consideraciones referentes a la tecnología del cable son aplicables a las otras tecnologías de acceso de banda ancha mencionadas por Telefónica en su defensa. Se recuerda que muchas de estas tecnologías se caracterizan por unos costes de provisión muy altos que los hacen adecuados solamente para la provisión de productos a medida. En cualquier caso la magnitud de esas tecnologías alternativas es insignificante, según lo testimonia el número de usuarios finales a los que se suministraba a finales de 2005 (menos del 1 % del total de las líneas de banda ancha minorista en España). El propio plan de negocio de Telefónica muestra que ésta no esperaba ninguna coacción competitiva de ninguna de esas tecnologías alternativas²³⁷.

²³³ Véase el informe anual de la CMT 2002 (página 322) y 2005 (página 285).

²³⁴ En 1999, había 68 000 líneas de banda ancha por tecnología de cable en comparación con 700 de tecnología ADSL (véase la Contestación de Telefónica, página 203).

²³⁵ Véase el Anexo I.

²³⁶ Véase la Contestación de Telefónica, en el anexo 4.

²³⁷ Véase el plan estratégico de Telefónica para el 2005-2008 en la carta de Telefónica de 22.08.06 (ficha 14 – página TFCA-9036 del expediente).

3.5 *Conclusión*

(277) En vista de las consideraciones anteriores, Telefónica también es dominante en el mercado minorista.

VI. EL ABUSO

A. Introducción

- (278) El hecho de que una empresa ocupe una posición dominante, no es en sí mismo contrario a las normas de competencia. Sin embargo, incumbe a la empresa que disfruta de una posición dominante, una responsabilidad especial de no falsear la competencia con su comportamiento²³⁸.
- (279) El Tribunal de Justicia ha definido el concepto de abuso de conformidad con el artículo 82 del Tratado en los siguientes términos²³⁹: «*El concepto del uso abusivo es un concepto objetivo que hace referencia a las prácticas de una empresa en posición dominante que pueden influir sobre la estructura de un mercado en el que la competencia ya está debilitada precisamente por la presencia de dicha empresa y que obstaculizan el mantenimiento o desarrollo del grado de competencia que aún subsiste en el mercado al utilizarse medios que difieren de los medios de una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los operadores.*»
- (280) Se deduce de la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 82 del Tratado que, en circunstancias específicas, las empresas en posición de dominio pueden verse privadas del derecho de adoptar una determinada conducta o adoptar medidas que no constituirían en sí mismas abusos y que no serían reprobables si hubiesen sido adoptadas por empresas no dominantes.²⁴⁰ Igualmente, el Tribunal de Justicia ha mantenido que el fortalecimiento de la posición de una empresa puede ser un abuso y estar prohibido de acuerdo con el artículo 82 del Tratado, "cualquiera que sean los medios o procedimientos utilizados al efecto", incluso «con independencia de que haya culpa».²⁴¹ El artículo 82 del Tratado se dirige no solamente a prácticas que pueden causar un perjuicio a los consumidores directamente, sino también a aquellas que son perjudiciales para los consumidores a través de su impacto en la estructura competitiva, como se menciona en la letra g) del apartado 1 del artículo 3 del Tratado.²⁴² Según jurisprudencia consecuente, la lista de prácticas abusivas que se contiene en el artículo 82, no agota los métodos bajo los cuales se puede abusar de una posición de dominio con arreglo al Tratado.²⁴³

²³⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 1983 en el asunto 322/81, *Michelin/Comisión*, Rec. 1983, p. 3461, Considerando 57.

²³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rec. 1979, p. 461, Considerando 91.

²⁴⁰ Véanse Asunto 322/81 *Michelin v Comisión* [1983] ECR 3461, Considerando 57, y Asunto T-111/96, *ITT Promedia v Comisión* [1998] ECR II-2937, Considerando 139.

²⁴¹ Véase Asunto 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215, Considerandos 27 y 29; Asunto T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929, Considerando 170

²⁴² Sentencia de 15 de marzo de 2007, Asunto C-95/04 P, *British Airways*, Considerandos 106-107; Asunto 6/72 *Europemballage and Continental Can v Comisión* [1973] ECR 215, Considerando 26.

²⁴³ Asunto C -95/04 P, *British Airways*, Considerando 57; Asunto 6/72 *Europemballage and Continental Can v Comisión* [1973] ECR 215, Considerando 26; Asuntos C-395/96 P y C-

- (281) En *Industrie des Poudres Sphériques*, el Tribunal de Primera Instancia definió un estrechamiento de márgenes del siguiente modo: «*Existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado*»²⁴⁴.
- (282) Asimismo, en *Napier Brown/British Sugar*²⁴⁵, la Comisión sostuvo que "el hecho de que una compañía dominante, tanto en el mercado de una materia prima como en el de su correspondiente producto derivado, mantenga un margen entre el precio que cobra por la materia prima a las compañías que compiten con ella en la fabricación del producto derivado y el precio que cobra por el producto derivado, insuficiente para reflejar los propios costes de transformación de la compañía dominante, con el resultado de que se restringe la competencia en relación con el producto derivado, es un abuso de posición dominante"
- (283) Se deduce de lo anterior que el estrechamiento de márgenes es la desproporción entre el precio mayorista y el precio minorista²⁴⁶. Contrariamente a lo que pretende Telefónica²⁴⁷, no hay necesidad alguna de probar que el precio mayorista sea excesivo en sí mismo, ni que el precio minorista sea predatorio en sí mismo.

396/96 P *Compnie maritime belge transports a.o. v Comisión* [2000] ECR I-1365, Considerando 112.

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2000 en el asunto T-5/97 *Industrie des Poudres Sphériques*, Considerando 178.

²⁴⁵ Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 1988 en el asunto 88/518/EEC *Napier Brown-British sugar*; DO [1988] L 284/41.

²⁴⁶ En *Industrie des Poudres Sphériques*, el Tribunal de Primera Instancia de hecho analizó si la compañía dominante permitía un "margen de rentabilidad" suficiente para que los competidores pudiesen mantenerse competitivos en el mercado descendente. Véanse Considerandos 180-182 de la sentencia.

²⁴⁷ Véase Contestación; páginas 76-81.

- (284) También se deduce de *Industrie des Poudres Sphériques* que no es necesario²⁴⁸ probar que Telefónica es dominante en el mercado descendente para establecer que la compañía ha impuesto un estrechamiento de márgenes abusivo. Como sostuvo el Tribunal de Justicia en *Tetra Pak II*, el hecho de que la conducta abusiva de una empresa en posición de dominio produzca sus efectos adversos en un mercado distinto de aquel en el que ostenta una posición de dominio, no resta valor a la aplicación del artículo 82 del Tratado.²⁴⁹ El estrechamiento de márgenes es un ejemplo de apalancamiento de poder de mercado en un mercado (en el cual se es dominante) a otro (en el cual la compañía que abusa es activa - pero no necesariamente dominante - y en el cual se busca una extensión del poder de mercado en el que se es dominante). Al aplicar el estrechamiento de márgenes, la empresa dominante incrementa los costes de sus competidores en sentido descendente y les impone una presión adicional sobre la eficiencia, a la que ella no tiene que hacer frente a la hora de suministrar sus propios servicios en sentido descendente: efectivamente, mientras que el estrechamiento de márgenes no supone una pérdida en el conjunto de sus líneas de negocio para la empresa integrada verticalmente, los competidores igualmente eficientes en el mercado descendente se ven obligados a incurrir en pérdidas. Dicha conducta es probable que entorpezca el mantenimiento del nivel de competencia que todavía exista en el mercado descendente o el crecimiento de esa competencia.
- (285) A continuación, se acreditará que, desde septiembre de 2001 hasta diciembre del 2006, Telefónica ha abusado de su posición dominante en los mercados españoles del acceso de banda ancha mediante un estrechamiento de márgenes resultante de la desproporción entre las tarifas aplicadas al acceso de banda ancha mayorista y minorista con el resultado de que la competencia en el mercado minorista estuvo probablemente restringida. Más concretamente, se establecerá que, durante el periodo antes mencionado, Telefónica abusó de su posición de dominio imponiendo un estrechamiento de márgenes entre el precio de la oferta mayorista regional y sus precios minoristas, por un lado, y entre éstos y el precio mayorista nacional, por otro lado.
- (286) Este capítulo se estructura de la siguiente manera: La Sección B presenta el marco regulador en el que Telefónica ha suministrado acceso mayorista regional y nacional. La sección C establece la metodología para el cálculo de estrechamiento de márgenes. En la sección D, se establece que la diferencia entre los precios minoristas de Telefónica y sus precios mayoristas regionales, por un lado, y entre sus precios minoristas y los precios mayoristas nacionales, por otro lado, era insuficiente para cubrir sus propios costes incrementales descendentes. La sección E establece que la conducta de Telefónica podía restringir, o, en otras palabras, es probable que restringiera, la competencia en los mercados pertinentes y que también tuvo un impacto real en los mercados relevantes en detrimento de los usuarios. En la sección F, se analizará si la conducta de Telefónica puede estar objetivamente justificada o si ha producido eficiencias que podrían contrarrestar los efectos negativos en la competencia. Finalmente, la sección G analiza la autonomía de Telefónica para evitar el estrechamiento de márgenes.

²⁴⁸ Contrariamente a las alegaciones de Telefónica, véanse páginas 84-86 de la Contestación.

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal de 14.11.96 en Asunto C-333/94 P *Tetra Pak v Comisión* (“*Tetra Pak II*”) [1996] E.C.R. I-5951, Considerandos 27 a 31

B. El contexto regulatorio en el que Telefónica ha suministrado acceso mayorista a nivel regional y nacional

- (287) Existe jurisprudencia ya asentada que establece que, para valorar si una política de precios es abusiva, es necesario considerar todas las circunstancias del asunto²⁵⁰. En el presente asunto, el marco regulador para el mercado de banda ancha en España es de particular importancia. De hecho, existe una obligación de acceso a nivel regional desde marzo de 1999²⁵¹ y a nivel nacional desde abril de 2002²⁵².
- (288) La regulación nacional impone a Telefónica la obligación de suministrar acceso mayorista a nivel regional y nacional en condiciones equitativas. Esto se debe a que una denegación de acceso al producto ascendente o un acceso en condiciones poco razonables que tengan un efecto similar a una negativa de acceso, podría impedir la emergencia o el mantenimiento de una competencia sostenible en el mercado minorista.²⁵³
- (289) Como se ha dicho anteriormente, la concesión de acceso mayorista a nivel regional es obligatoria desde marzo de 1999. En cuanto al acceso mayorista nacional, Telefónica empezó a ofrecer ADSL-IP Total en septiembre de 1999²⁵⁴ por propia iniciativa, y, en cuanto se supo que Telefónica había introducido de manera interna el ADSL-IP en la compañía en septiembre de 2001, la CMT inició un procedimiento que resultó en la imposición de acceso a dicho producto en abril de 2002²⁵⁵.
- (290) No solamente la regulación nacional relativa al sector de telecomunicaciones obliga a Telefónica a suministrar acceso mayorista a nivel regional y nacional a sus competidores, sino que además no permite al operador incumbente español poner fin a ninguna relación de suministro sin la autorización previa de la CMT, y obliga a Telefónica a velar por que sus precios minoristas sean replicables sobre la base de su producto mayorista regional²⁵⁶. En su Resolución de 1 de junio de 2006²⁵⁷, que establecía las obligaciones de Telefónica en virtud del nuevo marco regulador, la CMT mantuvo la obligación de Telefónica de proporcionar acceso mayorista tanto a nivel regional como nacional a precios basados en los costes.

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 07.10.99 en asunto T-228/97, *Irish Sugar plc v Comisión*, Considerando 114.

²⁵¹ Véase Considerando (111).

²⁵² Véase Considerando (110).

²⁵³ Como se demuestra en la sección E.

²⁵⁴ Véase la Contestación de Telefónica, página 36.

²⁵⁵ Véase Considerando (110).

²⁵⁶ Véase el considerando (114).

²⁵⁷ Véase el considerando (120).

- (291) El régimen de precios retail minus²⁵⁸ aplicado por la CMT en relación con el servicio mayorista regional antes de diciembre de 2006 se eligió porque presentaba las siguientes ventajas²⁵⁹: i) no altera la recuperación de los costes de acceso mayorista; ii) evita una situación de estrechamiento de márgenes entre los precios mayorista y minorista del operador incumbente; iii) se garantiza una eficiencia productiva, es decir, un nuevo operador potencial sólo se introduce en el mercado si es viable, lo que sólo sucede si es más eficiente que el operador incumbente en el mercado descendente; y iv) el sistema conserva los incentivos de los operadores de red (incluido el operador incumbente) para invertir en su propia infraestructura.
- (292) Esta regulación nacional que impone a Telefónica la obligación de suministrar acceso mayorista a nivel regional y nacional, está basada y es compatible con la legislación comunitaria.
- (293) En primer lugar, es compatible con el marco regulador de 1998 que establece la liberalización del sector de las telecomunicaciones²⁶⁰. Esto se deduce claramente de la sentencia que el Tribunal de Justicia europeo dictó después de que el Tribunal Supremo español plantease una cuestión preliminar sobre si el Derecho comunitario permitía a los Estados miembros autorizar a las autoridades nacionales reguladoras a imponer a un operador con poder significativo en el mercado una obligación de suministrar acceso al bucle local de abonado y a ofrecer interconexión a nivel local y a centros de interconexión a niveles más altos. El Tribunal de Justicia europeo sostuvo que la legislación española (a saber, el Real Decreto que transpone a Derecho español la Directiva 97/33/EC de Interconexión/Oferta de Red Abierta (ONP)²⁶¹) era conforme al Derecho comunitario²⁶².
- (294) En segundo lugar, la regulación nacional que impone a Telefónica la obligación de suministrar acceso mayorista a nivel nacional y regional, es compatible con el marco regulador actual que se adoptó en el 2002 y es de aplicación desde julio del 2003.

²⁵⁸ En el sistema retail minus, la tarifa de acceso mayorista se fija en la tarifa minorista del operador integrado verticalmente menos el coste incremental de la prestación de servicios descendentes y cualesquiera elementos de red suministrados por el solicitante de acceso. Véase W.J. Baumol & J.G. Sidak, *The pricing of Inputs Sold to Competitors*, Yale Journal of Regulation, 196 (1994).

²⁵⁹ Véase decisión de la CMT OBA 2004 (véase nota a pie de página 94). Véase también la decisión de la CMT OBA 2004_(2) (véase nota a pie de página 103).

²⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 31 de diciembre de 2001 en Asunto C-79/00 *Telefónica de España v. Administración General del Estado* [2001] ECR I-10057.

²⁶¹ Directiva 97/33/EC del Parlamento europeo y el Consejo de 30 de junio de 1997, DO [1997] L 199/32.

²⁶² Véanse Considerandos 28 a 37 de la sentencia.

- (295) La Directiva Marco²⁶³ establece que *«las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas: a) velando por que los usuarios, [...], obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad; b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas; c) promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación [...].»*
- (296) La Directiva Marco establece también que las ANR *«efectuarán un análisis de los mercados pertinentes, teniendo en cuenta las directrices en la mayor medida posible [...]. Cuando [...] la ANR deba determinar si procede imponer, mantener, modificar o suprimir determinadas obligaciones a las empresas, determinará, sobre la base de su análisis de mercado [...] si un mercado pertinente es realmente competitivo. [...] Cuando una autoridad nacional de reglamentación determine que uno de los mercados pertinentes no es realmente competitivo, establecerá qué empresas tienen un peso significativo en el mercado [...] y les impondrá las obligaciones reglamentarias específicas adecuadas»²⁶⁴. La Directiva Acceso²⁶⁵ establece que tales obligaciones *«deberán basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con éste y justificarse»*. Dispone además que *«aunque la obligatoriedad de la concesión de acceso a la infraestructura de la red es justificable como instrumento para aumentar la competencia, las autoridades nacionales de reglamentación han de llegar a un equilibrio entre el derecho del propietario de una infraestructura a la explotación de la misma en beneficio propio y el derecho de otros proveedores de servicios competidores a acceder a recursos que resulten esenciales para el suministro de sus servicios.»²⁶⁶**

²⁶³ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco). Véase el artículo 8.

²⁶⁴ Véase el artículo 16 de la Directiva Marco.

²⁶⁵ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión («Directiva acceso»). Véase el artículo 8.

²⁶⁶ Véase el considerando 19 de la Directiva Acceso.

- (297) La Directiva Acceso establece además que «[...] las autoridades nacionales de reglamentación estarán facultadas para exigir a los operadores que satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados, así como las relativas a su utilización, entre otros casos en aquellas situaciones en las que dichas autoridades consideren que la denegación del acceso o unas condiciones no razonables de efecto análogo pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista o que no benefician a los usuarios finales. Se podrá imponer a los operadores, entre otras cosas, que: a) concedan acceso a terceros a elementos o recursos específicos de las redes, incluido el acceso desagregado al bucle local; [...] c) no revoquen una autorización de acceso a recursos previamente concedida; d) presten servicios específicos en régimen de venta al por mayor para su reventa a terceros [...] Cuando las autoridades nacionales de reglamentación estudien la conveniencia de imponer [esas] obligaciones, y en particular al evaluar si dichas obligaciones resultarían coherentes con los objetivos establecidos en el artículo 8 [de la Directiva marco], habrán de tener en cuenta, en particular, los siguientes elementos: a) la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, a la vista del ritmo de desarrollo del mercado, tomando en cuenta la naturaleza y el tipo de interconexión y acceso de que se trate; [...]c) la inversión inicial del propietario del recurso, teniendo presentes los riesgos incurridos al efectuarla; d) la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo [...]»²⁶⁷
- (298) La Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones que incorpora el nuevo marco regulador, faculta a la CMT²⁶⁸ para que lleve a cabo un análisis de mercado y, cuando ésta concluya que el mercado de referencia no es competitivo y designe un operador con peso significativo en el mercado, para que imponga a dicho operador las obligaciones reglamentarias oportunas de conformidad con los objetivos expuestos en la Directiva Acceso. El objetivo de la Ley 32/2003 es, entre otras cosas, «*fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación*»²⁶⁹. Ley General de Telecomunicaciones dispone asimismo que la CMT podrá imponer a los operadores con peso significativo en el mercado «*acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización*» y «*control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales*»²⁷⁰.
- (299) En su Contestación²⁷¹, Telefónica afirma que las prácticas investigadas en el presente procedimiento equivalen a una denegación de suministro y, por lo tanto, deben cumplirse los criterios aplicados en el asunto *Oscar Bronner*²⁷².

²⁶⁷ Véase el artículo 12 de la Directiva Acceso.

²⁶⁸ Véase el artículo 10 de la Ley española 32/2003 General de Telecomunicaciones.

²⁶⁹ Véase el artículo 3.a de la Ley española 32/2003 General de Telecomunicaciones.

²⁷⁰ Véase el artículo 13 de la Ley española 32/2003 General de Telecomunicaciones.

²⁷¹ Véase la Contestación de Telefónica, páginas 13-37.

²⁷² Asunto C -7/ 97, *Oscar Bronner*, Rec. 1998, p. I -7791, Considerandos 43-46.

- (300) Por consiguiente, Telefónica argumentó que la Comisión debía probar que el producto ascendente debe ser «indispensable» para la provisión del servicio en sentido descendente. A este respecto, según Telefónica, la sentencia *Oscar Bronner* y la jurisprudencia posterior a ésta exige demostrar que (a) no existe ninguna «*alternativa real o potencial*», aun cuando sea menos ventajosa, para el ejercicio de la actividad empresarial en el mercado descendente²⁷³, y (b) que hay «*obstáculos técnicos, reglamentarios [y] económicos que puedan hacer imposible, [o incluso] enormemente difícil*»²⁷⁴ que un competidor en el mercado en sentido descendente, «*por sí solo o en colaboración con otros [competidores]*», replique el insumo. Telefónica interpreta que esta prueba equivale a evaluar si una empresa con un nivel de eficiencia comparable²⁷⁵ al del dueño de la infraestructura puede replicar el insumo.
- (301) Telefónica alegó que el criterio jurídico que establece el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en *Oscar Bronner*, no se cumple en el presente caso porque i) hay alternativas reales o potenciales a los servicios mayoristas regionales y nacionales de acceso de Telefónica (desagregación del bucle local y acceso mayorista a redes de cable), ii) los servicios mayoristas regionales y nacionales de acceso de Telefónica pueden replicarse y iii) no es probable que la conducta en cuestión elimine toda competencia en el mercado en sentido descendente. Telefónica concluyó que no está obligada de conformidad con el artículo 82 del Tratado a conceder el acceso a su propia red a través de sus servicios mayoristas nacionales y regionales. Por lo tanto, argumentó que es ilógico, y jurídicamente erróneo, mantener que, sin embargo, su política de fijación de precios referentes a sus productos mayoristas nacionales y regionales está sujeta al artículo 82 del Tratado, simplemente porque estos productos mayoristas se han ofrecido a los competidores en virtud de una obligación reguladora impuesta conforme a la legislación española de telecomunicaciones.
- (302) Sin embargo, no se debe pasar por alto que las circunstancias particulares de este caso difieren de manera fundamental de las circunstancias del asunto *Oscar Bronner*.

²⁷³ En *Oscar Bronner*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoció que se había establecido que había varios sustitutos a la distribución de periódicos mediante la red de distribución diaria de Mediaprint (correo, venta en tiendas y quioscos, etc.) que, aunque posiblemente sean menos ventajosos, podían utilizarse para competir en el mercado descendente (véase el Considerando 35 de la sentencia).

²⁷⁴ *Oscar Bronner*, Considerandos 40-46.

²⁷⁵ Véase la Contestación de Telefónica, página 16.

- (303) En el presente caso Telefónica tiene una obligación de suministrar los insumos ascendentes GigADSL (desde marzo de 1999) y ADSL-IP (desde abril de 2002). Esta obligación se estableció con vistas a fomentar la competencia y los intereses del consumidor. Resulta evidente de las consideraciones subyacentes tanto de la regulación española como de la comunitaria que la obligación impuesta a Telefónica de suministrar los insumos ascendentes pertinentes es el resultado de la ponderación realizada por las autoridades públicas de los incentivos de Telefónica y de sus competidores para invertir e innovar. Y es así porque la necesidad de fomentar la competencia en sentido descendente a largo plazo imponiendo el acceso a los insumos ascendentes de Telefónica es superior a la necesidad de preservar los incentivos previos de Telefónica para invertir y explotar la infraestructura en cuestión en su propio beneficio
- (304) De todas maneras, los incentivos ex ante de Telefónica a invertir en su infraestructura no están en juego en el presente caso. De hecho, es significativo que la infraestructura de Telefónica es en gran parte el resultado de inversiones efectuadas mucho antes de la introducción en España de la banda ancha y que, por tanto, no guardaban relación con la prestación de servicios de banda ancha (sino con la prestación de servicios tradicionales de telefonía fija). Además, esas inversiones se realizaron en un contexto en el que Telefónica se beneficiaba de derechos especiales o exclusivos que la blindaban frente a la competencia. Los criterios de inversión seguidos por el antiguo monopolio en aquel momento habrían llevado a que se realizara la inversión aun cuando hubiera tenido un deber de suministro.
- (305) Aunque la red de acceso local de Telefónica y el *backhaul* regional y nacional se financiaron con los ingresos del monopolio, es cierto que Telefónica incurrió en inversiones significativas para introducirse en los mercados mayoristas de banda ancha regional y nacional²⁷⁶. No obstante, estas inversiones estaban ligadas exclusivamente a los costes ocasionados por la adaptación de los elementos de la red existentes para soportar el tráfico de banda ancha (instalación de equipo específico de banda ancha²⁷⁷, modernización de la red de transporte y aumento de la capacidad de ésta). En comparación, los costes necesarios para construir una infraestructura ascendente completamente nueva implicaría inversiones considerables de magnitud mucho mayor que la de las citadas inversiones de adaptación a la banda ancha. Según ha reconocido Telefónica²⁷⁸, la empresa no tuvo que desarrollar una red específica de transporte para la prestación de servicios de banda ancha. Concretamente, Telefónica no tuvo que extender nuevas canalizaciones —que constituyen el coste más significativo de una red fija de telecomunicaciones— para la prestación de servicios de banda ancha.

²⁷⁶ Véase la carta de Telefónica de 17.10.2006 (páginas TFCA – 13126 y TFCA - 13127 del expediente).

²⁷⁷ DSLAM, BRAS, equipo de conmutación, routers, etc.

²⁷⁸ Véase la carta de Telefónica de 23.06.2006 (página TFCA-13271 del expediente): “*los costes recogidos en el epígrafe Transporte IP [...] no son costes directamente motivados por una nueva inversión en red IP, [...] Estos costes son debidos en su gran mayoría a inversiones realizadas hace años, que en modo alguno vinieron motivadas por la red IP. Por ejemplo Telefónica, en general, no ha tenido que hacer nueva obra civil (zanjas, canalizaciones, etc.) como consecuencia de RIMA, ya que normalmente ha podido utilizar para el Transporte IP la ya existente [...].*”

- (306) Por último, la obligación de suministrar acceso mayorista regional se impuso a Telefónica en marzo de 1999, es decir, antes de que ésta emprendiera las inversiones relacionadas con la mejora de su infraestructura para proporcionar servicios ADSL en sentido ascendente y descendente. En otras palabras, el conocimiento previo de su obligación de suministro manifiestamente no afectó a la decisión de Telefónica de invertir en esta infraestructura.
- (307) En cuanto al ADSL-IP Total, la CMT no impuso acceso obligatorio porque TDATA lo ofrecía voluntariamente en septiembre 1999²⁷⁹, es decir antes de que el grupo Telefónica empezase a ofrecer servicios minoristas (octubre de 1999 para TERRA²⁸⁰ y septiembre de 2001 para TESAU²⁸¹). Esto constituye un indicio sólido de que Telefónica consideró eficiente ofrecer ADSL-IP Total a terceras partes en aquel momento.
- (308) Por tanto, cuando Telefónica decidió entrar en el mercado de acceso de banda ancha minorista de masas y mejorar su infraestructura, sabía que la obligación de suministrar acceso regional se mantendría²⁸² y que iba a suministrar ADSL-IP Total a terceros. Así lo ilustran tanto el plan de negocio inicial de la infraestructura regional de TESAU²⁸³ como el plan de negocio inicial²⁸⁴ de la actividad de banda ancha de TESAU en 2001, que evalúa la rentabilidad global de su actividad de banda ancha (incluida la provisión de acceso mayorista a nivel regional y nacional a operadores de red alternativos) y también calcula la rentabilidad de la decisión²⁸⁵ de introducirse en el mercado de masas minorista sin por ello dejar de suministrar acceso mayorista a nivel regional y nacional frente a la decisión de no introducirse en el mercado minorista y limitarse a suministrar servicios mayoristas a operadores de red alternativos.
- (309) En conclusión, a la vista del contexto económico y jurídico y de los hechos específicos del caso, en concreto, el hecho de que el acceso mayorista regional sea obligatorio desde marzo 1999 y el acceso mayorista nacional sea obligatorio desde abril de 2002 y el hecho de que los incentivos ex ante a la inversión en infraestructura del antiguo monopolio no estén en juego en el presente caso, el análisis jurídico llevado a cabo por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Oscar Bronner* no es de aplicación en el presente asunto.

²⁷⁹ Véase Contestación de Telefónica, página 36.

²⁸⁰ Véase carta de Telefónica de 22.09.2003 (página TFCA-19 del expediente).

²⁸¹ Véase carta de TESAU de 22.09.03 (página TFCA-331 del expediente).

²⁸² Com se menciona anteriormente, la obligación regulatoria de suministrar acceso se introdujo en 1999. En julio de 2001, el regulador nacional confirmó que la obligación de suministrar acceso mayorista regional se mantendría y estableció un régimen de retail minus para controlar el margen que estaría disponible a los competidores descendentes de Telefónica.

²⁸³ Véase anexo 15 de la carta de Telefónica de 27.09.06 (páginas TFCA-13094 a TFCA-13117 del expediente).

²⁸⁴ Véase el anexo 10iii de la carta de Telefónica de 21.7.2006: «Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base», diapositiva 32 (página TFCA -4477 del expediente).

²⁸⁵ Véase el anexo 10iii de la carta de Telefónica de 21.7.2006: «Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base», diapositiva 36 (página TFCA – 4481 del expediente).

C. Método de análisis de estrechamiento de márgenes

(310) La presente Sección expone el método empleado para evaluar la existencia de un estrechamiento de márgenes. Se consideran cinco elementos importantes:

- el nivel de eficiencia del competidor: la rentabilidad debe ser analizada con base de los costes descendentes de la empresa dominante (el test del "competidor igualmente eficaz") (véase sección 1);
- el estándar de costes apropiado, que es el de los costes medios incrementales a largo plazo ("LRAIC"); (véase sección 2)
- el tipo de análisis de rentabilidad: la Comisión ha analizado la rentabilidad con base de dos métodos: el método periodo-a-periodo y el método de flujos de caja descontados ("FCD"); (véase sección 3)
- el nivel de agregación que debe utilizarse para determinar la existencia del estrechamiento de márgenes: el estrechamiento de márgenes, ha sido calculado con base de la cartera agregada de los servicios minoristas ofrecidos por Telefónica; (véase sección 4)
- la elección del insumo ascendente al determinar la posibilidad de replicar los precios descendentes: los precios minoristas de Telefónica tienen que poder ser replicables por un operador igualmente eficaz con base en al menos un producto de Telefónica en cada mercado mayorista. (véase sección 5)

1 Evaluación de la rentabilidad sobre la base de los costes descendentes de la empresa dominante – el análisis del «competidor igualmente eficiente»

(311) Puede demostrarse un estrechamiento de márgenes probando que las propias operaciones descendentes de la empresa dominante no podrían realizarse de forma rentable basándolas en el precio ascendente cobrado a sus competidores por su unidad operativa en sentido ascendente («competidor igualmente eficiente»). También puede demostrarse que se ha producido un estrechamiento de márgenes mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado ascendente y el precio que la unidad de actividades descendentes del operador dominante aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal («análisis del competidor hipotético con un grado de eficiencia razonable»).

- (312) La Comisión considera que en el presente asunto el análisis de estrechamiento de márgenes aplicable es el del 'competidor igualmente eficiente'. Es decir, el efecto perjudicial de un estrechamiento de márgenes puede describirse en términos de exclusión de los competidores que pueden suministrar servicios en sentido descendente tan eficientemente como la empresa dominante. Por lo tanto, la prueba pertinente es determinar si Telefónica hubiera podido ofrecer servicios en sentido descendente sin incurrir en pérdidas si, durante el periodo objeto de investigación, hubiera tenido que pagar el precio de acceso ascendente cobrado a los competidores como precio de transferencia interno aplicado a sus propias actividades minoristas.
- (313) Este planteamiento es igual que el utilizado por la Comisión en el asunto *Deutsche Telekom*, en el que la Comisión concluyó que Deutsche Telekom había abusado de su posición dominante en forma de estrechamiento de márgenes porque la diferencia entre los precios minoristas cobrados por Deutsche Telekom y los precios mayoristas cobrados a sus competidores era negativa o insuficiente para cubrir los costes específicos de producto incurridos por el operador dominante en la prestación de sus propios servicios minoristas en el mercado descendente²⁸⁶. Este planteamiento también es coherente con el aplicado en el asunto *Napier Brown v. British Sugar*, en el que la Comisión se refería al hecho de que la empresa dominante no reflejaba en el margen entre el precio ascendente y el descendente sus propios costes de transformación de la materia prima en producto derivado²⁸⁷.

²⁸⁶ Deutsche Telekom, Considerando 107.

²⁸⁷ *Napier Brown v. British Sugar*, Considerando 66.

- (314) En el caso que nos ocupa, el análisis del «competidor hipotético igualmente eficiente» es más favorable a Telefónica que el análisis de «competidor hipotético con un grado de eficiencia suficiente». Teniendo en cuenta las economías de escala y de alcance de Telefónica, cabe esperar que sus costes unitarios sean menores que los de sus competidores con un grado de eficiencia suficiente. Un competidor con un grado de eficiencia suficiente que comparta la misma estructura de costes que la actividad descendente de Telefónica pero que no disfrute de las mismas economías de escala que Telefónica durante el periodo objeto de investigación²⁸⁸, tendrá inevitablemente unos costes unitarios de red más elevados²⁸⁹. Al mismo tiempo, gracias a su presencia y posición de liderazgo en todos los mercados de telecomunicaciones en España (en especial, en los mercados minoristas de masas de la telefonía fija, la telefonía móvil y el acceso de banda ancha), Telefónica tiene economías de alcance que le permiten repartir algunos costes (administración, publicidad, red comercial) entre un abanico mucho mayor de operaciones que un operador con un grado de eficiencia suficiente y con una gama de actividades mas limitada²⁹⁰. La importancia de las economías de escala y de alcance en este sector implica que Telefónica puede fijar los precios por encima de los costes en el mercado descendente y con todo excluir la entrada y el crecimiento en este mercado.

²⁸⁸ A finales de 2004, el 97 % de las líneas ADSL (incluyendo las líneas de Telefónica) en España utilizaban la red de ATM de Telefónica (GigADSL) y el 81 % de las líneas ADSL (incluyendo las líneas de Telefónica) utilizaban su red IP (ADSL-IP o ADSL-IP Total). Véase Cuadro 60 en Anexo I. Además, desde 2001, la cuota de Telefónica en el mercado mayorista nacional ha sido más de 11 veces mayor que la de su competidor más grande.

²⁸⁹ En su prueba del estrechamiento de márgenes entre el producto mayorista IPStream (equivalente de British Telecom para Megavia) y la interconexión de ATM (equivalente a GigADSL), el regulador británico «ha tomado como referencia para fijar el margen, un nuevo operador que se introduce hoy en el mercado y que tiene la misma estructura de costes subyacente que BT (es decir, igualmente eficiente) pero que entra más tarde y se beneficia de un menor número de economías de escala y de alcance.» (Véase OFCOM, *Direction Setting the Margin between IPStream and ATM interconnection prices* (Directriz que establece el margen entre los precios de IPStream y de la interconexión ATM), 26.8.2004, apartado 2.205). En respuesta a la consulta de OFCOM, Telefónica no solamente se mostró de acuerdo con el planteamiento de OFCOM de tener en cuenta la escala en la prueba de estrechamiento de márgenes sino que también consideró que las cuotas de mercado de los nuevos operadores utilizadas por OFCOM (20%-25%-30%) eran poco realistas por lo elevadas. (Véase la respuesta de Telefónica UK a la consulta de Ofcom sobre un proyecto de directriz que establece el margen entre los precios de IPStream y de la interconexión ATM- 2.7.2004 - página TFCA - 3776 del expediente).

²⁹⁰ Véase Sección 2 relativa a la elección del estándar de costes. A este respecto, en la prueba antes mencionada del estrechamiento de márgenes entre los productos mayoristas de British Telecom, Ofcom consideró «que es probable que los principiantes se beneficien de las economías de alcance menos que BT y que era razonable tomar esto en consideración al fijar el margen, dado el objetivo de fomentar la competencia. Por lo tanto, la referencia de Ofcom de un nuevo operador igualmente eficiente implica la misma estructura de costes subyacente que BT, pero unas economías de alcance menores. Un método razonable para aplicar este planteamiento, al utilizar la información sobre costes de BT como fuente de datos, consiste en integrar en el análisis de estrechamiento de márgenes una dotación para la recuperación de los costes comunes. Partiendo de ese enfoque, la base de costes apropiada sería una que incorporase un elemento para la recuperación de los costes comunes: por ejemplo CCA FAC [base de costes corrientes y costes totalmente asignados] o LRIC + [LRIC más un margen de utilidad para la recuperación de costes comunes].» (véase el punto 2.32).

(315) Contrariamente a las alegaciones de Telefónica²⁹¹, la aplicación del análisis del «competidor hipotético igualmente eficiente» no supone asumir que el competidor con igual grado de eficiencia podría replicar los mismos activos ascendentes que tiene Telefónica. Esta presunción no consta en la jurisprudencia pertinente ni en la práctica decisoria (*Industrie des Poudres Sphériques, Napier Brown y Deutsche Telekom*). Se trata de determinar si un competidor con la misma estructura de costes que la unidad operativa descendente de la empresa integrada verticalmente puede ser rentable en el mercado descendente teniendo en cuenta los precios mayorista y minorista facturados por la empresa integrada verticalmente.

2 Estándar de costes adecuado : costes incrementales medios a largo plazo (LRAIC)

(316) Una empresa integrada horizontal y verticalmente como Telefónica tiene varias clases de costes. Tiene costes incrementales que solamente se producen a causa de sus operaciones en el mercado descendente y que no existirían si Telefónica actuara únicamente en el mercado ascendente. También tiene costes que son comunes²⁹² a diferentes operaciones. Al contrario que un competidor en el mercado descendente que fuera igualmente eficiente que la unidad operativa descendente de Telefónica, ésta tiene economías de escala y alcance y puede repartir sus costes comunes entre un conjunto de operaciones en vez de concentrarlos solamente en una.

(317) En las industrias de de redes, las estructuras de costes suelen ser bastante distintas de la de otros sectores ya que en ellas los costes fijos son mucho mayores. Según se establece en la *Comunicación sobre los acuerdos de acceso*²⁹³, un precio que cubra el coste variable de un servicio podrá ser considerablemente inferior al precio que el operador debe fijar a fin de cubrir los costes que lleva aparejados la prestación del servicio a largo plazo. Para evaluar la rentabilidad de los precios que un operador debe aplicar a lo largo del tiempo, y que constituirá la base de las decisiones de invertir de ese operador, los costes considerados deben incluir los costes totales que sean incrementales a la prestación del servicio.

²⁹¹ Véase la Contestación, página 97.

²⁹² Los costes comunes se producen cuando dos o más productos/servicios se producen juntos, aunque pudieran producirse por separado. También se les llama costes compartidos si esto se aplica a todas las operaciones del operador.

²⁹³ Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones «*Comunicación sobre los acuerdos de acceso*», DO C 265 de 22.8.1998, p.2, Considerandos 113 a 115.

- (318) Por lo tanto, de conformidad con la teoría económica²⁹⁴ y con la práctica de la Comisión²⁹⁵ en asuntos relacionados con el estrechamiento de márgenes en los que se evaluó la capacidad de los competidores para competir de manera rentable, el estándar de costes adecuado a la hora de evaluar un estrechamiento de márgenes en el sector de las telecomunicaciones es el de los costes incrementales medios a largo plazo (LRAIC).
- (319) El coste incremental a largo plazo de un determinado producto corresponde a los costes específicos del producto asociados al volumen total de producción de dicho producto. Representa la diferencia entre los costes totales de la empresa al producir todos los productos, incluido el producto en cuestión, y los costes totales de la empresa cuando la producción del producto de referencia se fija en cero, manteniendo constante la producción de los demás productos. Estos costes incluyen no sólo todos los costes variables y fijos atribuibles directamente a la producción del volumen total del producto en cuestión sino también al aumento de los costes comunes atribuibles a esta actividad.
- (320) Dado que el coste incremental a largo plazo del producto individual también incluye el aumento de los costes comunes resultantes de la provisión del producto en cuestión, el simple hecho de que un coste sea común a distintas operaciones no implica necesariamente que el coste incremental a largo plazo debido a la actividad en cuestión sea igual a cero para cualquier producto individual. Hay que examinar si tal coste común se habría contraído, parcial o totalmente, en caso de que la empresa hubiera decidido no suministrar el producto en cuestión²⁹⁶.
- (321) Se trata de que, si los ingresos asociados a la actividad en el mercado descendente están por debajo de los LRAIC, a una empresa racional que rentabilice al máximo los beneficios y que sea por lo menos tan eficiente como Telefónica –que goce, en especial, de las mismas economías de escala y alcance - *«no le interesa económicamente ofrecer servicios en el mercado descendente a medio plazo. Podría aumentar sus beneficios subiendo el precio en el mercado descendente por encima de los costes incrementales adicionales vinculados a la prestación o bien -en caso de que fuera imposible aplicar este precio en el mercado- renunciando completamente a la prestación de este servicio »*²⁹⁷, manteniendo constante su producción de los demás productos.

²⁹⁴ Véase por ejemplo G.R. Faulhaber: Cross subsidization in Public enterprises, American Economic Review, Vol. 65/1975, p 970 – Baumol, W & Sidak, JG Towards competition in local telephony, MIT Press, Cambridge, MA, 1994, págs. 66, 77-78.

²⁹⁵ Véanse *Deutsche Telekom*, Considerandos 155 a 157 - *Napier Brown–British Sugar*, Considerandos 65 y 66 - Decisión de la Comisión 76/185/CECA de 29 de octubre de 1975, *National Carbonizing Company*, Considerando 7.

²⁹⁶ Tomemos el ejemplo de una macrotienda (por ejemplo, fnac) que comercialice dos categorías de productos (por ejemplo libros y discos). Si hubiera decidido comercializar solamente libros, aún incurriría en algunos costes comunes (por ejemplo, el director gerente) pero otros se reducirían en proporción al volumen de discos (por ejemplo, la superficie de almacenamiento sería menor, el número de cajas también habría sido inferior, etc.). Es decir, si se puede evitar una proporción de los costes comunes, dicha proporción es incremental.

²⁹⁷ *Deutsche Post AG*, Decisión de la Comisión de 20.3.2001 COMP/35.141, DO L125/27-44. Aunque Deutsche Post se refiere a precios predatorios, aclara la posición de la Comisión con arreglo al artículo 82 sobre los costes que deben ser cubiertos por un operador de red con

- (322) En el presente asunto, los LRAIC son una forma adecuada de medición de los costes descendentes de Telefónica por debajo de los cuales el margen entre los precios ascendentes y descendentes de Telefónica constituye una prueba de estrechamiento de márgenes.
- (323) El uso de una medición de costes a largo plazo implica que cualquier coste incremental a largo plazo relativo a la actividad en cuestión debe incluirse en el análisis de estrechamiento de márgenes. Contrariamente a lo alegado por Telefónica²⁹⁸, esto no supone que los costes unitarios deban calcularse sobre la base de los volúmenes a largo plazo, es decir, no implica que el análisis de estrechamiento de márgenes deba consistir en comparar los ingresos unitarios de Telefónica en este momento con los costes unitarios calculados sobre la base de los volúmenes a largo plazo. Es verdad que, en un sector en crecimiento caracterizado por unos costes fijos importantes, los costes unitarios pueden ser altos al comienzo de la vida del producto debido únicamente a la baja tasa de utilización de la capacidad de la red. Sin embargo, en este caso concreto, las pérdidas descendentes de Telefónica no se justifican por la falta de madurez del mercado español de banda ancha. Sería inadecuado calcular los costes unitarios de Telefónica sobre la base de los volúmenes a largo plazo porque la propia Telefónica consideraba en su plan de negocio inicial²⁹⁹ que el volumen break-even (i.e. número mínimos de ADSL necesarios para asegurar la creación de valor) para su actividad de banda ancha se situaba en un millón de usuarios finales y esta cifra se alcanzó en febrero de 2003³⁰⁰. Esto significa que Telefónica no se basó en el crecimiento proyectado a partir de 2003 para lograr la rentabilidad en el conjunto de sus actividades. El simple hecho de que Telefónica esperara un rápido alcance de beneficios en el conjunto de sus actividades y sea de hecho rentable en el conjunto de sus actividades pero seguiría registrando pérdidas en su línea de negocio descendente en 2006 (es decir, más de cinco años después del lanzamiento de su primer producto minorista ADSL) es un claro indicio de que las pérdidas descendentes de Telefónica no pueden explicarse por una posible distorsión contable debida al cálculo de los costes unitarios sobre la base de los volúmenes actuales.³⁰¹

muchos productos que ofrece una línea adicional de productos en mercados abiertos a la competencia.

²⁹⁸ Véase la Contestación, página 325.

²⁹⁹ Es decir, agregando costes e ingresos a lo largo de la cadena de valor de la banda ancha, permitiendo así la subvención de las pérdidas descendentes con los beneficios ascendentes.

³⁰⁰ Véase ADSL Scorecards en la carta de Telefónica de 31.08.06 (página TFCA-9771 del expediente)

³⁰¹ El hecho de que el umbral de su rentabilidad (agregando costes e ingresos a lo largo de la cadena de valor de la banda ancha) se alcanzó en febrero del 2003 no justifica las pérdidas descendentes incurridas por la empresa antes de dicha fecha. Esto es así porque Telefónica es rentable en el conjunto de sus actividades pero habría incurrido en pérdidas hasta diciembre de 2006 si hubiese tenido que par las tarifas mayoristas que cobra a sus competidores en el mercado descendente.

- (324) El resultado negativo obtenido utilizando el método de los flujos de caja descontados («FCD»)- un método de cálculo de la rentabilidad³⁰² que precisamente evita cualquier posible riesgo de distorsión contable agregando todos los ingresos y costes durante varios años (en el presente caso cinco años) - es también un claro indicio de que no hay distorsión contable alguna en el cálculo de los costes unitarios de la empresa que pueda explicar las pérdidas descendentes de Telefónica. En cualquier caso, sería incorrecto calcular los costes unitarios de Telefónica sobre la base de los volúmenes a largo plazo porque, según ha explicado la propia Telefónica³⁰³, la capacidad de los elementos de conmutación, el sistema de TI y el equipo de transmisión³⁰⁴ se ajustan progresivamente a la demanda a medio plazo (de hecho, menos de un año - incluso cada trimestre según lo ilustrado por la evolución de la capacidad de los BRAS y del sistema de TI facilitada por la empresa³⁰⁵). Cuando la empresa duplicó la velocidad de todos sus productos minoristas, también alegó que los ajustes de capacidad (equipo de conmutación y transmisión) podían ejecutarse en menos de tres meses³⁰⁵. Al mismo tiempo, siguió cumpliendo en todo momento sus objetivos de volumen³⁰⁶ de tal modo que no cabe afirmar que la red de la empresa estaba sobredimensionada y, por consiguiente, que sus costes unitarios eran demasiado elevados, debido a unos pronósticos de volumen excesivamente optimistas.

3 Método adecuado para evaluar la rentabilidad a plazo

- (325) Según se ha mencionado anteriormente, para determinar el estrechamiento de márgenes hay que evaluar si las propias operaciones descendentes de la empresa integrada verticalmente podrían ser rentables basándose en el precio ascendente cobrado por la unidad operativa ascendente de ésta a sus competidores.
- (326) Existen dos métodos para medir la rentabilidad: el enfoque «periodo a periodo» y el método de los flujos de caja descontados («FCD»).
- (327) En el presente caso, tal como se establecerá en la Sección VI.D.1.4, tanto el método periodo a periodo como el método FCD llevan a la conclusión de la existencia de un estrechamiento de márgenes entre los precios minorista y mayorista de Telefónica.

³⁰² Véase Sección 3.C.3.

³⁰³ Véase la carta de Telefónica de 25.8.2006 (páginas TFCA -9039 a TFCA -9041 del expediente).
³⁰⁴ Según se ilustra en el Cuadro 20, esos equipos representan más de 90 % de las inversiones correspondientes a la red IP de Telefónica.

³⁰⁵ Véase la Resolución de la CMT de 22.7.2004 en el asunto DT 2004/1008: «TESAU, por su parte, no ve necesidad alguna para establecer un plazo superior a los 3 meses desde la comunicación de la propuesta para implementar el cambio de velocidades en ADSL, tal como se establece en la Resolución de 31 de marzo de 2004, aprobatoria de la OBA. Según este operador, los trabajos a realizar son en su mayoría solicitados a TESAU, y por tanto para el resto sería suficiente con el plazo de dos meses desde la comunicación de migración» (página 18).

³⁰⁶ Se alcanzaron todos los objetivos de volumen contemplados en el plan de negocio inicial de la empresa. (véase anexo 10iv de la carta de Telefónica de 21.07.06 – página TFCA-4495 del expediente) (véase Cuadro 60 en Anexo I).

- (328) El enfoque «periodo a periodo» consiste en comparar cada año (o en periodos más cortos) los ingresos y los costes registrados en las cuentas de la empresa en que los gastos de inversión se han amortizado durante períodos apropiados.
- (329) El análisis FCD consiste en examinar la rentabilidad general durante un periodo adecuado (por lo general varios años). Se tiene en cuenta el futuro crecimiento de la empresa en el análisis de rentabilidad agregando los flujos futuros de caja esperados en un cierto plazo con objeto de llegar a una sola medición, el valor actual neto (VAN). Puesto que se incurre en costes y se generan ingresos durante un periodo de varios años, a la hora de comparar los ingresos y los costes totales se utiliza el valor descontado³⁰⁷ del flujo de costes e ingresos. El VAN es por lo tanto la suma de los ingresos descontados menos la suma de los costes descontados (véase la fórmula siguiente). Si el VAN es positivo, muestra que la actividad crea valor durante el periodo adecuado. Si es negativo, muestra que la actividad destruye valor y constituye una pérdida. .

$$VAN = \sum_{t=0}^N \frac{\text{Ingresos}_t - \text{Costes}_t}{(1 + WACC)^t} = \sum_{t=0}^N \frac{\text{Ingresos}_t - \text{CAPEX}_t - \text{OPEX}_t}{(1 + WACC)^t}$$

siendo WACC el coste de capital de la empresa

- (330) Tanto el método periodo a periodo como el método FCD abordan el mismo problema subyacente de la recuperación de costes en un cierto plazo, pero de distinta manera: el enfoque FCD considera la rentabilidad de una actividad empresarial durante un periodo razonablemente largo (varios años) y no especifica cómo deberían recuperarse los costes en los distintos subperiodos (cada año). Tiene en cuenta la evolución de los ingresos o costes de la empresa durante el periodo empleado para el análisis y calcula el VAN del negocio. En cambio, con el método periodo a periodo las técnicas contables estándar dan como resultado que algunos costes se consideran gastos y se asignan únicamente al periodo en el que se efectuaron y otros costes se capitalizan y se asignan a más de un periodo, por lo general utilizando la amortización lineal.

³⁰⁷

El coste de capital de la empresa se descuenta de los flujos de caja futuros con el fin de asignar a los flujos de caja posteriores un valor inferior de los que se generan con mayor inmediatez. El coste de capital es una estimación del precio que la empresa ha de abonar para lograr el capital que utiliza. Refleja la rentabilidad que necesitan los inversores para invertir en las actividades de la empresa en lugar de orientar sus inversiones hacia otra parte. Véase Sección VI.C.3.1.4.

- (331) La práctica del Tribunal de Justicia³⁰⁸ y de la Comisión Europea³⁰⁹ en asuntos referentes a abusos de precios (en especial precios predatorios, estrechamiento de márgenes) ha consistido siempre en evaluar la rentabilidad de la empresa dominante utilizando el método periodo a periodo. En *Wanadoo*, la Comisión consideró que el método FCD no era apropiado para evaluar la existencia de precios predatorios a pesar de que el mercado francés de la banda ancha minorista residencial todavía estaba creciendo. Ese mercado presenta fuertes semejanzas con el mercado español de banda ancha. En la sentencia *Wanadoo*, el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que (i) la Comisión puede permitirse una amplia discreción³¹⁰ en cuanto a la elección del cálculo de la recuperación de costes de una empresa dominante y que (ii) le corresponde a la empresa dominante probar que el método usado por la Comisión es ilegal³¹¹.
- (332) En el PC³¹², la Comisión consideró que el método FCD presenta defectos cuando se utiliza para detectar el estrechamiento de márgenes, defectos también reconocidos explícitamente por la Comisión en *Wanadoo*³¹³, por el Tribunal de apelación de la competencia del Reino Unido³¹⁴, por el 'Office of Fair Trading' del Reino Unido³¹⁵ y por OFCOM³¹⁶.
- (333) En primer lugar, se corre el riesgo de que el resultado de la aplicación del método se base en previsiones no razonables³¹⁷ realizadas por la empresa investigada, lo que puede desembocar en un falso resultado positivo. Es decir, si se supone que los beneficios futuros serán significativos, pueden sobrepasar las pérdidas soportadas durante los primeros años de un proyecto de tal modo que un análisis FCD puede resultar en un VAN positivo; sin embargo, puede que las suposiciones sobre beneficios futuros no se sostengan.

³⁰⁸ Asunto C-62/86 *Akzo Chemie/Comisión*, Rec. 1991, p. I-3359, asunto C-333/94 P *Tetra Pak/Comisión*, Rec. 1996, p. I-5951.

³⁰⁹ *Wanadoo*, Considerandos 72 y 90.

³¹⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30.01.07 en Asunto T 340/03, *France Télécom SA vs. Commission*; Considerando 129

³¹¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30.01.07 en Asunto T 340/03, *France Télécom SA vs. Commission*; Considerando 153

³¹² Véanse los Considerandos 388 a 393 del PC.

³¹³ *Wanadoo* Considerandos 90 y 92.

³¹⁴ *Napp Pharmaceuticals/Director General of Fair Trading («Napp»)* [2002] CAT 1, [2002] CompAR 13., 2002, Considerando 260.

³¹⁵ OFT, investigación *BSkyB*, 30.1.2003, Considerandos 382 a 390.

³¹⁶ OFCOM, investigación del director general de telecomunicaciones sobre supuestas prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por BT en relación con los productos de banda ancha para el consumidor de BT Openworld, 20.11.2003, Sección 5.

³¹⁷ A este respecto, la propia Telefónica reconoció que los errores de previsión son inevitables al elaborar planes de negocio en mercados de rápido crecimiento como son los mercados españoles de banda ancha: «*Tanto Telefónica de España como Terra contaban con Planes de Negocios, con carácter previo al lanzamiento de sus servicios ADSL minoristas, planes que garantizaban la rentabilidad de dichos servicios a un horizonte temporal razonable – según las estimaciones de mercado previsibles en el momento de su realización -, rentabilidad que en estos mercados debe ser entendida como cobertura de los costes incrementales. Posteriormente, las realizaciones de dichos Planes de Negocio no han sido completas, debido a diversos desfases leves entre las previsiones y la realidad del mercado, pero no puede negarse que, en un mercado emergente dichas divergencias son habituales.*» Véase la carta de Telefónica de 7.4.2004 (véase la página TFCA -220 del expediente).

- (334) En segundo lugar, el método FCD permite la recuperación de las pérdidas iniciales mediante los beneficios futuros. Por lo tanto, un VAN de resultado positivo puede reflejar el resultado del comportamiento anticompetitivo. Es decir, las pérdidas a corto plazo podrían dar lugar a mayores beneficios a largo plazo, que no se deberían a una evolución natural del mercado, sino al fortalecimiento del poder de mercado de la empresa dominante. Efectivamente, el método FCD solamente mostraría si se espera que Telefónica alcance un VAN positivo durante el periodo empleado para el análisis, pero no especificaría cómo se deben recuperar los costes en los distintos subperiodos. Por lo tanto, un VAN positivo podría interpretarse no como prueba de la inexistencia de un estrechamiento de precios contrario a la competencia sino, al contrario, como prueba de una exclusión real. Por ejemplo, tomemos la aplicación del método FCD al plan de negocio de una empresa que ha aplicado con éxito una estrategia de estrechamiento de márgenes. La primera etapa de la estrategia consiste en fijar unos precios que expulsen a los competidores. La segunda etapa puede consistir en subir los precios para recuperar las pérdidas anteriores, aunque no siempre es así³¹⁸ ya que también puede consistir en mantener esos precios por encima del nivel competitivo al no haber ninguna entrada en el mercado o expansión suficientemente significativa. En este caso, es probable que un análisis FCD dé lugar a un VAN positivo aunque exista una conducta contraria a la competencia.
- (335) En tercer lugar, el método FCD permitiría a una empresa dominante como Telefónica incurrir en unas pérdidas iniciales sustanciales (que se verían compensadas en el futuro) mientras que sus competidores podrían no ser capaces de absorber pérdidas durante varios años.
- (336) En su Contestación³¹⁹, Telefónica reivindicó que el enfoque periodo a periodo puede ser apropiado en un mercado maduro en el que las empresas se basan en sus posiciones establecidas pero no en mercados dinámicos tales como el de los servicios de banda ancha minorista, para los que es más adecuado el método FCD.
- (337) En primer lugar, Telefónica sostuvo que el enfoque periodo a periodo ignora el papel de la inversión: las pérdidas a corto plazo son de hecho inversiones con objeto de lograr beneficios futuros. Telefónica considera que tal estrategia es racional y no excluyente en un mercado en desarrollo tal como el mercado español de banda ancha minorista. Telefónica sostuvo que el método FCD es el más conveniente para un mercado en crecimiento, porque tiene correctamente en cuenta el hecho de que el beneficio esperado de una determinada línea de conducta no depende de los flujos de caja netos que genera cada año, sino de si los flujos de caja netos generados en el futuro darán lugar a un beneficio global.

³¹⁸ De hecho, los precios minoristas de Telefónica no ha aumentado durante el periodo investigado.
³¹⁹ Véase la Contestación, páginas 102-106.

- (338) En segundo lugar, Telefónica sostiene que el enfoque periodo a periodo ignora el impacto de la incertidumbre sobre las estrategias de empresas. Las empresas entrarán, invertirán y permanecerán en el mercado incluso aunque registren pérdidas a corto plazo y no estén seguras de que las cosas vayan a mejorar en el futuro. Según Telefónica, esta estrategia es racional y no excluyente porque, al permanecer en el mercado, las empresas conservan una posibilidad valiosa para el futuro: pueden tener éxito, dar con la fórmula ganadora y llegar a ser un modelo de éxito a largo plazo. Por otra parte, según Telefónica, pueden no tener suerte y elegir la estrategia equivocada, pero la empresa aún tiene la posibilidad de limitar sus pérdidas abandonando el mercado.
- (339) Además, según Telefónica, un análisis basado en la evaluación del FCD de la estrategia de una empresa puede ser ilustrativo al investigar si esa estrategia podría ser excluyente, porque puede proporcionar información sobre su efecto probable. Si resulta probable que la estrategia de la empresa genere en el futuro unos flujos de caja netos que, una vez descontados y sumados conjuntamente, conlleven un beneficio global, entonces es probable que un competidor igualmente eficiente pueda replicar esta estrategia y también realizar beneficios en general, incluso si ambas empresas registrasen actualmente pérdidas a corto plazo.
- (340) Telefónica también sostuvo que muchos de sus competidores en el sector de banda ancha son filiales de algunas de las mayores empresas europeas de telecomunicaciones, a saber, France Télécom y Deutsche Telekom. Si la estrategia de Telefónica los llevara a registrar pérdidas en algunos periodos, estos operadores podrían soportar esas pérdidas porque forman parte de grupos importantes.
- (341) En los Considerandos (342) a (349), la Comisión responde a los argumentos de Telefónica relativos a la supuesta pertinencia del método FCD en el presente caso.
- (342) En un mercado en crecimiento, sería razonable esperar que los costes unitarios fueran descendiendo con el tiempo. Puede ser así, por ejemplo, porque los costes fijos se reparten entre un número cada vez mayor de clientes (economías de escala), por el ahorro al aprender cómo prestar el servicio de forma más eficiente (aprender con la práctica) o por el descenso de los costes de los insumos gracias a los avances tecnológicos. En el presente asunto, los proveedores de servicios que ofrecen servicios nuevos o poco maduros, podrían incurrir en costes iniciales importantes en activos físicos (red de telecomunicaciones) y activos inmateriales (costes de comercialización y de puesta en marcha del negocio) para iniciar sus servicios y ganar clientes. La rentabilidad de estas inversiones generalmente se logra a lo largo de los años posteriores, lo que tiene implicaciones a la hora de determinar el análisis de rentabilidad pertinente en el presente asunto.

- (343) Aplicar el método FCD en un análisis de estrechamiento de márgenes presupone que es razonable o apropiado esperar que en un mercado competitivo la rentabilidad de los precios actuales dependería de futuras reducciones de costes. Si no es éste el caso, entonces el uso del método FCD no sería apropiado ni razonable, y sólo podría tenerse una imagen exacta de la rentabilidad económica evaluando sólo los beneficios o pérdidas de hoy utilizando los costes de hoy; es decir utilizando el método de periodo a periodo. Este, por ejemplo, sería el caso de un mercado que no está en fase de crecimiento: en un mercado así, habría un riesgo significativo de que evaluar la rentabilidad de la empresa dominante basándose en futuras reducciones de costes (sin suponer reducciones de precios concomitantes) no sería acorde con un resultado competitivo.
- (344) Por el contrario, en mercados y servicios en expansión tales como el acceso a Internet de banda ancha, podrían surgir algunas distorsiones contables con el método periodo a periodo. Por ejemplo, las inversiones se capitalizan de forma que su recuperación pueda repartirse a lo largo de un periodo de tiempo, utilizando las normas contables habituales, normalmente la amortización lineal. No obstante, aunque la utilización de la capacidad de los activos físicos es escasa en los primeros años de vida del producto, la amortización lineal implica una recuperación igual de la inversión inicial en cada año de la vida especificada y que el coste de capital empleado sea mayor en los años iniciales que en años posteriores, ya que el capital empleado disminuye con el tiempo según se van amortizando los activos. En ocasiones, podría haber razones por las que sería conveniente aplazar un importe mayor o menor de la recuperación de costes a más tarde de lo que permite la utilización de la amortización lineal.
- (345) A este respecto, la situación en el presente caso es distinta que en *Wanadoo* en muchos aspectos; en *Wanadoo*, la empresa dominante era un proveedor de servicios («WIN») que no tenía que incurrir en gastos de red. Por tanto, en ese caso, no había riesgo de distorsión contable al evaluar los costes de red que eran costes mayoristas variables³²⁰. En el presente asunto, la estructura de costes de un competidor igualmente eficiente que utilice la oferta mayorista nacional de Telefónica sería muy similar a la de WIN pero no sería así en el caso de un competidor igualmente eficiente que utilizara la oferta mayorista regional de Telefónica y, por consiguiente, hubiera invertido en su backbone, lo que supone costes fijos notables.
- (346) Una ventaja del enfoque FCD en el análisis de estrechamiento de márgenes en relación con la oferta mayorista regional de Telefónica es que evita la distorsión contable que pudiera surgir debido a la amortización lineal en un mercado en expansión al agregar los ingresos y costes de Telefónica a lo largo de un periodo razonablemente largo. Sin embargo, esto no es una razón para permitir un análisis de estrechamiento de márgenes que incorporaría la recompensa de un comportamiento contrario a la competencia. El uso del método FCD sólo sería apropiado en el presente caso para evitar una situación en la que el método «periodo a periodo» indicara un estrechamiento de márgenes debido a distorsiones contables achacables al hecho de que el mercado está creciendo.

³²⁰ Véase *Wanadoo*; considerandos 45, 48 y 56.

- (347) A este respecto, el plan de negocio de Telefónica y su contabilidad de costes ofrecen la propia evaluación de la compañía en cuanto a si sus pérdidas descendentes pueden explicarse por la falta de madurez del mercado español de banda ancha. De hecho, i) Telefónica esperaba alcanzar rápidamente la rentabilidad en el conjunto de su actividad³²¹ en su plan de negocio inicial (EBITDA break-even y EBIT break-even en 2002³²²); ii) la empresa es efectivamente rentable en el conjunto de su actividad pero registraría pérdidas si tuviera que pagar las tarifas mayoristas que impone a sus competidores; y iii) la empresa calculó en su plan de negocio que el volumen break-even del conjunto de sus actividades se situaba en un millón de usuarios finales de ADSL³²³, cifra que se alcanzó en febrero de 2003³²⁴. El simple hecho de que Telefónica esperara lograr rápidamente rentabilidad en el conjunto de sus actividades y de que sea efectivamente rentable en el conjunto de sus actividades aunque su actividad descendente todavía tenía pérdidas en el 2006 – constituye un claro indicio de que las pérdidas descendentes de Telefónica no pueden caracterizarse como inevitables ni pueden explicarse por la falta de madurez del mercado español de banda ancha³²⁵.
- (348) Con respecto al argumento de Telefónica según el cual muchos de los competidores de Telefónica en el mercado de banda ancha español son filiales de poderosas empresas europeas que pueden soportar las mismas pérdidas que Telefónica, cabe señalar que, según el Tribunal de Justicia, el tamaño, el potencial económico y el grado de diversificación de los competidores a nivel mundial no necesariamente privan a la empresa dominante de su posición privilegiada en el mercado geográfico de referencia³²⁶. Así pues, la situación de las empresas afectadas por la conducta de Telefónica debe analizarse teniendo en cuenta las circunstancias del presente asunto. El supuesto poder de algunos de los competidores de Telefónica (concretamente, France Télécom y Deutsche Telekom) carece de importancia: pueden tener un respaldo económico, pero ninguno de ellos disfruta de una posición prominente en el mercado español de banda ancha ni tiene una posición en el mercado geográfico de referencia comparable a la de Telefónica. En efecto, independientemente de la disposición de los grupos en cuestión a soportar las pérdidas registradas en el mercado español de banda ancha, ni France Télécom ni Deutsche Telekom, al contrario de Telefónica, pueden cubrir las pérdidas en el mercado minorista con los beneficios obtenidos en los mercados ascendentes³²⁷.

³²¹ Es decir, agregando costes e ingresos en toda la cadena de valor de banda ancha, permitiendo así subvencionar las pérdidas en sentido descendente con los beneficios ascendentes.

³²² Véase anexo 10iii de la carta de Telefónica de 21.07.06: Telefónica of 21.07.06: *Análisis de las variables económicas críticas del ADSL, Documento de trabajo, Resumen documento base*, slide 35 (p. TFCA-4480 del expediente).

³²³ Véase anexo 11ii de la carta de Telefónica de 21.07.06: *La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas*, página 46 (página TFCA-4549 del expediente).

³²⁴ Véase *ADSL scorecard* en la carta de Telefónica de 31.08.06 (página TFCA -9771 del expediente).

³²⁵ Como se establece en la nota al pie de página 301, el hecho de que, en el presente caso, el volumen que representaba el volumen break-even para Telefónica se alcanzó en febrero del 2003 no justifica las pérdidas descendentes de la compañía antes de dicha fecha.

³²⁶ Asunto 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Comisión*, Rec. 1983, p. 3461, Considerando 59.

³²⁷ Véase el asunto T-340/03, *France Télécom/Comisión*, Considerando 114. El TPI desestimó la denuncia de Wanadoo de que los grupos competidores en Francia disponían de una amplia red

- (349) En conclusión, la Comisión llevará a cabo el análisis de estrechamiento de márgenes con los dos enfoques periodo a periodo y FCD con el fin de evitar que el resultado de un estrechamiento de márgenes sea debido a distorsiones contables resultantes de la falta de madurez del mercado español de banda ancha y por tanto asegurar que incluso el método propuesto por Telefónica no descarta el hallazgo de un estrechamiento de márgenes. El uso del método FCD no debería incorporar las recompensas de un comportamiento anticompetitivo ni permitir a la empresa integrada verticalmente imponer a sus competidores descendentes pérdidas en las que no incurre ella misma (en el conjunto de sus actividades de banda ancha). Esto se analizará con más detenimiento en la siguiente Sección.

3.1 Aplicación del método FCD en el presente caso

- (350) El resto de esta Sección aborda una serie de cuestiones sobre la aplicación concreta del método FCD en el caso que nos ocupa.

3.1.1 Período de referencia para un análisis del estrechamiento de márgenes con el método FCD

- (351) Como se ha explicado anteriormente, la aplicación del método FCD en el presente caso tiene en cuenta las pérdidas iniciales a corto plazo que pueden resultar de las características del mercado en cuestión (industria de red, crecimiento de la demanda, efecto de red, curva de aprendizaje, etc.), pero contempla su recuperación durante un periodo razonable (es decir, no debe tenerse en cuenta si hipotéticos beneficios futuros generados tras ese periodo recuperarían dichas pérdidas). Por consiguiente, se plantea la cuestión de cuál es el periodo apropiado de recuperación a los efectos de la aplicación del método FCD en el presente caso.
- (352) Hay varios planteamientos posibles a la hora de elegir el plazo de referencia para analizar un modelo empresarial y, por consiguiente, para calcular el FCD. Por ejemplo, sería posible considerar la rentabilidad de las inversiones actuales utilizando la vida económica de los activos correspondientes. Alternativamente se podría adoptar un planteamiento a muy largo plazo que considerara la rentabilidad durante toda la vida de la actividad empresarial o por lo menos durante varios ciclos de inversión. Esto se suele hacer elaborando un conjunto de previsiones de flujo de caja durante un periodo amplio y asumiendo un valor de perpetuidad de la actividad empresarial al final del periodo previsto, generalmente tomando como base un nivel constante de beneficios. Este enfoque se utiliza a menudo para valorar empresas que van a venderse o comprarse.

de distribución. A este respecto, el TPI destacó que, en el territorio francés, las redes de distribución de los grupos competidores distaban mucho de alcanzar el tamaño de la de France Télécom.

- (353) Sin embargo, la finalidad del análisis en el contexto de un análisis de estrechamiento de márgenes es bastante diferente de la valoración de la empresa, puesto que lo que se debe evaluar es si un comportamiento determinado durante un determinado periodo de tiempo tiende a excluir a los competidores del mercado descendente. Cuanto mayor sea el periodo considerado, mayores son los riesgos i) de error de pronóstico y ii) de incorporar las recompensas del comportamiento anticompetitivo.
- (354) Por lo tanto, el planteamiento más razonable es limitar el periodo de análisis teniendo en cuenta la vida económica de los activos empleados por la empresa en cuestión. Esto garantizaría que todos los beneficios económicos previstos resultantes del uso de esos activos se tendrían en cuenta al evaluar su rentabilidad.
- (355) En el PC, la Comisión llevó a cabo un análisis FCD que agregaba los ingresos y los costes de Telefónica durante el periodo 2001-2005³²⁸. En su Contestación³²⁹, Telefónica no rebatió la utilización de ese periodo y presentó algunos cálculos FCD correspondientes al mismo periodo que sugerían que no había ningún estrechamiento de márgenes.
- (356) Posteriormente, Telefónica facilitó las copias de su plan de negocio inicial³³⁰, que muestra que en el conjunto de su actividad (es decir, agregando los costes e ingresos a toda la cadena de valor de la banda ancha, lo que permitía subvencionar las pérdidas en sentido descendente con los beneficios ascendentes), esperaba un EBITDA break-even en 2002, un EBIT break-even en 2002 y un VAN positivo (sin incluir ningún valor terminal) durante septiembre 2001 - diciembre 2006 (es decir, en el plazo de cinco años y cuatro meses).
- (357) Este periodo de cinco años coincide con la vida media de los activos de la red de TESAU (según lo indicado por la propia empresa en su plan de negocio inicial³³¹) que son necesarios para ofrecer servicios minoristas de ADSL mediante GigADSL. Es también mayor que la vida media utilizada para la amortización de los costes de captación de abonados de TESAU. El periodo de cinco años también coincide con el periodo de vida media de los activos de operadores de red alternativos (France Télécom³³² y Auna³³³).

³²⁸ Véase el Considerando 442 del PC.

³²⁹ Véanse las páginas 337-339 de la Contestación.

³³⁰ *Análisis de las variables económicas críticas del ADSL, Documento de trabajo, Resumen documento base*, página 35 y *La oportunidad de la Banca Ancha en las operadoras fijas*, página 46.

³³¹ En su plan de negocio inicial, TESAU amortizaba sus activos relativos a su red IP en cinco años. Véase la carta de TESAU de 26.4.2004 (página TFCA -675 del expediente):

«CAPEX [...] Se preveía la utilización por 100.000 usuarios de dicho elemento, red IP, amortizándose dicho elemento de manera lineal en cinco años y con un coste de capital del 9.5%.».

Éste es también el periodo utilizado por Telefónica en los planes de negocio de sus ofertas minoristas ADSL Tiempo Libre (véase carta de TESAU de 18.07.05 p. TFCA-3257 a TFCA-3261 del expediente), ADSL a tu medida (véase carta de TESAU de 17.03.05 p. TFCA-1092 del expediente) y ADSL MINI (véase carta de TESAU de 28.04.05 p. TFCA-2290 y TFCA-2291 del expediente).

³³² Carta de Uni2 de 25.04.05 (página ISP-410 del expediente).

- (358) El periodo de cinco años también es coherente con el plazo utilizado en el análisis de estrechamiento de márgenes³³⁴ llevada a cabo por OFCOM (ANR y ANC del sector de las telecomunicaciones en el Reino Unido) entre el producto mayorista regional de BT ('*ATM interconnection*') y el producto mayorista nacional de BT ('*IPStream*')³³⁵. OFCOM realizó una consulta sobre su análisis de estrechamiento de márgenes y los principales PSI alternativos del Reino Unido concordaban con ella en que cinco años era el plazo de referencia adecuado para la realización de ese análisis de estrechamiento de márgenes. Telefónica UK no apoyó esta tesis; sostuvo que el periodo debía ser menor de cinco años³³⁶.
- (359) Por lo tanto, en la presente Decisión, el periodo de referencia para el análisis FCD es septiembre 2001- diciembre 2006 (5 años y 4 meses). Este periodo, ligeramente más largo que 5 años³³⁷, es más favorable a Telefónica porque su margen descendente ha ido aumentando en el tiempo.

3.1.2 Valor terminal

- (360) En un análisis FCD, se calcula el valor terminal para reflejar el hecho de que hay activos clave que continuarán utilizándose una vez finalizado el periodo utilizado en el modelo. Este valor terminal se trata como flujo de caja positivo en el último año del periodo. Pretende reflejar el valor de los flujos de caja de la empresa con posterioridad al periodo del modelo. La inclusión de un valor terminal puede ser necesaria dado que algunos costes no recurrentes no se recuperan completamente durante el periodo en cuestión. Si la Comisión tuviera que realizar el análisis FCD sin incluir un valor terminal, esto significaría que los costes relativos a las inversiones contraídas durante el último año del periodo del modelo (costes de adquisición, inversiones en activos de red) deberían recuperarse, como mucho, mediante los ingresos de un año de suscripciones.
- (361) La cuestión del valor terminal apropiado que deba incluirse en el cálculo FCD, está relacionada con el periodo apropiado de este último. Los dos intentan trazar una línea en el tiempo, pasada la cual la recuperación de las pérdidas ya no se tiene en cuenta en el análisis FCD.

³³³ Carta de Auna de 08.04.05 (véase página ISP-340 del expediente).

³³⁴ OFCOM, *Direction Setting the Margin between IPStream and ATM interconnection prices*, 26.8.2004. La prueba a priori de estrechamiento de márgenes efectuada por OFCOM entre la *interconexión ATM e IPStream* forma parte de las obligaciones impuestas por el regulador británico a BT para resolver el gran poder de mercado de BT en el 'mercado mayorista del acceso de banda ancha'.

Véase http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/adsl_price/statement/statement.pdf

³³⁵ Op. cit., véanse los Considerandos 2.177 y 2.178.

³³⁶ Op. cit., véase el Considerando 2.179.

³³⁷ En aras de la simplificación, este periodo se considerará como un periodo de cinco años en el resto de la decisión.

- (362) Los cálculos de Telefónica en su plan de negocio inicial no incluyen un valor terminal³³⁸ para ningún activo al final del periodo de cálculo (es decir, el punto de truncamiento del análisis FCD), lo que reconoció la propia compañía en su respuesta a la carta factual³³⁹. Esto significa que Telefónica esperaba ser rentable durante el periodo 2001-2006, a pesar de que el VAN incluía algunos gastos no recurrentes (activos de red, costes de captación de clientes) que no se recuperaron completamente y que produjeron ingresos después del periodo del modelo, 2001-2006.
- (363) No obstante, en la presente Decisión la Comisión ha adoptado un planteamiento más favorable que el seguido por Telefónica en su plan de negocio inicial incluyendo un valor terminal que refleja la vida económica residual de los activos físicos y de los clientes adquiridos. Este valor terminal representa el coste de los activos no recuperados (activos físicos y costes de adquisición) que quedan por recuperar después del periodo de cinco años del análisis³⁴⁰. Contrariamente a los métodos de cálculo utilizados típicamente para derivar los valores terminales en los ejercicios de valoración en el contexto de fusiones y adquisiciones (véase más adelante el método alternativo propuesto por Telefónica), que asumiría un crecimiento de la actividad empresarial sin límite temporal, el valor terminal se ha calculado asignando los costes entre dos periodos: los cinco años anteriores al punto de truncamiento (finales de 2006) y los años subsiguientes:

$$VAN = \sum_{t=2001}^{2006} \frac{\text{Ingresos}_t - \text{CAPEX}_t - \text{OPEX}_t}{(1 + \text{WACC})^{t-2001}} + \frac{\text{Valor Terminal}_{2006}}{(1 + \text{WACC})^5}$$

- (364) En su Contestación³⁴¹, Telefónica cuestionó este método. Según Telefónica, la Comisión asume que la base de clientes acumulados en el último año del periodo del modelo (último año del cálculo FCD) no genera ningún beneficio de explotación superior a lo necesario para recuperar los costes no amortizados de captación de abonados y de inversión de capital, y que los futuros abonados no generan ningún beneficio de explotación en absoluto.
- (365) Telefónica considera que este enfoque carece de precedentes³⁴² y es inapropiado ya que i) la hipótesis de que los operadores que han venido operando en el mercado durante cinco años, no podrían esperar beneficio alguno de sus futuros clientes es completamente irrealista, e ii) ignora el hecho de que estas empresas han debido estar construyendo activos valiosos (marca, conocimientos técnicos, competencia, relaciones comerciales, activos físicos) y que podrían esperar obtener en algún momento la recompensa por ello.

³³⁸ Véase anexo 11ii de la carta de Telefónica de 21.07.06: *La oportunidad de la Banca Ancha en las operadoras fijas*, página 46 (p. TFCA-4549 del expediente).

³³⁹ Véase Sección 5.1.2 de la respuesta a la carta factual.

³⁴⁰ Detalles sobre como se ha calculado el valor terminal pueden encontrarse en el Anexo III.

³⁴¹ Véase la Contestación de Telefónica, páginas 105-106 y 333-336.

³⁴² Véase la Contestación de Telefónica, páginas 105-106 y 333-336.

(366) Según Telefónica, el análisis FCD debería incluir todos los beneficios futuros. Esto significa que el valor terminal propuesto por Telefónica debería ser la suma de los beneficios futuros hipotéticos generados después del periodo del modelo; es decir, desde el 2007 en adelante. Telefónica sostiene que el método más fiable para calcular ese valor terminal, sería utilizar el valor al que se hubiera comprado la actividad descendente de Telefónica al final del periodo del modelo. Uno de los métodos que pueden utilizarse para la evaluación de una empresa en el contexto de fusiones y adquisiciones, consiste efectivamente en calcular el valor de la empresa en adquisición como múltiplo de un ratio financiero pertinente que caracterizaría a dicha empresa. El múltiplo se calcularía sobre la base del valor ya disponible de empresas comparables. Telefónica ha aplicado este planteamiento sobre la base del ratio entre el valor de transacción y las ventas anuales de la empresa adquirida a partir de una muestra de transacciones comparables a mediados de 2005, llegando a la conclusión de que, por término medio, los compradores consideraban que el valor a largo plazo de un operador de telecomunicaciones era dos veces el nivel de sus ventas anuales.

Cuadro 15 – El método de múltiplos propuesto por Telefónica en su Contestación³⁴³

Adquirente	Adquirida	Actividad de la adquirida	Valor de transacción (millones de EUR)	Ventas de firma adquirida 2004 (millones de EUR)	Ratio valor/ventas
Tele2	Comunitel	Operador de red alt.	257	174	1,48
Ya.com	Albura	Operador de red alt.	61,5	45,7	1,35
France Télécom	Amena	Operador móvil	10 600	2 900	3,66
ONO	Auna Cable	Operador de cable	2 250	836,8	2,69
Tele2	Versatel	PSI alternativo	1 130	601	1,88
TeliaSonera	Chess/Sense		226	125	1,81
Eircom	Meteor	Operador móvil	420	145	2,90
KPN	Telfort	Operador de tel. fija	980	508	1,93
Neuf	Cegetel	PSI alternativo	3 000	2 500	1,20
Telefónica	O2	Operador móvil	25 665	9 358	2,74
CPW	Onetel		132	218	0,61
MEDIA					2,02

³⁴³ Véanse las páginas 335-336 de la Contestación.

- (367) Las alegaciones de Telefónica no son correctas: el método de la Comisión para el cálculo del valor terminal no carece de precedentes: ha sido utilizado, por ejemplo por OFCOM, en el sector de banda ancha británico³⁴⁴, mientras que el método de Telefónica nunca se ha utilizado en el contexto de la evaluación de la existencia de un estrechamiento de márgenes. El método de la Comisión también lo ha utilizado Telefónica en muchos planes de negocio: o Telefónica no incluía valor terminal alguno en su cálculo FCD³⁴⁵ o, cuando lo hacía, solamente incluía las inversiones no amortizadas, tal como lo hace la Comisión en la presente Decisión³⁴⁶, lo que reconoció la propia compañía en su respuesta a la carta factual³⁴⁷.
- (368) Por el contrario, en el presente procedimiento, Telefónica propone un enfoque alternativo que permite la compensación de las pérdidas contraídas durante el periodo del modelo con todos los beneficios futuros, incluidos los generados después del periodo del modelo.
- (369) La finalidad de un análisis FCD en el contexto de un análisis de estrechamiento de márgenes es algo diferente de la valoración de una empresa, puesto que se debe examinar si una determinada política de precios de una empresa dominante en un periodo específico de tiempo es contraria al artículo 82 del Tratado. No es razonable ni está justificado en el contexto de un análisis de estrechamiento de márgenes extender el análisis FCD más allá de un plazo razonable. Como ya se ha establecido en la Sección 3.1.1, teniendo en cuenta las circunstancias del presente asunto, no es razonable un periodo de cálculo FCD superior a seis años. Dado el continuo dominio del mercado por parte de Telefónica y su capacidad de subvencionar sus pérdidas descendentes con los beneficios ascendentes (según lo refleja el hecho de que ha sido rentable en el conjunto de su actividad, a diferencia de sus competidores), el uso de un valor terminal que incorpore todos los beneficios sin límite temporal, es inapropiado y no se justifica en un análisis de estrechamiento de márgenes, ya que i) la vida media de los activos de Telefónica es de cinco años; ii) la propia Telefónica no incluyó beneficios sin límite temporal al calcular el VAN en su plan de negocio inicial, y iii) en un mercado competitivo, un nuevo operador no confiaría en tales beneficios (que son, en el mejor caso, tardíos, y en el peor hipotéticos) para subvencionar las pérdidas contraídas durante el periodo del modelo (es decir, más de cinco años).

³⁴⁴ Véase OFCOM, dirección que establece el margen entre los precios de IPStream y de la interconexión ATM, 26.8.2004.

³⁴⁵ Véase la nota a pie de página 338.

³⁴⁶ Véanse los planes de negocio de:

- GigADSL: véase anexo 15 de la carta de Telefónica de 27.9.2006 (página – TFCA 13117 del expediente).
- La oferta minorista ADSL a tu medida: Véase la carta de TESAU de 7.1.2005, páginas TFCA -786 (detalle del cálculo) y TFCA -769 del expediente: «*Dado que el plan de negocio es a 2007, se obtiene un valor residual de inversión de 302 millones de EUR ajustado a la realidad, respecto de unos activos que no estarían obsoletos y que van a ser utilizables para otros servicios de Banda Ancha durante su vida útil*».
- Oferta minorista ADSL Tiempo Libre: Véase la carta de TESAU de 18.7.2005 (página TFCA -3259 del expediente).

³⁴⁷ Véase Sección 5.1.2 de la respuesta a la carta factual.

- (370) No es correcto afirmar que el planteamiento de la Comisión significa que se asuma un beneficio cero después del periodo de cinco años. Esto significa que los beneficios generados por los clientes pasado dicho periodo no pueden utilizarse para subvencionar las pérdidas registradas durante el mismo. En el presente caso no es importante determinar si las pérdidas de Telefónica durante el periodo 2001-2006 podían ser recuperadas con los hipotéticos beneficios futuros de 2007 en adelante. El método FCD adoptado por la Comisión ya reconoce de entrada que puede haber pérdidas descendentes en la fase inicial de un mercado en crecimiento (efectos de aprendizaje, economías de escala), pero es necesario que la línea de negocio descendente de la empresa dominante sea rentable durante un periodo que corresponde a la vida de sus activos. En caso contrario, es decir, si se produce un VAN negativo, es probable que la política de fijación de precios de Telefónica en los mercados españoles de banda ancha tenga un efecto negativo sobre la competencia.
- (371) Incluso aunque fuese apropiado – que no lo es – permitir la compensación de las pérdidas incurridas durante el periodo del modelo por todos los beneficios futuros hipotéticos, incluyendo, aquellos que se generasen después del periodo del modelo, el cálculo de Telefónica contiene fallos considerables que llevan a sobrestimar el valor terminal.
- (372) En primer lugar, el valor terminal calculado por Telefónica no está basado en una estimación hipotética del nivel de rentabilidad futura de la línea de negocio descendente de la compañía. Por el contrario, en este caso se puede establecer que los futuros beneficios esperados (si los hubiera) durante 2007-2011, generados por los abonados captados por Telefónica antes de 2006, no son mayores que el valor terminal calculado por la Comisión en la presente Decisión³⁴⁸. Esto significa que el valor terminal calculado por la Comisión ya es muy favorable para la compañía.
- (373) En segundo lugar, el cálculo de Telefónica incorpora varios defectos importantes que llevan a un valor terminal sobrestimado. El método propuesto por Telefónica comienza con dos selecciones decisivas: la primera es la selección del múltiplo en cuestión, y la segunda, la de las empresas que son similares a la empresa valorada (las «empresas comparables»). El múltiplo se calcula para cada una de las empresas comparables y el promedio se computa y se utiliza para la valoración del negocio descendente de Telefónica. Se pueden utilizar diversos múltiplos, que van desde múltiplos de los beneficios (la empresa es valorada como múltiplo de los beneficios generados, como el beneficio de explotación o el EBITDA), pasando por los múltiplos del valor contable (la empresa es valorada como múltiplo del valor contable de sus activos), hasta los múltiplos de los ingresos (la empresa es valorada como múltiplo de los ingresos generados).

³⁴⁸

Véase nota 602.

- (374) La selección efectuada en su Contestación por Telefónica a efectos de la valoración de su negocio descendente es discutible. En primer lugar, los modelos de negocio de empresas que operan en el mismo sector pueden ser muy diferentes; algunas de ellas pueden ser i) antiguos monopolios integrados verticalmente y con una pujante posición en todos los mercados del sector de las telecomunicaciones en sus respectivos países, ii) operadores de redes móviles integrados verticalmente que operan en mercados oligopolísticos cuya característica principal es el limitado número de competidores (debido al limitado número de licencias), iii) PSI alternativos que operan como meros revendedores (aunque en algunos casos con cierto valor añadido) de un servicio mayorista. El análisis debería efectuarse utilizando empresas que compartan características similares con la empresa a adquirir, evitando el riesgo de que empresas con características muy distintas lleven a múltiplos muy distintos. Las empresas que presenta Telefónica como comparables tienen, de hecho, modelos de negocio muy diferentes que pueden conducir a múltiplos diferentes: i) los operadores móviles (p.ej., O2, Amena, Meteor) con múltiplos que oscilan entre 2,74 y 3,66, ii) un operador de cable fijo integrado verticalmente (Ono) con un múltiplo de 2,69, iii) operadores de red alternativos no verticalmente integrados (Comunitel, Tele2, Neuf, Cegetel), con múltiplos que oscilan entre 1,2 y 1,88, y iv) operadores de red alternativos no verticalmente integrados que no operan en el mercado minorista (Albura), con un múltiplo de 1,35. Por tanto, los datos facilitados por la propia Telefónica muestran precisamente que el múltiplo es mayor en el caso de los operadores de redes móviles y de los operadores de cable integrados verticalmente que en el caso de los operadores alternativos en el mercado descendente que operan en el mercado minorista de banda ancha.
- (375) Además, es preciso señalar que en el contexto de las recientes fusiones en las que ha participado el grupo Telefónica (Telefónica/Telefónica Móviles³⁴⁹, Telefónica/O2³⁵⁰, Telefónica/Terra Networks³⁵¹, Telefónica/Bellsouth³⁵²), las empresas comparables seleccionadas por los bancos de inversiones que prestaron servicios de asesoramiento financiero a Telefónica eran empresas con un modelo de negocio similar al de la empresa a adquirir (y no cualquier operador de telecomunicaciones). Las empresas comparables eran operadores tradicionales extranjeros (valoración de Telefónica), PSI (valoración de Terra Networks) u operadores de redes móviles (valoración de Telefónica Móviles, O2 y BellSouth).

³⁴⁹ Informe de experto independiente en relación con el proyecto de fusión por absorción de Telefónica Móviles, S.A. por Telefónica, S.A.

³⁵⁰ Véase la oferta en efectivo recomendada por Goldman Sachs International y Citigroup Global Markets Limited en nombre de Telefónica, S.A. para adquirir todas las acciones emitidas y que iban a emitirse de O2 plc que no eran aún propiedad de Telefónica, S.A.

³⁵¹ Informe de experto independiente en relación con el proyecto de fusión por absorción de Terra Networks, A.S. por Telefónica, S.A. – KPMG Auditores S.L.

³⁵² Telefónica Móviles, *consolidation of leadership in Latin America* (Consolidación del liderazgo en América Latina), 8.3.2004.

- (376) En el contexto de la presente Decisión, en la que se determina si un competidor de la unidad de negocio descendente de ADSL de Telefónica, tan eficiente como ésta, puede competir con eficiencia en el mercado minorista de banda ancha sobre la base de la tarifa mayorista aplicada por el operador incumbente, si el método propuesto por Telefónica, que consiste en incluir los beneficios generados más allá del periodo de referencia del modelo de FCD, fuera adecuado — que no lo es —, los operadores de redes móviles y los operadores de cable, que muestran características muy diferentes de las de los competidores descendentes de Telefónica, deberían quedar excluidos del análisis de los múltiplos, lo que llevaría a una estimación de la media de los múltiplos de ingresos de 1,3.
- (377) Además, la selección de un múltiplo de ingresos para la valoración del negocio descendente de Telefónica es discutible. Dos empresas que generan los mismos ingresos pero presentan niveles de rentabilidad distintos no tienen el mismo valor. Tómese el ejemplo de una empresa integrada verticalmente y un competidor descendente que generan los mismos ingresos en el mercado descendente. El método de Telefónica arrojaría el mismo resultado para ambas empresas, mientras que la empresa integrada verticalmente tiene algunos activos valiosos (infraestructura de red) que deberían tomarse en consideración en la valoración, lo que no hace Telefónica. Estos activos corresponderían a gastos de explotación en forma de tarifas mayoristas en las cuentas de los competidores descendentes. En este contexto, probablemente habría sido más adecuado un indicador que fuera proporcional al valor añadido de la empresa (de tal manera que la empresa integrada verticalmente obtuviera un valor mayor que un simple revendedor de un producto mayorista) y estuviera ligado a la rentabilidad. Por ejemplo, la mayoría de las empresas adquiridas recientemente por la propia Telefónica (Terra³⁵³, O2³⁵⁴) fueron valoradas a partir de un múltiplo del EBIDTA.

3.1.3 *Análisis retrospectivo frente a análisis prospectivo*

- (378) Al evaluar la rentabilidad de la actividad descendente de Telefónica con el método FCD, hay dos enfoques posibles: un análisis retrospectivo y un análisis prospectivo. El planteamiento retrospectivo consistiría en calcular el VAN sobre la base de los costes históricos de Telefónica, mientras que un análisis prospectivo se basaría en las previsiones realizadas por Telefónica en su plan de negocio inicial.

³⁵³ Informe de experto independiente en relación con el proyecto de fusión por absorción de Terra Networks, A.S. por Telefónica, S.A. – KPMG Auditores S.L. Con objeto de prestar servicios de asesoramiento financiero en relación con la fusión de Telefónica/Terra, Telefónica contrató a Morgan Stanley&Co. que valoró Telefónica S.A. y Terra Network S.A. como múltiplo del EBIDTA de las empresas en cuestión. Lehman Brothers aplicó el múltiplo medio de los valores del EBITDA de las empresas comparables.

³⁵⁴ Véase la oferta en efectivo recomendada por Goldman Sachs International y Citigroup Global Markets Limited en nombre de Telefónica, S.A. para adquirir todas las acciones emitidas y que iban a emitirse de O2 plc que no eran aún propiedad de Telefónica, S.A. «En parte por lo que se establece anteriormente, Telefónica cree que el múltiplo del Valor de la empresa/EBITDA esta en línea con los múltiplos de recientes adquisiciones como la adquisición de Amena por France Télécom (6.8x 2005E EBITDA y 1.0x 2005E EBITDA/05-08E CAGR ajustado en base a sinergias y el 'tax shield value') y Wind por rWeather Investments (7.5x 2005E EBITDA y 1.1x 2005E EBITDA/05-08E CAGR).» (página 15).

- (379) En el PC, la Comisión utilizó los ingresos de Telefónica y los costes históricos cuando se disponía de ellos, y las previsiones de la empresa cuando no había datos históricos disponibles³⁵⁵.
- (380) Telefónica sostuvo en su Contestación³⁵⁶ que este análisis está viciado porque asume implícitamente que Telefónica realizó unas predicciones exactas en 2001 al elegir el nivel de sus precios. Telefónica considera que la Comisión debe utilizar la estimación de flujos de caja contenida en su plan de negocio de octubre de 2001, es decir, basados en la información disponible para Telefónica cuando se introdujo en el mercado minorista en 2001 y fijó sus precios.
- (381) No hay ninguna jurisprudencia sobre precios no equitativos con arreglo al artículo 82 del Tratado en que la existencia de un abuso se haya analizado sobre la base de las previsiones de la misma empresa cuya conducta se está investigando. De conformidad con la jurisprudencia y la práctica de la Comisión, también en el presente caso la Comisión ha también basado su cálculo FCD en los costes e ingresos históricos de Telefónica en el periodo 2001-2006.
- (382) Sin embargo, cabría plantearse si la política de fijación de precios de Telefónica podría justificarse objetivamente si su plan de negocio inicial indicara un VAN positivo con unas previsiones razonables que fueran compatibles con un entorno competitivo. Por lo tanto, y exclusivamente con el fin de evaluar si los cálculos prospectivos del VAN realizados por Telefónica indican que su estrategia de precios podría estar objetivamente justificada, la Comisión ha tenido en cuenta dichos cálculos. Según lo establecido más adelante (véase Sección VI.D.2.2), la política de fijación de precios de Telefónica no podía justificarse sobre la base del cálculo prospectivo del VAN.

3.1.4 El coste del capital

- (383) En el método FCD, los flujos de caja futuros se descuentan sobre la base del coste de capital de la empresa de manera que se atribuye un valor menor a flujos de caja posteriores en comparación con aquellos que se obtienen inmediatamente. El coste de capital es un cálculo del precio que la empresa debe pagar por ampliar su capital (a través de deuda o acciones). Refleja el rendimiento que requieren los inversores para invertir en las actividades de la empresa en cuestión y no en otras operaciones.
- (384) Se aplicó un coste medio ponderado del capital («WACC») de 15,72 % que también utiliza la CMT³⁵⁷ para el cálculo de los precios mayoristas de TESAU. Éste es también el WACC utilizado por Telefónica en su Contestación³⁵⁸.

³⁵⁵ Véase el PC, Sección 3.5.2.2.

³⁵⁶ Véase la Contestación de Telefónica, páginas 106-107.

³⁵⁷ Véase el modelo de costes de ELMCO (véase nota a pie de página 516) en páginas CMT -250 y CMT -251 del expediente: «7.1 Hipótesis de partida para los cálculos [del coste de ADSL-IP] [...] para el cálculo de los costes de los servicios bitstream en el PAI IP se han considerado las siguientes hipótesis generales: [...] Un periodo de amortización de 5 años para el conjunto de elementos considerados y un WACC del 15.72%».

³⁵⁸ Véase la Contestación, página 336.

(385) Sin embargo, en su respuesta a la carta factual³⁵⁹, Telefónica posteriormente impugnó el uso de este WACC, alegando que el valor utilizado por la Comisión es excesivo y que nunca ha sido aprobado ni utilizado por la CMT. La alegación de Telefónica no es correcta: el WACC utilizado por la Comisión en la presente Decisión no sólo fue propuesto por la propia TESAU (de hecho, TESAU propuso un WACC aun mayor) a raíz de sus alegaciones³⁶⁰ de que los riesgos asociados a sus costes financieros en su negocio ADSL son mayores que en sus restantes actividades, sino que este WACC fue también aprobado por la CMT y utilizado por esta última³⁵⁷ para la reglamentación de las actividades de banda ancha de TESAU.

4 El insumo descendente para analizar la replicabilidad de los productos descendentes de Telefónica.

(386) Telefónica ofrece una amplia gama de productos de banda ancha minorista con una correlativa amplia gama de precios, lo que plantea un interrogante sobre el nivel de agregación al que debe aplicarse el análisis de estrechamiento de márgenes: al mayor nivel de detalle (es decir, de cada oferta individual) o al nivel de la cartera agregada (es decir, del conjunto de servicios comercializados en el mercado minorista).

(387) Algunas veces puede ser conveniente aplicar dicho método al nivel de cada oferta individual. Así sería en caso de una nueva oferta que diera lugar a un estrechamiento de márgenes, financiada en ese momento mediante otras ofertas rentables pero cuyos volúmenes podrían aumentar sustancialmente en el futuro, dando lugar posteriormente a un margen negativo general en el futuro³⁶¹.

³⁵⁹ Véase Sección 5.1.3 de la respuesta a la carta factual.

³⁶⁰ Alegaciones de TESAU en el contexto de la OBA 2002:

“Telefónica alega que no se valora suficientemente el riesgo empresarial de creación de una nueva red y que la remuneración de la inversión (tasa de coste de capital asociada) debería ser superior a la del negocio tradicional” (véase la página CMT-1651 del expediente).

“Según TESAU, el WACC debería ser del 16.74% en lugar del 12.74%, es decir, cuatro puntos porcentuales superior, con lo que permitiría a TESAU recuperar los costes financieros derivados del mayor riesgo de este negocio” (véase la página CMT-1727 del expediente).

Alegaciones de TESAU en el contexto de la OBA 2004:

“En cuanto al WACC que se debería utilizar, Telefónica de España difiere del planteamiento adoptado por Arcome, entendiendo que este servicio tiene peculiaridades, como son la innovación, la incorporación de redes diferentes de la RTB, que permite desligarlo de los razonamientos que avalan el 12.74% para el resto del negocio. De esta forma se sugiere que la cifra utilizada alcance un nivel superior de al menos cuatro puntos porcentuales, de tal forma que la cifra empleada en los diferentes cálculos ha sido el 16.74%.” (véase la página CMT-1275 del expediente).

³⁶¹ Tomemos como ejemplo el caso de un operador que comercialice actualmente una oferta al por menor a 1 000 000 abonados con un margen unitario de 0,5 EUR/usuario final/mes y que lance un nuevo producto al por menor con un margen unitario de -2 EUR/usuario final/mes. Si partimos de la hipótesis de que la oferta ya establecida genera 100 000 nuevos abonados y la nueva oferta arroja un resultado de 400 000 nuevos clientes, el margen unitario mensual total será:
 $(0,5 * 1\ 000\ 000 - 2 * 400\ 000) / 1\ 500\ 000 = -0,17$ EUR /usuario final/mes.

- (388) En el presente asunto, el estrechamiento de márgenes se determina aplicando el planteamiento agregado, es decir basándose en el conjunto de servicios comercializados por Telefónica en el mercado minorista de referencia. Este planteamiento (denominado «planteamiento agregado») se basa en el principio de que los competidores deben por lo menos poder replicar de forma rentable el modelo de productos de Telefónica. Éste es el planteamiento más favorable para Telefónica, puesto que le confiere una flexibilidad máxima para repartir los costes comunes a sus productos minoristas (siempre que el análisis de estrechamiento de márgenes dé un resultado positivo con el planteamiento). El método agregado es coherente con el proceso interno de toma de decisiones de un nuevo operador en el mercado ya que evalúa la rentabilidad de su inversión en una red teniendo en cuenta toda la gama de productos que puede ofrecer en el mercado descendente de referencia.

5 Insumo ascendente al evaluar la posibilidad de replicar los productos descendentes de Telefónica

- (389) En el PC, la Comisión evaluó si los precios minoristas de Telefónica podían replicarse sobre la base i) de los productos mayoristas nacionales (ADSL-IP y ADSL-IP Total), por una parte, y i.e.) del producto mayorista regional, por otra parte.
- (390) En su Contestación³⁶², Telefónica alegó que el planteamiento de la Comisión es artificial y no refleja la estrategia de los operadores alternativos en el mercado minorista. Telefónica sostuvo que para actuar en el mercado minorista, los competidores no se basan en un solo producto mayorista específico sino en una combinación de insumos mayoristas. En cada caso empresarial individual y en cada región, un competidor puede utilizar un producto mayorista óptimo o una combinación óptima de productos mayoristas. También, según Telefónica, un operador igualmente eficiente utilizaría una mezcla óptima de insumos nacionales y regionales. Sería incluso mejor para un operador igualmente eficiente utilizar únicamente el bucle local de abonado.
- (391) Además, la posición adoptada por Telefónica en su Contestación está en contradicción con la que tomó al presentar sus observaciones a la denuncia presentada por France Télécom que dio origen al presente asunto: en sus alegaciones³⁶³, Telefónica declaró que la evaluación de la posibilidad de replicar sus precios minoristas debía efectuarse únicamente sobre la base de la oferta mayorista regional (GigADSL).

³⁶² Véase la Contestación de Telefónica, páginas 95-97.

³⁶³ Telefónica, Contestación al escrito de denuncia, 22.9.2003: «*Por tanto, el análisis de un supuesto estrechamiento de márgenes debería realizarse entre el precio del servicio del primer eslabón de la cadena de producción (GigADSL) y el precio final de los servicios de acceso a Internet a clientes finales de TESAU*» (véase la página TFCA -42 del expediente).

- (392) Debido a los riesgos que entrañan las inversiones que suponen altos costes hundidos, es probable que los operadores alternativos procedan de forma gradual a invertir en infraestructuras. Al subir la 'escalera de la inversión', (véanse los considerandos (176) y (178)), los operadores alternativos buscan lograr una «masa crítica» para poder hacer otras inversiones. Por tanto, es necesario que no exista un estrechamiento de márgenes entre ninguno de los peldaños de la escalera, es decir, en relación con ningún producto mayorista. Si existiera dicho estrechamiento de márgenes, los nuevos operadores que empiezan a subir por ella, quedarían excluidos.
- (393) Todas las autoridades nacionales de reglamentación están de acuerdo en que el proceso de subida de la escalera de la inversión solamente puede ser efectivo si existe un margen entre todos los peldaños de la escalera. Esto se refleja en el reciente Informe sobre la competencia en el mercado de banda ancha europeo del Grupo de Reguladores Europeos (ERG) de mayo de 2005: *«Con el fin de poner en marcha el proceso y de velar por que no se interrumpa y por que los nuevos operadores sigan subiendo escalones, [...] las tarifas de los productos de acceso han de ser coherentes, es decir, que los precios relativos han de reflejar la diferencia de costes entre los productos. Dicho de otro modo, la diferencia de precios o margen ha de pasar el análisis del estrechamiento de márgenes consistente en cubrir el coste incremental de prestar el producto «más amplio»³⁶⁴.*
- (394) Ésta es también la opinión del profesor Martín Cave en un informe encargado por la Comisión Europea³⁶⁵: **3.2 Precios relativos de los productos de acceso:** *Una condición previa esencial para que exista neutralidad en los productos mayoristas de banda ancha es un análisis de estrechamiento de márgenes satisfactorio. [...] Por lo tanto, la prohibición de un estrechamiento de márgenes es apta para garantizar que los precios se fijan con la finalidad de impedir que la empresa dominante lleve su poder de mercado desde una fase del proceso de producción a otra fase contigua. Su aplicación coherente en toda una gama de productos mayoristas (y minoristas) de banda ancha debería impedir un comportamiento de exclusión de este tipo.[...] La aplicación del estrechamiento de márgenes se ilustra en el gráfico 2, que muestra (a la izquierda) varios accesos mayoristas de banda ancha y (a la derecha) un conjunto de costes. [...] Un análisis de estrechamiento de márgenes implica comparar la diferencia de precios o el margen entre dos productos cualquiera con el coste incremental de los componentes en el producto "más amplio".*

³⁶⁴ ERG, *Informe sobre la competencia en el mercado de banda ancha*, página 17 (véase la página Div -206 del expediente).

³⁶⁵ Martin Cave, *Remedies for broadband services*, documento elaborado para la DG INFSO, septiembre de 2003 (véanse las páginas Div -379 y Div -380 del expediente).

- (395) La propia Telefónica indicó a OFCOM que un margen apropiado entre los diversos productos mayoristas es vital para el desarrollo de la competencia en el mercado minorista y en los mercados mayoristas de banda ancha³⁶⁶: «*Telefónica UK se congratula de la iniciativa de OFCOM de establecer el margen entre la interconexión de IPStream [producto nacional al por mayor de British Telecom en el Reino Unido] y ATM [producto regional al por mayor de British Telecom en el Reino Unido]. Un margen adecuado entre estas dos plataformas es vital para el desarrollo de la competencia en la prestación de servicios al por mayor de DSL.*»
- (396) Habida cuenta de todo lo anterior, la Comisión considera adecuado examinar si los precios minoristas de Telefónica podrían replicarse sobre la base de cada uno de los productos mayoristas pertinentes y no sustituibles de Telefónica, y no sobre la base de cualquier combinación específica de los tres productos mayoristas.

D. Cálculo del estrechamiento de márgenes

- (397) En la presente Decisión, la Comisión evaluará si el margen entre las tarifas en los mercados ascendente y descendente de Telefónica cubre al menos los LRAIC en sentido descendente de la compañía. Este capítulo se estructura de la siguiente manera: la Sección 1 analiza los ingresos y costes incrementales descendentes de Telefónica con base en la información facilitada por la misma empresa; la Sección 2 analiza la existencia del estrechamiento de márgenes con base en los costes e ingresos calculados en la Sección 1

1 *Evaluación de los ingresos y costes incrementales en sentido descendente de Telefónica*

- (398) Esta Sección evalúa los costes e ingresos descendentes de Telefónica basándose en la información facilitada por la compañía.
- (399) Como el análisis es un "análisis de un competidor igualmente eficaz", el análisis de los precios minoristas de TESAU y TERRA se basará en los costes descendentes de TESAU³⁶⁷.

³⁶⁶ Respuesta de Telefónica UK a la consulta de Ofcom sobre un proyecto de directriz que establece el margen entre los precios de IPStream y de la interconexión ATM, 2.7.2004 (véase la página TFCA-3769 del expediente).

³⁶⁷ Sin embargo, como TERRA sólo ha comercializado productos minoristas bajo la velocidad más baja y ha tenido una política de promociones diferente, algunos costes se ajustarán. Como se verá más abajo, la única diferencia en los costes usados para TERRA consiste en:

- Costes de red: precios mayoristas más bajos (véase Cuadro 25 y Cuadro 26) y costes de acceso a Internet más bajos (véase Cuadro 26).
- Los costes netos de captación de clientes: beneficios no recurrentes y costes de MODEM diferentes (véase Cuadro 31).

1.1 *Fuentes de información utilizadas por la Comisión para la evaluación de los ingresos y costes incrementales de Telefónica*

(400) En una serie de requerimientos de información, la Comisión solicitó a Telefónica que facilitara datos sobre los costes relativos a los insumos adicionales necesarios para transformar sus productos mayoristas (GigADSL, ADSL-IP y ADSL-IP Total) en minoristas.

1.1.1 *Planes de negocio de TESAU*

(401) TESAU presentó a la Comisión copias de diversos planes de negocio, en particular su plan de negocio inicial de 16 de octubre de 2001 en el que se basó la decisión de entrar en el mercado minorista de referencia («plan de negocio inicial»)³⁶⁸ así como las actualizaciones del plan de negocio inicial («planes de negocio actualizados»)³⁶⁹ y una copia de cada plan estratégico anual («plan estratégico»)³⁷⁰. Como señalaba explícitamente la propia compañía, los planes de negocio de TESAU se basaban en costes incrementales (evaluados por la propia Telefónica)³⁷¹.

(402) El cálculo del estrechamiento de márgenes realizado por Telefónica en la *Contestación* se basaba en los costes incrementales del plan de negocio inicial de TESAU³⁷².

³⁶⁸ Véase anexo 10 de la carta de Telefónica de 21.7.2006, en particular «*Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base*» (anexo 10iii: páginas TFCA-4445 a TFCA-4494 del expediente) y sus anexos (anexos 10i y 10ii de la misma carta: páginas TFCA-4387 a TFCA-4444 del expediente). Las principales variables económicas del plan de negocio se resumen en el anexo 10iv de la misma carta (página TFCA-4495 del expediente).

³⁶⁹ Véase anexo 11i de la carta de Telefónica de 21.7.2006 "*Actualización de las variables económicas del ADSL-Reunión con la Dirección General de Finanzas y control de Gestión-18.4.2002*" (páginas TFCA-4496 a TFCA-4512 del expediente).

Véase también el anexo 9 de la carta de Telefónica de 27.9.2006 (páginas TFCA-12944 a TFCA-12989 del expediente) en la que Telefónica facilitaba todos los detalles de los cálculos de sus planes de negocio actualizados de 2002 («Presupuesto 2002» y «PEC Verne»).

³⁷⁰ Véase la carta de Telefónica de 22.8.2006 (páginas TFCA-8984 a TFCA-9036 del expediente): Planes estratégicos para 2002-2005, 2003-2006, 2004-2007 y 2005-2008.

³⁷¹ Véase la carta de Telefónica de 7.4.2004 (página TFCA-220 del expediente): «*Tanto Telefónica de España como Terra contaban con Planes de Negocios, con carácter previo al lanzamiento de sus servicios ADSL minoristas, planes que garantizaban la rentabilidad de dichos servicios a un horizonte temporal razonable – según las estimaciones de mercado previsibles en el momento de su realización –, rentabilidad que en estos mercados debe ser entendida como cobertura de los costes incrementales.*»

Véase también el plan de negocio de octubre de 2001 en el anexo 10iii de la carta de Telefónica de 21.7.2006, páginas 34 y 35 (páginas TFCA-4479 y TFCA-4480 del expediente): «*Resultados económicos del negocio de banda ancha de TdE [...] EBITDA incremental [...] Ingresos incrementales [...] OPEX y SAC incremental [...] CAPEX incremental [...] Cuenta de resultados del negocio incremental ADSL [...] Valor incremental de banda ancha.*»

Véase también el plan de negocio de abril de 2002 en el anexo 11i de la carta de Telefónica de 21.7.2006, páginas 4 y 5 (páginas TFCA-4500 a TFCA-4501 del expediente). «*Cuenta de resultados incremental del negocio ADSL [...] Valor incremental de la banda ancha.*»

³⁷² Véanse la página 337 (en particular, la nota a pie de página 682) de la *Contestación* y la Sección VI.D.2.2.1.

- (403) TESAU presentó también copias de planes de negocio de las ofertas minoristas de ADSL lanzadas en 2004 y 2005: ADSL Tiempo Libre³⁷³, ADSL a tu medida³⁷⁴ y ADSL Mini³⁷⁵. Todos estos planes de negocio se basan en los costes incrementales³⁷⁶ de TESAU estimados por la propia compañía basándose en su propia evaluación de sus costes incrementales históricos³⁷⁷.
- (404) TESAU presentó además una copia del plan de negocio inicial del producto mayorista GigADSL³⁷⁸.

1.1.2 Resultados financieros de TESAU

1.1.2.1 Cuentas de resultados ADSL auditadas de TESAU

- (405) TESAU presenta cada año cuentas separadas y auditadas (*Cuentas de resultados ADSL auditadas de TESAU*)³⁷⁹ de sus actividades mayoristas (GigADSL y ADSL-IP) y minoristas. Esta contabilidad de costes está basada en costes totalmente distribuidos y distingue claramente los costes directa o indirectamente imputables de los costes no imputables³⁸⁰. Aunque es evidente que los LRAIC no incluyen los costes no imputables, engloban la totalidad de los costes directamente imputables y pueden incluir una proporción de los costes indirectamente imputables (si son incrementales en relación a la actividad minorista de banda ancha de TESAU).

³⁷³ Véase la carta de TESAU de 18.7.2005 (páginas TFCA-3257 a TFCA-3261 del expediente).

³⁷⁴ Véase la carta de TESAU de 7.1.2005 (páginas TFCA-767 a TFCA-769, TFCA-786 y TFCA-787 del expediente) y la carta de TESAU de 17.3.2005 (página TFCA-1094 del expediente).

³⁷⁵ Véase la carta de TESAU de 28.4.2005 (páginas TFCA-2290 y TFCA-2291 del expediente).

³⁷⁶ Véase:

-*ADSL a tu medida*: carta de TESAU de 7.1.2005 (página TFCA-769 del expediente): «*Se supone un CAPEX teniendo en cuenta la inversión incremental – material e inmaterial – a realizar para aprovisionar la estimación de altas consideradas*».

-*ADSL tiempo libre*: carta de TESAU de 18.7.2005 (páginas TFCA-3257 a TFCA-3261 del expediente).

-*ADSL Mini*: carta de TESAU de 28.4.2005 (páginas TFCA-2290 y TFCA-2291 del expediente): «*Se asume un CAPEX teniendo en cuenta la inversión incremental – material e inmaterial – a realizar para aprovisionar la estimación de altas considerada*».

³⁷⁷ Véase por ejemplo la carta de TESAU de 7.1.2005 (página TFCA-769 del expediente): «*Descripción detallada del CAPEX. Para el calculo del CAPEX en el modelo de negocio provisto en la respuesta a la cuestión (1) del cuestionario 3, se imputó una cifra de inversión por alta de 312 Euros, correspondiente a la descripción de las inversiones realizadas en el periodo Julio 2003-Junio 2004, que a continuación se describen. Dicha inversión se abordó para las altas anualizadas del mismo periodo, dando como resultado la cifra de 312 euros por alta mencionada*».

³⁷⁸ Véase anexo 15 de la carta de Telefónica de 27.9.2006 (páginas TFCA-13094 a TFCA-13117 del expediente).

³⁷⁹ «*Cuentas de resultados ADSL auditadas de TESAU*»

El marco regulador español de las telecomunicaciones impuso una serie de obligaciones a Telefónica, incluidas las de elaborar una contabilidad de costes separada para las actividades mayoristas y para las minoristas.

- De 2001 a 2004: carta de TESAU de 17.3.2005 (páginas TFCA-1499 a TFCA-1507 del expediente);

- 2005: carta de Telefónica de 7.8.2006 (páginas TFCA-8165 y TFCA-8166 del expediente)

³⁸⁰ Los costes directamente imputables son aquellos que están directa e inequívocamente relacionados con un producto o servicio. Los costes indirectamente imputables son aquellos que pueden asignarse a productos o servicios de manera no arbitraria y cuantificada en función de la relación entre estos costes y los costes directamente imputables (es decir, empleando factores de

(406) TESAU facilitó también los costes de red³⁸¹ soportados para transformar GigADSL en productos minoristas.

1.1.2.2 *Economics ADSL*

(407) TESAU facilitó un análisis de pérdidas y ganancias de su actividad minorista («*Economics ADSL*»)³⁸² basado en su propia evaluación de los costes incrementales³⁸³ relativos a sus costes no de red (costes de captación de abonados y costes recurrentes de PSI³⁸⁴).

1.1.2.3 *Cuadro de mando ADSL de TESAU*

(408) TESAU también facilitó el cuadro de mando mensual («*Cuadro de mando ADSL*») de su actividad de banda ancha³⁸⁵. El Cuadro de mando ADSL se basó en la propia evaluación de TESAU de sus costes incrementales³⁸⁶. Se implantó con el fin de garantizar la correcta ejecución de los objetivos establecidos en el plan de negocio, que se basaba en los costes incrementales (véase Sección 1.1.1).

utilización para cada recurso compartido). Los costes no imputables son aquellos que sólo pueden imputarse de forma arbitraria. (Véase la Recomendación de la Comisión de 8 de abril de 1998 sobre la interconexión en un mercado de las telecomunicaciones liberalizado - Parte 2 - Página 5).

³⁸¹ «*Costes de red auditados de TESAU*»:

- De 2001 a 2004: Carta de TESAU de 1.4.2005 (páginas TFCA-1699 a TFCA-1706 del expediente);
- 2005: carta de Telefónica de 18.8.2006 (páginas TFCA-8905 y TFCA-8906 del expediente);
- 2006: carta de Telefónica de 18.10.2006 (páginas TFCA-13119 y TFCA-13120 del expediente);

³⁸² «*Economics ADSL*»:

- De 2002 a 2004: carta de TESAU de 7.1.2005 (páginas TFCA-760 a TFCA-762 del expediente);
- 2005: anexo 8 de la carta de Telefónica de 28.7.2006 (páginas TFCA-6000 y TFCA-6001 del expediente).
- 2006: anexo 1 de la carta de Telefónica de 17.10.2006 (páginas TFCA-13124 y TFCA-13125 del expediente).

³⁸³ Véase la carta de TESAU de 01.04.2005: «*No obstante, prescindiendo del enfoque incremental y directo con el que se ha tratado el análisis de los Economics del Kit ADSL, y en particular de sus costes [...]*» (página TFCA-1673 del expediente).

³⁸⁴ Véase Sección VI.D.1.3.4 para la descripción de los costes que se incluyen en estos epígrafes.

³⁸⁵ *Cuadro de mando ADSL*:

- 2002: anexo 2 de la carta de Telefónica de 31.8.2006 (páginas TFCA-9695 a TFCA-9763 del expediente).
- 2003: anexo 3 de la carta de Telefónica de 31.8.2006 (páginas TFCA-9764 a TFCA-9856 del expediente).
- 2004: anexo 10 de la carta de Telefónica de 27.9.2006 (páginas TFCA-12990 a TFCA-13037 del expediente).
- 2005: anexos 11 y 12 de la carta de Telefónica de 27.9.2006 (páginas 13038 a TFCA-13076 -del expediente) y anexo 1 de la carta de Telefónica de 6.10.2006 (página TFCA-13264 del expediente);
- 2006: anexos 13 y 14 de la carta de Telefónica de 27.9.2006 (páginas TFCA-13038 a TFCA-13076 del expediente) y anexo 1 de la carta de Telefónica de 6.10.2006 (página TFCA-13265 del expediente).

³⁸⁶ Véase anexo 10iii de la carta de Telefónica de 21.7.2006: *Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base*, diapositiva 1: «*En*

- (409) En concreto, el Cuadro de mando ADSL ofrece la propia evaluación de TESAU de los gastos de capital («CAPEX³⁸⁷») incrementales a su actividad de banda ancha³⁸⁸. El valor de la inversión histórica incremental se compara mensualmente con los CAPEX incrementales previstos (expresados en euros por nuevo abonado) establecidos en el plan de negocio de la compañía³⁸⁹.
- (410) Además, el cuadro de mando ADSL distingue³⁹⁰ claramente los gastos operativos incrementales («OPEX³⁹¹») del OPEX no incremental y facilita la propia evaluación de TESAU de los costes incrementales, entre otros, la red IP³⁹² y el acceso a Internet³⁹³.

1.1.2.4 Inversiones directamente atribuibles a la actividad ADSL de TESAU

- (411) TESAU facilitó además las inversiones realizadas para su infraestructura de banda ancha («CAPEX ADSL»)³⁹⁴. Estas inversiones son directamente imputables (por tanto, incrementales) a la actividad de banda ancha de TESAU. En realidad, el importe anual de la inversión coincide con el señalado en el Cuadro de mando ADSL³⁹⁵ de TESAU que se basaba en la evaluación de Telefónica de sus costes incrementales (véase Sección VI.D.1.1.2.3).

concreto el documento [...] presenta una cuenta de resultados del negocio ADSL incremental» (véase la página TFCA-4446 del expediente).

387 Los gastos de capital (CAPEX) corresponden al dinero gastado por la compañía para adquirir o mejorar activos físicos (infraestructura de red).

388 Por ejemplo, el CAPEX anualizado para el periodo comprendido entre julio de 2003 y junio de 2004 ([...]) indicado en el cuadro de mando ADSL de junio de 2004 (anexo 10 de la carta de Telefónica de 27.09.06, página TFCA-13010 del expediente) coincide con el CAPEX incremental (es decir, indicado explícitamente como incremental por TESAU) utilizado por la compañía en su plan de negocio de la oferta minorista *ADSL a tu medida* (véase la nota a pie de página 377).

389 Véase por ejemplo el cuadro de mando ADSL de diciembre de 2002 (véase anexo 2 de la carta de Telefónica de 31.8.06 páginas TFCA-9762 y TFCA-9763 del expediente): [...].

390 El Cuadro de mando ADSL distingue entre el EBIDTA incremental y el EBIDTA full cost (en la propia evaluación de Telefónica):

- 2004: el OPEX incremental anual se incluye en el epígrafe «total gastos» y el OPEX no incremental se incluye en el epígrafe «Gastos repercutidos» (véase anexo 10 de la carta de Telefónica de 27.09.06, página TFCA-13036 del expediente).
- 2005: el OPEX unitario incremental se incluye en el epígrafe «total gastos» y el OPEX no incremental se incluye en el epígrafe «Gastos repercutidos» (véase anexo 1 de la carta de Telefónica de 06.10.06, página TFCA-13264 del expediente).
- 2006: el OPEX unitario incremental se incluye en el epígrafe «Opex incremental» y el OPEX no incremental se incluye en el epígrafe «Gastos repercutidos» (véase anexo 1 de la carta de Telefónica de 06.10.06, página TFCA-13265 del expediente).

391 Los gastos operativos («OPEX») corresponden a los gastos incurridos en la realización de las operaciones normales de un negocio, por ejemplo, salarios, costes mayoristas, costes administrativos y de investigación y desarrollo.

392 Véase la partida de coste «Mantenimiento red IP».

393 Véase la partida de coste «Conexión a Internet».

394 Véase anexo 1 de la carta de Telefónica de 17.10.2006 (páginas TFCA-13126 y TFCA-13127 del expediente).

395 Véase el importe total de inversiones señalado en *ADSL CAPEX*: [...] (página TFCA-13126 del expediente). Estos importes corresponden a los señalados en el cuadro de mando ADSL (véase nota a pie de página 385, páginas TFCA-9762, TFCA-9856, TFCA-13037 y TFCA-13063 del expediente).

1.1.3 Resultados financieros de TERRA

(412) TERRA facilitó un análisis de costes y beneficios para su actividad minorista de banda ancha ³⁹⁶ basado en su propia valoración de los costes incrementales ³⁹⁷. Este análisis calcula la rentabilidad de TERRA sobre la base de ADSL-IP.

1.2 Ingresos de Telefónica

(413) Tres son las fuentes de ingresos de Telefónica (a nivel minorista):

- las cuotas de alta iniciales que pagan los abonados por la activación de la conexión al usuario final («cuota de conexión»);
- las cuotas únicas iniciales en concepto de la prestación del equipo a los usuarios finales, como el módem («módem»);
- y las cuotas mensuales («cuota mensual» o «ARPU» ³⁹⁸), compuestas por una cuota fija y eventualmente una cuota variable en caso de sobrepasarse la capacidad mensual contratada, pagadas por los abonados por la prestación de servicios minoristas de banda ancha.

(414) Los ingresos no recurrentes (módem y cuotas de conexión) se tomarán en cuenta directamente en el cálculo de los costes netos de captación de abonados ³⁹⁹.

(415) En su Contestación ⁴⁰⁰, Telefónica alegó que la Comisión subestimó su ARPU al dividir los ingresos anuales por una media sobrestimada de usuarios finales. Esto no es correcto, como ilustraba el ARPU calculado por la propia compañía en su Cuadro de mando ADSL mensual ⁴⁰¹, que es el que ha utilizado la Comisión directamente (es decir, sin ninguna reelaboración) en la presente Decisión.

Cuadro 16 – ARPU de TESAU de 2001 a 2006 ⁴⁰¹

(EUR/mes/usuario final)	2001	2002	2003	2004	2005	S1 2006
ARPU	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(416) El ARPU de TERRA también fue calculado por la propia compañía:

³⁹⁶ Véase carta de TERRA de 26.03.04 del expediente (página TFCA-707 del expediente), la carta de TERRA de 07.01.04 (página TFCA-840 del expediente) y la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA-13123 del expediente).

³⁹⁷ Véase carta de TERRA de 26.03.04 (página TFCA-704 del expediente).

³⁹⁸ Ingresos medios por usuario.

³⁹⁹ Véase Sección VI.D.1.3.4.

⁴⁰⁰ Véase la página 328 de la Contestación.

⁴⁰¹ Véase el *Cuadro de mando ADSL* (nota a pie de página 369), en las páginas TFCA-9759, TFCA-9852, TFCA-13034, TFCA-13264 y TFCA-13265 del expediente. Véase también *Economics ADSL* (véase la nota a pie de página 382), en las páginas TFCA-6000 y TFCA-13124 del expediente).

Cuadro 17 – ARPU de TERRA de 2001 a 2005⁴⁰²

(EUR/mes/usuario final)	2001	2002	2003	2004	2005
ARPU	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

1.3 Costes de Telefónica

1.3.1 Introducción

- (417) En el curso del presente procedimiento, Telefónica facilitó a la Comisión sus costes con arreglo a dos estándares: costes históricos y costes corrientes. La contabilidad de costes históricos («HCA») utiliza la información histórica proporcionada por el plan contable mientras que la contabilidad de costes corrientes («CCA») tiene en cuenta los costes que se habrían contraído en el pasado para construir una red empleando la tecnología actual: todos los recursos se vuelven a evaluar a su coste corriente y, para los activos que ya no existen en el mercado, se emplea el método del "activo moderno equivalente" ("Modern Equivalent Asset" "MEA"). La CCA excluye también los costes excepcionales (por ejemplo, los costes relativos a las jubilaciones anticipadas)⁴⁰³.
- (418) El análisis del estrechamiento de márgenes está basada en la CCA (facilitada por Telefónica) para reflejar la decisión de Build-Buy (construcción o adquisición) de activos a la que se enfrentan los nuevos operadores. En un modelo de HCA no se tendría en cuenta la evolución de los costes de adquisición de activos. Los precios de compra pueden aumentar o disminuir de forma significativa a lo largo del tiempo y afectar al valor de los activos. Habida cuenta de que todo nuevo operador que tenga la intención de construir una red pagaría el precio corriente y no el histórico, los activos existentes han de volver a ser evaluados a su valor actual.
- (419) Los costes de Telefónica pueden clasificarse en tres categorías: costes de red, costes recurrentes de PSI y costes de captación de clientes.
- (420) Como se describirá con detalle en esta Sección, la Comisión basará su análisis del estrechamiento de márgenes en la propia evaluación que hace TESAU de sus costes incrementales indicados en el *cuadro de mando ADSL* (véase Sección VI.D.1.1.2.3) y el *Economics ADSL* (véase Sección VI.D.1.1.2.2), con la excepción de los costes de comercialización, por las razones aducidas en la Sección VI.D.1.3.4.2.

⁴⁰² Epígrafe de ingresos 'Ingresos recurrentes' en los Resultados financieros de TERRA. Véase la carta de TERRA de 26.3.2004 (página TFCA-707 del expediente), la carta de TERRA de 07.01.04 (página TFCA-840 del expediente) y la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA-13123 del expediente).

⁴⁰³ Carta de TESAU de 1.4.2005 (véanse las páginas TFCA -1669 y TFCA-1670 del expediente).

1.3.2 Costes de red

- (421) Los costes de red – que dependen del insumo mayorista que se contrate con Telefónica – se componen de los costes correspondientes a los precios de acceso mayoristas que cobra Telefónica más los costes de los elementos de red adicionales necesarios para ofrecer un producto minorista de acceso a banda ancha (calculados utilizando los LRAIC de TESAU).

1.3.2.1 Costes de red sobre la base de GigADSL

- (422) Además de las tarifas mayoristas de GigADSL, los operadores alternativos necesitan desplegar una red compuesta por i) una red IP que encamine el tráfico desde los 109 puntos de acceso indirecto («PAI») al punto de conexión del PSI («red IP») y ii) el acceso a Internet que conecta a los abonados de Telefónica con las redes del mundo entero («acceso a Internet» o «conectividad internacional»).

1.3.2.1.1 Tarifas mayoristas

- (423) Las tarifas mayoristas que cobra Telefónica a los operadores alternativos se componen de:
- (424) Una tarifa de acceso mayorista por usuario final: esta tarifa consta de una cuota única de alta por la activación de cada nueva línea ADSL y una cuota mensual que varía según la modalidad (o ancho de banda) de la conexión ADSL final. La cuota media mensual por usuario final («tarifa de acceso») se calcula basándose en la media de líneas de cada modalidad (o velocidad) de GigADSL. La cuota única de alta («cuota de conexión») se tratará como un coste de captación en el análisis de estrechamiento de márgenes⁴⁰⁴.
- (425) Una tarifa de acceso mayorista por puerto ocupado en el PAI («pPAI») ⁴⁰⁵. Esta tarifa se compone de una cuota única por la instalación del puerto en el punto de interconexión y una cuota mensual por cada puerto ocupado en el punto de interconexión. Ambas tarifas varían según la capacidad del puerto (2, 34 o 155 Mbit/s). El coste medio por usuario final se calcula dividiendo el coste medio por puerto entre la media de usuarios finales por puerto, teniendo en cuenta la tasa de ocupación por puerto y el ancho de banda medio reservado por usuario final.

⁴⁰⁴ Véase Sección VI.D.1.3.4.4 .

⁴⁰⁵ En el PC (véase el Cuadro 72 en el Anexo I.IV), los costes relativos al pPAI se habían incluido en la partida de gastos «Nodos ATM con PAI incluido». Tras los comentarios de Telefónica en respuesta al PC (véase la página 323 de la Contestación) de que esta partida incluye algunos costes que ya están incluidos en la tarifa de acceso GigADSL y, por consiguiente, no incurrir en ellos los operadores alternativos que contratan GigADSL, la Comisión ha excluido la partida «Nodos ATM con PAI incluido» del análisis pero ha incluido la tarifa mayorista para el pPAI que evidentemente no estaba incluida en la tarifa de acceso GigADSL.

Cuadro 18 – Precios mayoristas de GigADSL impuestos por Telefónica

(EUR/mes/usuario final)	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Cuota de abono ⁴⁰⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
pPAI ⁴⁰⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

1.3.2.1.2 Costes de red IP

- (426) La red IP se compone de dos categorías de activos: los nodos IP y el transporte IP.
- (427) Los nodos IP son los elementos de conmutación y acceso de la red IP, es decir⁴⁰⁸, los BRAS⁴⁰⁹, routers IP, el sistema IT y otros equipos auxiliares. Como explicó Telefónica, estos equipos son muy específicos y están directamente relacionados con la prestación de servicios de banda ancha⁴¹⁰.
- (428) Los elementos de transporte IP son⁴¹¹ los circuitos que conectan los nodos IP. Tales elementos de transporte IP incluyen los equipos de transmisión, cables de fibra óptica, zanjas, canalizaciones, etc. En su Contestación⁴¹², Telefónica alegaba que no tiene una red de transporte que sea específica para la red IP.

⁴⁰⁶ La tarifa media mensual se ha calculado con base en (i) la tarifa mensual que cobra Telefónica por cada modalidad de GigADSL (véase el Cuadro 10) y (ii) el número medio de líneas de cada modalidad de GigADSL (véase el Cuadro 61 en Anexo II).

⁴⁰⁷ Véase el Cuadro 10. El coste del servicio de «pPAI» está compuesto por una cuota única (amortizada en 5 años) y una cuota mensual por cada puerto ocupado en el PAI. El coste unitario se computa en función de los siguientes parámetros (véase el modelo de costes de la CMT que figura en el anexo 3 de la OBA de 22.7.2004 (véase la página CMT-1637 del expediente):

- el 50% de los puertos tienen una capacidad de 155 Mbps y el 50% restante, de 34 Mbps
- La tasa de ocupación por puerto es del 70 % y.
- El ancho de banda medio reservado por línea de TESAU (Véase el Cuadro 63 en el anexo I.I).

⁴⁰⁸ Véase la carta de TESAU de 17.3.2005 (página TFCA-1075 del expediente).

⁴⁰⁹ Servidor de acceso de banda ancha (BRAS). El BRAS convierte la señal en protocolo IP.

⁴¹⁰ Véase la página 323 de la Contestación: «*Mientras que los Nodos IP son específicos de la red IP [...] Por esto, los costes de los Nodos IP sí deben considerarse coste incremental de la red IP y deben incluirse en el cálculo de los costes de red del GigADSL.*»

Véase también la carta de TESAU de 23.6.2006 (página TFCA-13270 del expediente): «*los 'Nodos IP' se refieren al Servidor de Acceso Banda Ancha (SABA o BRAS), routers IP, equipos de gestión de la red IP, etc., es decir, equipos muy específicos y directamente relacionados con la prestación de los servicios de Banda Ancha.*»

⁴¹¹ Véase la carta de TESAU de 17.3.2005 (página TFCA-1075 del expediente).

⁴¹² Véanse las páginas 94 y 323 de la Contestación. Véase también la carta de TESAU de 23.6.2006 (página TFCA-13270 del expediente).

- (429) En los siguientes considerandos, se demostrará que Telefónica realizó inversiones incrementales relacionadas con su red de transporte que son directamente imputables a su actividad de banda ancha en el mercado descendente.
- (430) En primer lugar, Telefónica reconoció explícitamente en su carta de 23 de junio de 2006 a la Comisión que el supuesto de que no había costes incrementales relacionados con el transporte IP, es una aproximación y que, de hecho, algunas inversiones relacionadas con el equipo de transmisión son evitables⁴¹³.
- (431) El mero hecho de que un coste sea común a distintos servicios no implica necesariamente que el coste incremental a largo plazo de la actividad en cuestión sea cero. De hecho, los LRAIC también incluyen el aumento de los costes comunes debidos a la actividad de ADSL descendente. Éste podría ser el caso, en concreto, de activos comunes cuya capacidad se adaptara progresivamente a la demanda a corto y medio plazo de todos los servicios que comparten el activo común. Si el tráfico generado por el producto en cuestión representa una proporción significativa del tráfico generado por la totalidad de los servicios que comparten el activo común, es más que probable que una proporción significativa del coste común correspondiente sea un coste evitable y, por tanto, incremental.
- (432) Aunque la red de transporte de TESAU, estrictamente hablando, no es específica de los servicios de banda ancha minorista, su capacidad se dimensiona en función del tráfico de todos los servicios que la utilizan⁴¹⁴. Por tanto, al evaluar si los elementos de la red de transporte de TESAU (cables de fibra óptica, equipo de transmisión, etc.) son, total o parcialmente, costes evitables (es decir, Telefónica no los soportaría de no prestar servicios de banda ancha en el mercado descendente), debe tenerse en cuenta la proporción cada vez más importante de la actividad de banda ancha de TESAU (no sólo en cuanto a ingresos y beneficios sino, sobre todo, en cuanto a capacidad ocupada).

⁴¹³ Véase la carta de TESAU de 23.6.2006 (página TFCA-13271 del expediente): «*El ajuste propuesto por Telefónica ha consistido en suponer que el coste corriente FAC del Transporte IP no es evitable al 100% y por tanto no es incremental. Ciertamente esto se puede considerar una aproximación, ya que probablemente sería evitable el coste de algunos sistemas de transmisión que pudieran quedar vacantes si se dejaran de prestar los servicios ADSL.*»

⁴¹⁴ Véase la carta de Telefónica de 25.8.2006 (página TFCA-9041 del expediente).

(433) En términos de ingresos y de beneficios – tal como se ilustra en los Considerandos (466) y (467) –, el crecimiento de TESAU viene dictado por su actividad de banda ancha mientras que los servicios de voz tradicionales llevan disminuyendo desde 2001 y seguirán haciéndolo en el futuro. Aunque TESAU empezó a ofrecer servicios de banda ancha minorista en septiembre de 2001, en 2008 su actividad de banda ancha supondrá más del [...] %⁴¹⁵ de los ingresos totales por servicios de tráfico⁴¹⁶ de TESAU. En 2006, los ingresos de TESAU aumentaron un 2,3%; la aportación del negocio de banda ancha fue del 4,9 %, la del acceso tradicional del -0,5 %, la de los servicios de voz tradicionales del -2,6 % y la de los servicios de banda estrecha del -0.5%⁴¹⁷. La propia TESAU consideraba en su plan de negocio inicial⁴¹⁸ que la entrada en el mercado minorista de banda ancha transformaría un modelo empresarial (prestación de servicios de telefonía tradicional) sin perspectivas en un negocio rentable y en crecimiento. En particular, TESAU estimó que los beneficios incrementales (en términos de EBIDTA) por el negocio minorista de banda ancha representarían el 35 % de los beneficios totales del grupo en 2005⁴¹⁹. Este porcentaje habría sido aun mayor en 2008 dada la proporción cada vez mayor de la banda ancha en los ingresos totales de TESAU.

⁴¹⁵ *A new world of Broadband Solutions*, presentación de Julio Linares ante la Barcelona Investor Conference, 25.4.2005 (véase la página TFCA-3821 del expediente).

⁴¹⁶ Es decir, excluyendo los ingresos por acceso (que, evidentemente, no utilizan la red de transporte).

⁴¹⁷ Resultados trimestrales de Telefónica, enero-diciembre de 2006, página 23.

⁴¹⁸ Véase anexo 11ii de la carta de Telefónica de 21.07.06: *La oportunidad de la Banda Ancha en los operadores fijos – documento para discusión – Madrid, 20 de diciembre de 2001* página 17 (página TFCA-4530 del expediente): «Sin esta estrategia de banda ancha TdE tendría grandes dificultades para retener a sus mejores clientes, con un impacto significativo en la rentabilidad global del negocio fijo. [...] La Banda Ancha supone la transformación de un negocio que se creía sin perspectivas en un negocio de crecimiento rentable.»

⁴¹⁹ Véase anexo 11ii de la carta de Telefónica de 21.07.06: «*La oportunidad de la Banda Ancha en los operadores fijos – documento para discusión – Madrid, 20 de diciembre de 2001*» página 17 (página TFCA-4530 del expediente): Telefónica estimó que su EBIDTA en 2005 sería de 5 576 millones de euros en el supuesto de que entrara en el mercado minorista de banda ancha y sólo de 3 615 millones de euros en el supuesto de que no lo hiciera y, por consiguiente, perdería también clientes de telefonía vocal fija (según Telefónica, la entrada en el mercado minorista de banda ancha produciría un efecto de fidelización de sus clientes en el mercado minorista de telefonía fija).

- (434) En términos de evolución del tráfico, el tráfico total generado por los servicios de voz tradicionales en España ha disminuido desde los 120 billones de minutos en 2001 a 81 billones de minutos en 2006⁴²⁰ (-33 %). El tráfico por línea ha disminuido desde los 7175 minutos/año/línea en 2002 a 5225 minutos/año/línea en 2005⁴²¹ (-29 %). El tráfico generado por los servicios tradicionales de TESAU también ha ido decreciendo ininterrumpidamente desde 2001 (en términos de número de minutos, el tráfico disminuyó un 4 % en 2003, un 7 % en 2004, un 10 % en 2005 y un 10% en 2006⁴²²), lo que es particularmente pertinente al evaluar si el incremento de capacidad de la red de transporte de TESAU se habría evitado en caso de que TESAU hubiera continuado prestando los servicios de voz tradicionales sin ofrecer servicios de banda ancha minorista.
- (435) La aportación de los servicios de banda ancha seguirá aumentando en años venideros, no sólo porque el sector de la banda ancha en España dista todavía de haber alcanzado la saturación⁴²³ sino también porque las conexiones de banda ancha constituyen un requisito previo para poder prestar toda una serie de servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales, es decir, no sólo conexiones a Internet sino también telefonía por IP, que sustituirá progresivamente a los servicios de telefonía fija tradicional, y también la televisión por banda ancha, que no empezó a comercializarse hasta 2005.
- (436) La cuota de tráfico cada vez mayor utilizada para las actividades de banda ancha de Telefónica se ilustra en el cuadro siguiente:

Cuadro 19 – Capacidad en los segmentos de transporte que conectan los routers IP utilizada por los servicios IP de TESAU desde 2005 a 2006⁴²⁴

[...]

⁴²⁰ Véase el Informe de la CMT 2005, página 296 y IV Informe Trimestral de 2006 de la CMT, página 16.

⁴²¹ Véase el Informe de la CMT 2005, página 298

⁴²² Véanse los Informes anuales de Telefónica de 2003, 2004, 2005 y 2006.

⁴²³ El índice de penetración de banda ancha está por debajo de la media de la UE, que aumenta de manera constante (véase Sección VI.D.2.2.2).

⁴²⁴ Véase la carta de Telefónica de 27.9.2006 (página TFCA- 12554 del expediente).

- (437) Telefónica alegó⁴²⁴ que, de la proporción de la capacidad utilizada por sus servicios IP, que se observa va en aumento, no podía concluirse que algunos costes de transporte IP fueran directamente imputables a su negocio de banda ancha. De hecho, según Telefónica, el porcentaje indicado en el epígrafe «IP» incluye otros servicios además de la banda ancha, concretamente servicios Internet de banda estrecha, servicios de banda ancha de valor añadido (RPV-IP) y los correspondientes servicios mayoristas. Sin embargo, el tráfico generado por los servicios de banda estrecha de TESAU es insignificante en comparación con el generado por los servicios de banda ancha: en 2005 supuso menos del 2 % del tráfico de los servicios de banda ancha⁴²⁵ y supondrá aun menos en años venideros, como sugerían las propias previsiones de Telefónica⁴²⁶. En cuanto a los servicios de banda ancha de valor añadido (RPV-IP), no sólo TESAU no los suministraría si no ofreciera conexiones de banda ancha sino que, en cualquier caso, como reconocía la propia Telefónica⁴²⁷, sólo una parte muy pequeña del transporte IP se asigna a estos servicios.
- (438) En estas circunstancias, es más que probable que una proporción significativa de las inversiones dedicadas a la red de transporte se habría evitado si Telefónica no hubiera entrado en los mercados de banda ancha descendentes de referencia (mercado mayorista nacional y minorista), lo que confirma el hecho de que la propia Telefónica considerara que las necesidades de capacidad para sus servicios de voz tradicionales ya estaban cubiertas en el contexto del estancamiento (en realidad, descenso) del tráfico tradicional⁴²⁸.
- (439) Además, los cálculos internos facilitados por Telefónica contradicen las alegaciones de la compañía. En primer lugar, al evaluar la rentabilidad de su actividad minorista ADSL en su plan de negocio inicial —que se basaba en costes incrementales⁴²⁹— Telefónica incluyó inversiones relacionadas con su red de transporte⁴³⁰. También el plan de negocio de la oferta minorista «ADSL a tu medida» - que se basa igualmente en costes incrementales⁴³¹ - incluye inversiones relacionadas con la red de transporte de la compañía⁴³².

⁴²⁵ Véase anexo 8 de la carta de Telefónica de 27.9.2006 (página TFCA-12943 del expediente): esta proporción se ha calculado basándose en los correspondientes costes (variables) de acceso a Internet para ambos productos.

⁴²⁶ Mientras que el número de líneas de banda ancha irá en aumento ([...]) y el consumo (por tanto, la banda ancha) por parte de los usuarios finales también irá en aumento, el tráfico generado por servicios de banda estrecha disminuirá un [...] % al año desde 2004 a 2008. Véase el plan de negocio estratégico 2005-2008 de Telefónica (carta de Telefónica de 22.08.06, página TFCA-9027 del expediente).

⁴²⁷ Véase la carta de Telefónica de 28.7.2006 (página TFCA-4649 del expediente): «Una parte muy pequeña se distribuye además a «Soluciones y valores añadidos banda ancha» debido a los accesos dedicados del servicio RPV-IP».

⁴²⁸ Véase la presentación de Julio Linares, Presidente de Telefónica de España SAU, Tercera Conferencia de Inversores, Madrid 2003 (diapositivas 32 y 33).

⁴²⁹ Véase Sección VI.D.1.1.1 . . .

⁴³⁰ Véase la carta de TESAU de 21.7.2006 (páginas TFCA-4227 y TFCA-4228 -del expediente): «Descripción de los costes Opex y Capex contemplados en el Plan de Negocio del ADSL de octubre de 2001: [...] **Capex:** [...] **Red Ip:** Conmutación y transmisión IP. Inversión variable a tramos a medida que aumenta el flujo de datos. Dependiente del cambio de velocidad y de mix de los productos ADSL. Se asume una disminución progresiva del coste de los circuitos de transporte. [...] Otras inversiones fijas: Inversión en [...] planta interior [...]»

- (440) Telefónica presentó también a la Comisión el detalle de las inversiones incrementales directamente imputables a su actividad de banda ancha («CAPEX ADSL» – véase el considerando (411)). Tales inversiones incluyen algunas inversiones relacionadas con la red de transporte de Telefónica que sumaban [...] desde 2001 al 2006.

Cuadro 20 – Inversiones incrementales de TESAU relacionadas con su red IP⁴³³

Millones de euros	2001	2002	2003	2004	2005	2006
NODOS IP	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Equipo de conmutación	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sistema IT	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TRANSPORTE IP	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Transmisión	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Fibra óptica	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Otros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL RED IP	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (441) Telefónica no rebatió en su respuesta a la carta factual que las inversiones en transporte IP indicadas en el Cuadro 20 sean incrementales y, por tanto, directamente imputables a la actividad de banda ancha de la compañía. Estas inversiones se refieren principalmente a dos grandes categorías de activos: fibra óptica y equipo de transmisión.
- (442) Sin perjuicio de que varios servicios puedan o no compartir el mismo cable de fibra óptica, TESAU no habría desplegado la misma capacidad de fibra óptica si no hubiera decidido prestar servicios que – como se ha explicado anteriormente – representan una proporción en aumento del tráfico de servicios de TESAU. Esto no sólo lo ilustra el hecho de que parte de las inversiones incrementales incluyan el despliegue de fibra óptica (véase el Cuadro 20) sino también las propias declaraciones de TESAU en su Informe Anual de 2001, en el que señalaba que había desplegado 101 531 Km. de fibra óptica en 2001 para su nueva actividad de banda ancha descendente:

Véase también la carta de Telefónica de 27.9.2006 en el anexo 9 (página TFCA-12978 del expediente): el plan de negocio inicial de la compañía muestra las siguientes inversiones en equipo de transmisión: [...].

⁴³¹ Como señala TESAU en su carta de 7.1.2005, el plan de negocio de «ADSL a tu medida» sólo incluía las inversiones incrementales: «Se asume un CAPEX teniendo en cuenta la inversión incremental – material e inmaterial – a realizar necesaria para aprovisionar la estimación de altas considerada.» (véase la página TFCA-769 del expediente).

⁴³² Como se explicaba en la nota a pie de página 377, TESAU estimó el CAPEX incremental basándose en las inversiones realizadas durante el periodo julio 2003-junio 2004, lo que incluye inversiones relacionadas con la red de transporte.

⁴³³ Véase anexo 2 de la carta de Telefónica de 17.10.2006 (página TFCA-13127 del expediente).

« A lo largo del año se ha realizado, asimismo, el despliegue e implantación de a Red Rima, completándose el proceso de migración de los clientes ADSL a esta nueva red IP de altas prestaciones, que se configura como la mayor y más avanzada infraestructura de red IP existente en España.

En este sentido, la apuesta de Telefónica de España por la Banda Ancha se refleja en un notable aumento de la oferta de líneas ADSL y en la instalación de 101.531 kilómetros de fibra óptica, que han permitido alcanzar una cobertura sobre líneas del 82%."

- (443) Antes de que TESAU invirtiera en una nueva red IP que le permitiera ofrecer servicios minoristas de ADSL, el grupo ya tenía otra red IP que, como explicó la propia Telefónica, no estaba dimensionada para la prestación de servicios estándar de ADSL en un mercado de masas. Esta red separada, propiedad de TDATA, que permite prestar servicios de banda ancha minoristas sobre la base de GigADSL⁴³⁴, ha estado dedicada a la prestación de servicios de banda ancha a medida para grandes empresas desde que TESAU desplegó la nueva red IP RIMA⁴³⁵. Precisamente, la existencia previa de la red IP de TDATA indica a las claras que las inversiones realizadas están directamente relacionadas con la entrada de TESAU en el mercado español de masas minorista.
- (444) En cuanto a los elementos de transmisión, no sólo Telefónica reconoce explícitamente que algunos de ellos eran inevitables y, por tanto, incrementales⁴³⁶, sino que además la CMT incluyó dicho elemento de coste en su modelo retail minus, que se basa en los LRAIC⁴³⁷.

⁴³⁴ Véase la carta de TESAU de 17.3.2005: «TDATA posee su propia red IP (esto es todos los elementos adicionales que TDATA necesita cuando compra un producto mayorista a TESAU son de su propiedad». (página TFCA-1065 del expediente).

⁴³⁵ Véase la carta de Telefónica de 21.7.2006 (páginas TFCA-4230 y TFCA-4231 del expediente): «Como única red IP del Grupo existente hasta 2001, la red IP de Telefónica Data asumió también el soporte de las comunicaciones IP y acceso a Internet [...] Este fue el escenario hasta el año 2001 en el que Telefónica de España decide iniciar su negocio minorista de servicios ADSL[...]. Es por ello que Telefónica Data decidió especializar NURIA como una red de dimensiones más reducidas[...], pero con una conectividad en backbone y acceso más orientada a los requerimientos empresariales [...]: En otras palabras: se especializó a NURIA en la prestación de una tipología de servicios de mayor complejidad, de menor estandarización, destinados a un sector (/Corporaciones) demandante de menor volumen de conexiones pero con muy altas exigencias en seguridad, calidad y disponibilidad del servicio. Paralelamente, como consecuencia de la decisión de desarrollar su negocio minorista de ADSL, Telefónica de España decidió desplegar una red IP de gestión propia (RIMA)[...] orientada a la prestación de servicios de acceso a Internet para un mercado masivo, principalmente residencial y PYMES. La red IP RIMA nace por tanto, enfocada en la prestación de servicios de perfil muy estándar, de comercialización masiva y con demandas de nivel de servicio no tan exigentes como las requeridas desde el sector de las Corporaciones

⁴³⁶ Véase el considerando (430) .

⁴³⁷ Véase la carta de la CMT de 28.1.2005 (página CMT-525 del expediente) y la carta de la CMT de 20.12.2004 (página CMT-254 del expediente).

- (445) Telefónica también reconoció que ha ido adaptando progresivamente la capacidad de su equipo de transmisión a la demanda creciente de sus servicios motivada — como se ha explicado anteriormente— sobre todo por la banda ancha⁴³⁸. La capacidad del equipo de transmisión SDH/JDS se ha cuadruplicado entre 2001 y 2005.⁴³⁹ Telefónica señaló también que el aumento de velocidad de sus ofertas minoristas de ADSL necesitó de inversiones en equipo de transmisión adicional en 2004 y 2005⁴⁴⁰. Todas las inversiones realizadas para adaptar la capacidad de la red al crecimiento del negocio de banda ancha son costes incrementales.
- (446) Por consiguiente, algunos elementos de los costes son directamente imputables (y, por tanto, incrementales) a la actividad de banda ancha de TESAU.

⁴³⁸ Véase la carta de Telefónica de 28.7.2006: «*Fundamentalmente, la Red de Transporte de TESAU se sustenta sobre Equipos de Transmisión Digital de Jerarquía (SDH/JDS) y sobre portadores de Fibra Óptica. Dado el incremento de necesidades de transporte, se vienen instalando entre los equipos de transmisión y los portadores de Fibra óptica, equipos WDM, que permiten un mayor aprovechamiento de la fibra, al permitir multiplexar por un mismo par de fibras varios canales de entre 2,5 Gbps y 10 Gbps; hasta 80 canales de 10 Gbps en la actualidad*». (página TFCA- 4650 del expediente).

⁴³⁹ La capacidad del equipo de transmisión SDH/JDS aumentó de 2867 equivalente STM-1 a 11365 equivalente STM-1. Véase la carta de Telefónica de 28.7.2006 (páginas TFCA- 4650 y TFCA- 4651 del expediente).

⁴⁴⁰ Véase la carta de Telefónica de 25.8.2006 (páginas TFCA- 9043 y TFCA-9044 del expediente): Telefónica invirtió más de 10 millones de euros en 2004 y 2005 en equipo de transmisión con el fin de incrementar la capacidad de su red de transporte que era necesaria para aumentar la velocidad de sus ofertas minoristas de ADSL.

- (447) En la presente Decisión, se valorarán, por tanto, los LRAIC de la red IP con base en la evaluación que hace la propia Telefónica de los CAPEX que son incrementales (véase el Cuadro 20). Los activos de la red IP se amortizan durante un periodo de cinco años. Éste es el periodo normalmente utilizado por i) TESAU en su plan de negocio inicial (5 años)⁴⁴¹ ii) las autoridades nacionales de reglamentación de las telecomunicaciones (CMT⁴⁴², OFCOM⁴⁴³) y los principales operadores alternativos españoles (France Télécom⁴⁴⁴ y Auna⁴⁴⁵) que contratan GigADSL. Un coste de capital se calcula con el WACC (15,72%) utilizado por la CMT⁴⁴⁶ para la reglamentación de las actividades de banda ancha de TESAU y que había sido propuesto por la propia TESAU a raíz de sus alegaciones⁴⁴⁷ sobre el hecho de que sus costes financieros son más arriesgados en su negocio ADSL que en sus restantes actividades.
- (448) Los costes operativos se corresponden con los costes incrementales indicados en el *Cuadro de mando ADSL* de TESAU en el epígrafe «Mantenimiento Red IP».
- (449) Por consiguiente, los costes incrementales de red IP de TESAU son los siguientes:

Cuadro 21 – Costes incrementales de red IP de TESAU⁴⁴⁸

(EUR/mes/usuario final)	2001	2002	2003	2004	2005	2006
CAPEX ⁴⁴⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
OPEX ⁴⁵⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁴⁴¹ Véase la carta de TESAU de 26.4.2004 (página TFCA-675 del expediente).

⁴⁴² Véase el modelo de costes ARCOME (referido en la nota a pie de página 514) en las páginas CMT-523 y CMT-524 del expediente.

Véase también el modelo de costes ELMCO (referido en la nota a pie de página 516) en las páginas CMT-250 y CMT-251 del expediente: «Un periodo de amortización de 5 años para el conjunto de elementos considerados y un WACC del 15.72%».

⁴⁴³ OFCOM, *Direction Setting the Margin between IPStream and ATM interconnection prices*, 26.8.2004. Véase el Considerando 2.177: en su prueba del estrechamiento de márgenes entre el producto al por mayor de British Telecom IPStream (equivalente de MegaVía en el Reino Unido) y la interconexión ATM (equivalente de GigADSL en el Reino Unido), el regulador británico indicó que los activos requeridos para la prestación de IPStream y que son adicionales a la interconexión ATM tienen una vida útil que oscila entre los 3 y los 6 años.

⁴⁴⁴ Carta de Uni2 de 25.4.2005 (página ISP-410 del expediente).

⁴⁴⁵ Carta de Auna de 8.4.2005 (véase la página ISP-340 del expediente).

⁴⁴⁶ Véase la nota a pie de página 357.

⁴⁴⁷ Véase nota al pie de página 360.

⁴⁴⁸ Tal y como está indicado por Telefónica en su Contestación (p. 322-323), la partida de costes 'capacidad portadora' esta ya incluida en el epígrafe 'red IP' y no fue incluida en los costes de red de Telefónica.

⁴⁴⁹ Depreciación + coste de capital. Véanse el Cuadro 64 y Cuadro 65 en el Anexo IV.

⁴⁵⁰ Véase el *cuadro de mando ADSL* (nota a pie de página 385): páginas TFCA-9761, TFCA-9855, TFCA-13036, TFCA-13264 and TFCA-13265 del expediente.

- (450) En su carta factual⁴⁵¹, la Comisión dio a Telefónica la oportunidad de expresar su opinión sobre i) la evaluación de la Comisión de que las inversiones indicadas en el Cuadro 20 son incrementales y directamente imputables a la actividad de banda ancha de la compañía y ii) la estimación posteriormente realizada por la Comisión de los costes unitarios de la empresa.
- (451) En su respuesta a la carta factual⁴⁵², Telefónica no rebatió la evaluación de la Comisión de que las inversiones señaladas en el Cuadro 20 son incrementales, sino únicamente alegó que la Comisión sobrestimó el coste de capital al i) sobrestimar el valor contable neto⁴⁵³ de los activos de la compañía y ii) utilizar un WACC excesivo. Telefónica adujo que la Comisión sustrajo únicamente la amortización de las inversiones realizadas por la compañía en 2001. Como bien muestran claramente el Cuadro 64 y el Cuadro 65 (véanse las notas a pie de página 798 y 800), esto no es cierto. En cuanto a la alegación de Telefónica de que la Comisión sobrestimó el WACC de la compañía, la Comisión ya ha indicado en la Sección VI.C.3.1.4 que el WACC utilizado en la presente Decisión es el propuesto por Telefónica a la CMT y utilizado por esta última para la regulación de los productos mayoristas de banda ancha de Telefónica y, lo que es más importante, es el que ha utilizado la propia Telefónica en su Contestación al PC.

1.3.2.1.3 Costes de acceso a Internet

- (452) El coste incremental de acceso a Internet de TESAU es el coste indicado en el cuadro de mando ADSL (basado en los LRAIC)⁴⁵⁴ de la compañía.

Cuadro 22: Coste de TESAU de acceso a Internet⁴⁵⁵

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
EUR/mes/usuario final	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

1.3.2.2 Costes de red sobre la base de ADSL-IP y ADSL IP-Total

- (453) Mientras que el ADSL-IP Total es un producto completo de reventa al por mayor que no requiere costes de red incrementales (véase Cuadro 23) por parte del operador alternativo, un operador que contrate ADSL IP necesita ofrecer conectividad internacional. (véase Cuadro 24)

⁴⁵¹ Véanse los Considerandos 33 a 35 y el anexo 2 de la carta factual.

⁴⁵² Véanse las páginas 31-33 de la respuesta a la carta factual.

⁴⁵³ Como se explicita en el Cuadro 65, el valor contable neto de un activo es la diferencia entre el valor bruto de la inversión y la amortización acumulada de ésta.

⁴⁵⁴ Cuadro de mando ADSL para 2004, 2005 y 2006 (véase la nota a pie de página 385): (páginas TFCA-13036, TFCA-13264 y TFCA-13265 del expediente). En particular, tal y como se indica en la nota al pie de página 390, el gasto total en 2004 (75,2 millones de euros) indicado en las cuentas auditadas de la compañía figuraba explícitamente como incremental en el Scorecard de diciembre de 2004.

⁴⁵⁵ Coste incremental indicado en el Cuadro de mando ADSL de la compañía (véase la nota a pie de página 360): véanse las páginas TFCA-9761, TFCA-9855, TFCA-13036, TFCA-13264 and TFCA-13265 del expediente.

(454) Los costes de red de TESAU son los siguientes:

Cuadro 23 – Costes de red de TESAU sobre la base de ADSL-IP Total

EUR/usuario final/mes	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Tarifa mayorista ⁴⁵⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Cuadro 24 – Costes de red de TESAU sobre la base de ADSL-IP

EUR/usuario final/mes	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Tarifas mayoristas	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP ⁴⁵⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
pPAI-IP ⁴⁵⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales de red	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Acceso a Internet ⁴⁵⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(455) Los costes de red de TERRA son los siguientes:

Cuadro 25 - Costes de red de TERRA sobre la base de ADSL-IP Total

EUR/end user/month	2002	2003	2004	2005
Tarifa mayorista ⁴⁶⁰	[...]	[...]	[...]	[...]

⁴⁵⁶ La cuota media mensual se calcula sobre la base de (i) la tarifa media mensual que cobra Telefónica para cada modalidad (véase Cuadro 12) y (ii) el número medio de líneas para cada modalidad (Véase el Cuadro 61 en el Anexo II).

⁴⁵⁷ La cuota media mensual se calcula sobre la base de (i) la tarifa media mensual que cobra Telefónica para cada modalidad (véase Cuadro 11) y (ii) el número medio de líneas para cada modalidad (Véase el Cuadro 61 en el Anexo II).

⁴⁵⁸ Véase Cuadro 11. El coste está compuesto por una cuota de alta (amortizada en 5 años) y una cuota mensual por cada puerto ocupado en el PAI-IP. El coste unitario se computa en función de los siguientes parámetros: (i) todos los puertos tienen una capacidad de 155 Mbps; (ii) la tasa de ocupación por puerto es del 70 % y (iii) el ancho de banda reservado medio por línea de TESAU (Véase el Cuadro 63 en el Anexo II).

⁴⁵⁹ Véase el Cuadro 22.

⁴⁶⁰ Cuota mayorista para la ‘modalidad Básica’. Véase el Cuadro 12 .

Cuadro 26 - Costes de red de TERRA sobre la base de ADSL-IP

EUR/end user/month	2002	2003	2004	2005
Tarifas mayoristas	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP ⁴⁶¹	[...]	[...]	[...]	[...]
pPAI-IP ⁴⁶²	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales de red	[...]	[...]	[...]	[...]
Acceso a Internet ⁴⁶³	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]	[...]	[...]

1.3.3 Costes recurrentes de PSI

- (456) Los costes recurrentes de PSI son los costes recurrentes que no son costes de red, tales como los de gestión de la plataforma PSI (costes de conexión e identificación de clientes, servicios de correo electrónico, espacio de disco para páginas web de personal), los costes de atención al cliente (líneas de acceso directo técnicas y comerciales), los costes de administración de clientes (relacionados, entre otras cosas, con la facturación y el cobro de deudas), los costes relativos a la supervisión y al seguimiento del mercado ADSL y los impuestos sobre los ingresos.
- (457) Los costes recurrentes de PSI de Telefónica son los siguientes:

⁴⁶¹ Cuota mayorista para la 'modalidad Básica'. Véase el Cuadro 11 .

⁴⁶² Véase Cuadro 11 . Este coste se compone de una única tarifa (que se amortiza en 5 años) y una tarifa mensual para cada puerto ocupado en el PAI-IP. El coste unitario se computa en función de los siguientes parámetros (i) todos los puertos tienen una capacidad de 155 Mbps; (ii) la tasa de ocupación por puerto es de 70% y (iii) el ancho de banda medio reservado para la 'Modalidad Básica' (véase Cuadro 63 en el Anexo II).

⁴⁶³ Coste de acceso a Internet de TERRA (epígrafe de coste: 'Transito IP'). Véase la carta de TERRA de 26.3.2004 (página TFCA-707 del expediente), la carta de TERRA of 07.01.04 (página TFCA-840 del expediente) y la carta de Telefónica of 17.10.06 (página TFCA-13123 del expediente).

Cuadro 27 – Costes recurrentes PSI de Telefónica

(EUR/mes/usuario final)	2001 ⁴⁶⁴	2002	2003	2004	2005	2006
Plataforma PSI ⁴⁶⁵	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Atención al cliente ⁴⁶⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Facturación y gestión de cobro ⁴⁶⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Seguimiento del mercado de BA ⁴⁶⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tributos ⁴⁶⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Otros costes de producción ⁴⁷⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL costes de producción PSI	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

1.3.4 Costes de captación de abonados

1.3.4.1 Descripción de los costes de captación de abonados de Telefónica

(458) Los costes de captación de abonados (subscriber acquisition costs o «SAC») son los costes que conlleva la captación de nuevos abonados de ADSL: los equipos y paquetes distribuidos a los clientes, la cuota de conexión, los costes de publicidad, los costes de comercialización y las promociones (menores ingresos) concedidas por Telefónica a sus nuevos abonados.

⁴⁶⁴ Como TESAU no facilitó — a pesar de habersele solicitado — sus costes unitarios para 2001, la Comisión utilizó la estimación más antigua (enero de 2002 si estaba disponible en el *Cuadro de mando ADSL* o 2002 en el *Economics ADSL*) esto no ha sido rebatido por Telefónica ni en su Contestación al PC ni en su respuesta a la carta factual.

⁴⁶⁵ Habiendo tenido en cuenta los comentarios de Telefónica en su respuesta a la carta factual (p. 34), el análisis se basa sobre el coste indicado en el *Cuadro de mando ADSL* y el *Economics ADSL*:

2001-2004: partida de coste 'Plataforma PSI' en el '*Economics ADSL*' (referido en la nota a pie de página 382): véase la página TFCA-760 del expediente.

2005-2006: partida de coste 'Oustourcing ISP' en el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385): véanse las páginas TFCA-13264 y TFCA-13265 del expediente.

⁴⁶⁶ Partidas de coste 'CAT y Help Desk' en '*Cuadro de mando ADSL*' (referido en la nota a pie de página 385): páginas TFCA-9761, TFCA-9855, TFCA-13036, TFCA-13264 y TFCA-13265 del expediente).

⁴⁶⁷ Partidas de coste 'Facturación' y 'Gestión de cobro' en '*Economics ADSL*' (referido en la nota a pie de página 382): véanse las páginas TFCA-761, TFCA-6000 y TFCA-13124 del expediente. En cuanto a los impagados, véase la partida de coste 'Impago' en la *Contabilidad de costes de ADSL de TESAU* (referida en la nota a pie de página 379): véanse las páginas TFCA-1507, TFCA-3342 y TFCA-8166 del expediente. El coste para 2006 es el mismo que para 2005 (0,23EUR/usuario final/línea).

⁴⁶⁸ Partida de coste 'Estudios de Mercado' en el '*Economics ADSL*': (referido en la nota a pie de página 382): véanse las páginas TFCA-761, TFCA-6000 y TFCA-13124 del expediente.

⁴⁶⁹ Los tributos representan el 2% de los ingresos. Carta de TESAU de 17.3.2005 (página TFCA-1499 del expediente).

⁴⁷⁰ Partida de coste 'Otros costes de producción ISP' en la '*Contabilidad de costes de ADSL de TESAU*' (referida en la nota a pie de página 379): véanse las páginas TFCA-1504 to TFCA-1507, TFCA-3342 y TFCA-8166 del expediente.

- (459) La cuota de conexión es una cuota de alta que cobra Telefónica a sus competidores por la activación de cada nueva línea ADSL (véase Sección IV.C.3.)
- (460) El coste del módem está compuesto por el propio módem y todos los costes que conlleva (empaquetado, logística, accesorios tales como filtros, instalación en el domicilio del cliente si procede, envío del equipo si procede, etc.).
- (461) Las promociones —que en la contabilidad de TESAU se reflejan como menores ingresos o ingresos negativos— se consideran costes de captación en el análisis de estrechamiento de márgenes.
- (462) Los costes de publicidad incluyen el presupuesto de publicidad que sustenta los servicios minoristas de ADSL. No se incluyen los gastos generales de comunicación, concebidos simplemente para publicitar con carácter general la empresa y su marca registrada, pero sí incluyen toda la publicidad específica de los productos de banda ancha. En el ejemplo, los costes de publicidad son específicos de servicios ADSL, estimados por la propia compañía.
- (463) Los costes incrementales de comercialización incluyen no sólo i) las ‘comisiones e incentivos’ (excluidos, por tanto, los salarios) concedidos a la red de ventas por cada nuevo abonado sino también ii) el incremento de la estructura comercial de TESAU debido a su actividad de banda ancha. (por ejemplo, salarios, etc.).

1.3.4.2 Telefónica subestimó sus costes de comercialización

- (464) Como se señaló en el PC⁴⁷¹, Telefónica subestimó los LRAIC relacionados con los costes de comercialización al incluir únicamente los incentivos y comisiones concedidos a la red de ventas por cada nuevo abonado, excluyendo cualquier coste relacionado con la estructura comercial de la compañía⁴⁷². Telefónica alegó en sus respuestas al PC y a la carta factual⁴⁷³ que su estructura comercial es un coste común compartido por varios servicios (telefonía fija, Internet de banda ancha y TV por banda ancha) y, por tanto, no debería tenerse en cuenta en el análisis.

⁴⁷¹ Véanse los Considerandos 401-403 del PC.

⁴⁷² Véase la página 19 de la carta de TESAU de 1.4.2005 (véase la página TFCA-1672 del expediente): «Este gasto [en incentivos por ventas del Kit ADSL] se compone de los pagos satisfechos al personal propio en concepto de, stricto sensu, incentivos por ventas y de las comisiones pagadas a los canales de distribución del producto [...] Dado el enfoque analítico de los ‘Economics Kit ADSL’, no podía tomarse en consideración ningún otro coste distinto de los mencionados, que fueron imputados directamente. Es evidente que el gasto en incentivos no agota el apartado designado como ‘Costes de comercialización’; en éste deben añadirse todos los derivados de la estructura comercial de TESAU (es decir, gastos de personal distinto del afectado directamente a la venta y costes de inmovilizado, estructura y soporte) en lo imputable a la oferta minorista de ADSL [...].»

⁴⁷³ Véase la página 326 de la Contestación y las secciones 5.2.2 y 5.2.3 de la respuesta a la carta factual.

- (465) Aunque es cierto que la estructura comercial de TESAU es un coste común, no puede afirmarse que tendría el mismo tamaño (en cuanto a número de empleados) si la empresa no ofreciera servicios minoristas de banda ancha. Por el contrario, una parte sustancial de la estructura comercial de TESAU la genera la actividad minorista de ADSL de Telefónica y puede atribuirse directamente a ésta; por tanto, debe tenerse en cuenta al calcular los LRAIC de TESAU.
- (466) Según Telefónica⁴⁷⁴, el crecimiento del grupo de 2004 a 2008 se verá impulsado por la banda ancha (CAGR⁴⁷⁵ > 20%) mientras que el acceso fijo sólo aumentará ligeramente gracias al crecimiento de número de hogares y a la penetración de la banda ancha (CAGR de 1%); el tráfico vocal continuará bajando (CAGR de -6%) debido a la sustitución por los móviles y por el correo electrónico y al crecimiento de la tecnología VoIP. De hecho, mientras que el crecimiento de los ingresos totales (incluyendo los servicios tradicionales de telefonía fija, los servicios de banda ancha y de banda estrecha) de TESAU creció 1600 millones de euros (+16%) desde el 2002 al 2006, los ingresos generados por sus servicios tradicionales (acceso y tráfico de voz) disminuyeron en 150 millones de euros (-2%) desde el 2002 al 2006 y los ingresos generados por los servicio de banda ancha aumentaron en 1 900 millones de euros (+525%) desde el 2002 al 2006⁴⁷⁶. Mientras que el número de líneas de telefonía fija en España se mantuvo constante entre 2001 y 2005⁴⁷⁷, el número de líneas de acceso de banda ancha aumentó un 275% entre 2001 y 2005⁴⁷⁸. TESAU perdió 1.4 millones de líneas minoristas de telefonía fija entre 2001 y 2006⁴⁷⁹, mientras que la operadora ganó 3.5 millones de líneas minoristas de banda ancha durante el mismo periodo⁴⁸⁰. Además, como reconocía la propia Telefónica, la prestación de servicios de acceso minorista de banda ancha tiene un efecto de fidelización en los servicios de la telefonía fija tradicional⁴⁸¹: es decir, si Telefónica no prestara servicios minoristas de banda ancha, su cuota en el mercado de la telefonía fija sería menor y, en consecuencia, sus ingresos en este último también serían menores. Todo esto significa que el personal de ventas de TESAU está dedicado principalmente al desarrollo de su actividad de banda ancha.

⁴⁷⁴ *A new world of Broadband Solutions*, presentación de Julio Linares ante la Barcelona Investor Conference, 25.4.2005 (véase la página TFCA-3789 del expediente).

⁴⁷⁵ Compound Annual Growth Rate (Tasa de crecimiento anual compuesto).

⁴⁷⁶ Véanse los informes trimestrales de Telefónica de diciembre de 2003 (página 24) y de diciembre de 2006 (página 22).

⁴⁷⁷ El número de líneas de telefonía fija en España pasó de 17,64 millones en 2002 a 17,95 millones en 2005. Véase el Informe de la CMT 2005 (página 295).

⁴⁷⁸ Véase el Cuadro 60 en el Anexo I.

⁴⁷⁹ Véanse los Informes anuales de Telefónica del 2004 (página 75) y del 2005 (página 150) y el informe trimestral de Telefónica de diciembre del 2006 (página 22).

⁴⁸⁰ Véase el Cuadro 60 en el Anexo I y el informe trimestral de Telefónica's de diciembre del 2006 (página 22).

⁴⁸¹ Véase la nota a pie de página 484.

- (467) La aportación de la banda ancha a los ingresos y beneficios totales de TESAU ha ido en aumento en una medida muy significativa desde septiembre de 2001, fecha en que la compañía comenzó a prestar servicios minoristas de ADSL. La banda ancha representará el [...] % de los ingresos de TESAU en el segmento residencial⁴⁸² en 2008. El negocio de banda ancha de TESAU habrá transformado el modelo de negocio que TESAU consideraba carente de perspectivas, en un negocio rentable⁴⁸³. De hecho, si TESAU no hubiera entrado en el mercado minorista de banda ancha, los beneficios (en términos de EBIDTA) habrían sido un [...] % menores en 2005⁴⁸⁴. La cifra sería aún más baja en 2008 con la disminución ininterrumpida del negocio tradicional de TESAU.
- (468) Según la propia Telefónica, la compañía está construyendo su capacidad comercial contratando personal de ventas adicional ([...]) con el fin de hacer frente al esperado crecimiento de sus actividades de banda ancha⁴⁸⁵. Sin embargo, en el contexto de este procedimiento, Telefónica alegó que la magnitud de su personal de ventas no había aumentado desde 1999⁴⁸⁶. No obstante, el hecho de que el tamaño del personal comercial de Telefónica no haya aumentado desde 1999, no implica que ninguna proporción de la estructura comercial sea incremental y, por tanto, directamente imputable a su actividad de banda ancha.
- (469) Telefónica es una compañía que busca lograr la eficiencia y ha llevado a cabo un ambicioso plan de reducción de costes que ha dado lugar a una importante disminución de su número de empleados. Habida cuenta de lo anterior, es más que probable que la estructura comercial de TESAU no tuviera el mismo tamaño si la compañía no ofreciese servicios minoristas de banda ancha.

⁴⁸² Véase la página 4 del plan estratégico de TESAU para 2005-2008 (carta de Telefónica de 22.8.2006 en la página TFCA-9026 del expediente).

⁴⁸³ Véase 'La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas – documento para discusión – Madrid, 20 de diciembre de 2001': "Sin esta estrategia de banda ancha TdE tendría grandes dificultades para retener a sus mejores clientes, con un impacto significativo en la rentabilidad global del negocio fijo. [...] La Banda Ancha supone la transformación de un negocio que se creía sin perspectivas en un negocio de crecimiento rentable." Véase el anexo 11ii de la carta de Telefónica de 21.07.06, página 17 (página TFCA-4530 del expediente)

⁴⁸⁴ Véase *La oportunidad de la Banda Ancha en los operadores fijos – documento para discusión – Madrid, 20 de diciembre de 2001*: Telefónica estimó que su EBIDTA en 2005 sería de [...] en el supuesto de que entrara en el mercado minorista de banda ancha pero sólo de [...] en el supuesto de que no lo hiciera y, por consiguiente, perdería también clientes de telefonía vocal fija (según Telefónica, la entrada en el mercado minorista de banda ancha produciría un efecto de fidelización de sus clientes en el mercado minorista de telefonía fija). Véase el anexo 11ii de la carta de Telefónica de 21.07.06, página 17 (página TFCA-4530 del expediente).

⁴⁸⁵ *A new world of Broadband Solutions*, op. cit. (véase la página TFCA-3824 del expediente): «Para aportar Soluciones BB estamos reforzando nuestra campaña comercial. Estamos construyendo capacidad en todas las áreas comerciales [...] Más de 1 000 contrataciones comerciales adicionales para 2008 [...] Estamos desarrollando una red de canales de eficacia más elevada [...] Desarrollar una estrategia multicanal dirigida a aumentar la capilaridad y la proximidad. Evolución del mix de canales [...] Personal de ventas: 2004: 22 % - 2008: 29 %. Minoristas, distribuidores y tiendas de Telefónica: 2004: 15 % - 2008: 27 %.»

⁴⁸⁶ Véase Sección 5.2.5 de la respuesta a la carta factual.

- (470) Por tanto, como ya se explicó en el PC⁴⁸⁷ y en la carta factual⁴⁸⁸, incluyendo únicamente los incentivos y comisiones concedidos a la red de ventas por cada nuevo abonado y excluyendo cualquier coste relacionado con la estructura comercial de TESAU, se corre el peligro de reducir los costes a un nivel muy inferior a los «auténticos» LRAIC, que deberían incluir un porcentaje de la estructura comercial de TESAU.
- (471) Aunque la conclusión de que existe un estrechamiento de márgenes es independiente de la inclusión de proporción alguna de los costes comunes de comercialización (es decir, el margen descendente de Telefónica seguiría siendo negativo aun cuando sólo se incluyeran los incentivos y comisiones del análisis), la Comisión considera que la evaluación de los costes de comercialización incrementales deberían incluir un porcentaje de los costes relativos a su estructura comercial.
- (472) Una estimación razonable del coste incremental de comercialización podría estar basada en la dedicación efectiva del personal de ventas de TESAU a la comercialización de servicios minoristas de banda ancha, es decir, en la asignación del coste total de comercialización en porcentaje del tiempo dedicado por el personal de ventas a los productos minoristas de banda ancha. A este respecto, la asignación realizada por la compañía en porcentaje de los ingresos de cada actividad (telefonía fija, Internet de banda ancha y televisión por banda ancha) subestima claramente el coste que es incremental en la actividad de banda ancha. En realidad, al hacerlo, un porcentaje importante de los costes totales de comercialización de la compañía que deberían asignarse a la actividad de banda ancha minorista, se asignan de hecho al negocio minorista de telefonía fija, a pesar de que el primero está en rápido crecimiento y éste último es un negocio maduro y saturado: un usuario final que haya sido cliente de Telefónica de telefonía fija durante muchos años no origina actividad alguna del personal comercial de Telefónica, pero la asignación de los costes comerciales que hace Telefónica supone lo contrario. A este respecto, la CMT ha criticado en repetidas ocasiones la clave utilizada por TESAU para asignar sus costes de comercialización⁴⁸⁹ y pidió a Telefónica que realizara un estudio en el que estimara la dedicación efectiva de su red de ventas a cada una de sus actividades minoristas. Todavía no se dispone de dicho estudio⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Véase el Considerando 403 del PC.

⁴⁸⁸ Véanse los Considerandos 29-30 de la carta factual.

⁴⁸⁹ Véase la decisión AE 2005/729 de la CMT de 14.7.2005: Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por Telefónica de España, S.A.U. referidos al ejercicio 2003: «**Nota 5: Asignación de costes de comercialización de la cuenta «Venta de la red Propia»** [...] En base a la descripción del principio de causalidad, se considera que estos costes deberían asignarse a servicios en función de la dedicación de los recursos de los canales propios, es decir, en función de la dedicación efectiva del personal de venta de la red propia, ya que el esfuerzo y dedicación de recursos de los comerciales en la captación de un nuevo cliente genera unos ingresos en el ejercicio en curso, y unos potenciales mayores ingresos en ejercicios futuros. Por tanto, y teniendo en cuenta los comentarios anteriores, se considera que la Operadora debería realizar un estudio que reflejase la dedicación efectiva del personal de venta de su red propia. Este estudio serviría de base para fijar los porcentajes de ponderación utilizados en el reparto a servicios de los costes registrados en el sub-centro de actividad «Ventas de la red propia». De igual modo, se considera que Telefónica debería actualizar su Manual Interno de Contabilidad de Costes y su

(473) Dada la información facilitada por Telefónica y la imposibilidad de disponer de un estudio que analice la dedicación del personal de ventas a cada una de las actividades minoristas de la compañía, es imposible estimar con precisión los «auténticos» LRAIC de Telefónica en el marco del presente procedimiento. Por tanto, en la presente Decisión, la Comisión utiliza la asignación de los costes de comercialización como porcentaje del volumen de negocios como una aproximación de los LRAIC. Esta asignación de costes beneficia a la compañía.

1.3.4.3 Amortización de los costes de captación de clientes de Telefónica

(474) Se han efectuado algunos ajustes en los costes de Telefónica para que el análisis de estrechamiento de márgenes dé una medida adecuada del equilibrio económico de los servicios minoristas ADSL de Telefónica. Efectivamente, según se ha indicado ya en *Wanadoo*⁴⁹¹, en un mercado en expansión como es el mercado minorista de banda ancha español, los costes de captación de clientes constituyen una proporción sustancial de los gastos, cuyo beneficio dura más que el periodo en que se contraen. Telefónica considera estos costes como gastos y no los amortiza; así pues, se han introducido ajustes en la contabilidad de Telefónica amortizando los costes de captación de clientes durante un periodo adecuado.

(475) En el presente caso, existen diversos indicadores potenciales para determinar la amortización adecuada de los costes de captación de clientes de Telefónica, a saber: i) el periodo en que Telefónica esperaba recuperar estos costes en su plan de negocio inicial; ii) la duración de la vida media de los usuarios de Telefónica durante el periodo de investigación; y iii) los periodos de amortización utilizados por otros reguladores o autoridades nacionales de competencia («ANC») en mercados similares (incluido el presente). Estos indicadores se tratarán más adelante.

1.3.4.3.1 Plan de negocio inicial de Telefónica

(476) Cuando se elaboró el plan de negocio de Telefónica, la empresa esperaba recuperar (en el conjunto de sus actividades) los costes de captación de sus abonados durante un periodo de entre uno y dos años, y sus costes de inversión en red durante cuatro años⁴⁹².

1.3.4.3.2 Vida media del usuario medio de Telefónica

(477) La vida media de los usuarios de Telefónica constituye un posible indicador para determinar el periodo de amortización adecuada para los costes de captación de abonados de Telefónica.

documento de Motivos de Cargo y Abono de tal forma que reflejen los criterios utilizados en el reparto a servicios de los costes registrados en el CAAD «Comercialización».

⁴⁹⁰ Véase el anexo 2ii de la carta de Telefónica de 31.7.2006 – Deloitte, Informe de revisión del Sistema de Contabilidad de Costes bajo el estándar de Costes Corrientes correspondiente al ejercicio anual terminado el 31 diciembre de 2004, 29.7.2005. Véase la página 3 del informe (página TFCA-6064 del expediente).

⁴⁹¹ *Wanadoo*, considerando 77.

⁴⁹² Véase el anexo 10iii de la carta de Telefónica de 21.7.2006: ‘Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – documento de trabajo – Resumen documento base – 16 de octubre de 2001’, páginas 16 y 23, (páginas TFCA-4461 y TFCA-4468 del expediente).

- (478) No obstante, se debe observar que, en principio, este indicador debe tratarse con precaución. Es probable que la vida media de los usuarios de Telefónica sea mayor de lo que sería en un mercado competitivo como resultado del poder de mercado de la compañía dominante⁴⁹³.
- (479) Además, la Comisión considera que la vida media de los usuarios estimada y comunicada por Telefónica sobrestimaba considerablemente la vida media real por las razones que se exponen a continuación.
- (480) Telefónica calculó⁴⁹⁴ la vida media de sus usuarios del siguiente modo: la vida media (en meses) es la inversa de la tasa de renovación (i.e. churn). La tasa de renovación mensual es el número de abonados que salieron de la empresa durante el mes dividido por el número medio de abonados durante ese mes:

$$\left\{ \begin{array}{l} \text{Vida} = \frac{1}{\text{churn}} \\ \text{donde churn es la media del año:} \\ \text{churn}_m = \frac{\text{Bajas en el mes } m}{\text{Abonados en el mes } m} \end{array} \right.$$

- (481) Tomando como base esta fórmula, la vida media según Telefónica se sitúa entre [...] y [...] ⁴⁹⁴. Esto se contradice con las propias alegaciones de Telefónica en su Contestación, que establecen que el mercado minorista se caracteriza por un coste de cambio bajo y que la tasa de renovación de Telefónica es aproximadamente del [...] % al mes⁴⁹⁵, lo que arroja una vida media de usuarios de [...]. De hecho, los datos indicados en el Cuadro de mando ADSL de Telefónica muestran que la fórmula de Telefónica arroja una vida media estimada entre [...] y [...] ⁴⁹⁶.
- (482) Como ya se explica en *Wanadoo*⁴⁹⁷, la tasa de renovación observada durante un periodo en el que el número de clientes ha estado creciendo significativamente, no puede considerarse representativo. Las únicas tasas que serían útiles para el cálculo del periodo de vida media de los usuarios, serían las tasas observadas en una base de clientes estabilizada. La fórmula de Telefónica puede ser la adecuada en un mercado que no está en crecimiento (en términos de número de abonados) pero no lo es en un mercado en crecimiento. Dado que el número de abonados (es decir, el denominador de la fórmula antes expuesta) aumenta rápidamente cada mes, la tasa media de bajas sobre altas calculada por Telefónica está subestimada y, por lo tanto, se sobrestima la vida media.
- (483) La Comisión comprobó la fórmula de Telefónica con las siguientes cuatro muestras:
- **Muestra 1:** se captan 100 abonados nuevos cada mes ($N_m = 100$). Todos los abonados permanecen exactamente 24 meses con la empresa.

⁴⁹³ Este es un problema similar al del "cellophane fallacy" en la aplicación del SNIPP test para definir un mercado.

⁴⁹⁴ Carta de TESAU de 26.3.2004 (véase la página TFCA-680 del expediente).

⁴⁹⁵ Véase la Contestación de Telefónica, página 70.

⁴⁹⁶ Véase Anexo IV.

⁴⁹⁷ Véase el considerando 78 de la decisión.

- **Muestra 2:** El número de abonados captados aumenta un 10 % cada mes ($N_m = 1,10 \times N_{m-1}$). Todos los abonados permanecen exactamente 24 meses.
- **Muestra 3:** El número de abonados captados aumenta un 10 % cada mes ($N_m = 1,10 \times N_{m-1}$). Un 20 % de los abonados permanece durante 24 meses; un 15 % permanece 25 (respectivamente 23) meses; un 10 % permanece 26 (respectivamente 22) meses; un 5 % permanece 27 (respectivamente 21) meses; un 3 % permanece 28 (respectivamente 20) meses; un 2 % permanece 29 (respectivamente 19) meses; un 1 % permanece 30 (respectivamente 18) meses; un 1 % permanece 31 (respectivamente 17) meses; un 1 % permanece 32 (respectivamente 16) meses; un 1 % permanece 33 (respectivamente 15) meses; y un 1 % permanece 34 (respectivamente 14) meses.
- **Muestra 4:** El número de abonados captados aumenta un 10 % cada mes ($N_m = 1,10 \times N_{m-1}$). Un 2 % de abonados permanece 1 mes, un 2 % permanece 2 meses.... y 2 % de abonados permanece 48 meses.

(484) Si se considera que debería obtenerse la misma vida media de los usuarios — de dos años — para todas las muestras, la fórmula de Telefónica sobrestima la vida media cuando el mercado está en crecimiento (muestras 2, 3 y 4), lo que demuestra que la fórmula propuesta por Telefónica no es adecuada en el presente caso:

Cuadro 28 – Aplicación de la fórmula de Telefónica a las muestras 2, 3 y 4

Año	Muestra 2		Muestra 3		Muestra 4	
	3	4	3	4	3	4
Tasa de renovación media mensual	1,03 %	1,03 %	1,02 %	1,08 %	2,16 %	2,23 %
Vida media de los usuarios (años)	8,1	8,1	8,2	7,7	3,9	3,7

(485) En conclusión, la Comisión considera que la vida media estimada y comunicada por Telefónica no es adecuada para determinar la amortización adecuada de los costes de captación de abonados de Telefónica. Al no contar con datos históricos suficientes que permitan estimar la vida media — puesto que la mayoría de los usuarios finales no han llegado al final de su vida —, esta última no se utilizará en el presente caso.

1.3.4.3.3 *Periodo de amortización utilizado por reguladores y las autoridades nacionales de competencia en mercados similares*

(486) En *Wanadoo*, la Comisión amortizó los costes de captación de usuarios de Wanadoo Interactive en un periodo de 4 años, que fue el periodo propuesto y aceptado por la compañía⁴⁹⁸. En este caso, un periodo ligeramente inferior parece más apropiado para reflejar la realidad económica y la práctica de la competencia y las autoridades reguladoras.

⁴⁹⁸ Véase *Wanadoo*, considerando 78.

- (487) En su análisis de estrechamiento de márgenes en los mercados españoles de banda ancha, la autoridad española de reglamentación calculó que la vida media de los usuarios de Telefónica debía amortizarse en dos años⁴⁹⁹. Este periodo de dos años fue definido por la CMT después de consultar a los principales PSI españoles⁵⁰⁰.
- (488) Otras autoridades nacionales de competencia (ANC) y las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) de las comunicaciones electrónicas utilizan un periodo máximo de tres años al amortizar los costes de captación de abonados en el análisis de estrechamiento de márgenes. En especial, en Francia, tanto ARCEP como el 'Conseil de la Concurrence' amortizan los costes de captación de clientes de France Télécom en tres años⁵⁰¹.

1.3.4.3.4 Conclusión sobre el periodo de amortización

- (489) Habida cuenta de lo anterior, la Comisión considera que el periodo apropiado para amortizar los costes de captación de abonados de Telefónica a los efectos de la presente Decisión es de tres años. Tres años es el periodo máximo utilizado por las autoridades nacionales de competencia y las autoridades nacionales de reglamentación, incluida la CMT (que utiliza dos años). Por lo tanto, este periodo es más apropiado que el utilizado por la Comisión en *Wanadoo*. Y lo que es más importante, el periodo elegido por la Comisión es superior — y, por tanto, más favorable a Telefónica — que la previsión del plazo de recuperación de estos costes indicado en el plan de negocio inicial de la propia TESAU.

1.3.4.4 Cálculo de los costes netos amortizados de captación de abonados de TESAU

- (490) Los costes netos de captación de clientes de TESAU son los siguientes:

⁴⁹⁹ Resolución MTZ 2004 /609 de la CMT de 15.7.2004. Véase la descripción de la prueba de estrechamiento de márgenes realizada por la CMT (páginas 15-16 de la decisión):

⁵⁰⁰ Resolución MTZ 2004 /609 de la CMT de 15.7.2004. Véanse también las alegaciones del principal PSI a este respecto (página 13 de la decisión).

⁵⁰¹ ART (denominada ahora ARCEP), *Modèle réglementaire du coût de l'accès dégroupé*, nota explicativa, noviembre 2004. (páginas 8 y 9.)

Cuadro 29 -Costes netos de captación de clientes de TESAU

EUR/nuevo abonado	2001 ⁴⁶⁴	2002	2003	2004	2005	2006
Ingresos no recurrentes ⁵⁰²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de captación	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuota de alta ⁵⁰³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Módem ⁵⁰⁴	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Publicidad ⁵⁰⁵	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Comercialización ⁵⁰⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Plataforma PSI ⁵⁰⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes netos de captación	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Cuadro 30 – Amortización de los costes netos de captación de clientes de TESAU (3 años)

EUR/abonado/mes	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Amortización⁵⁰⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(491) Los costes netos de captación de clientes de TERRA son los siguientes:

- ⁵⁰² Como señaló Telefónica en su Contestación a la carta factual (Véase Sección 5.4.3), la fuente de información debería ser la misma que para el ARPU, que es la línea seguida por la Comisión en la presente Decisión, con la excepción de los ingresos no recurrentes para 2001, dado que no se dispuso de esta información hasta la contabilidad de costes auditados de la compañía.
- De 2002 a 2006: Ingresos no recurrentes y promociones indicadas en el *Cuadro de mando ADSL* (véase la nota a pie de página 385 - páginas TFCA-9760, TFCA-9854, TFCA-13036, TFCA-13264 y TFCA-13265 del expediente).
 - 2001: epígrafe de ingresos ‘90104941-Conexión Servicios IP-ISP’, ‘90104944-Venta y Mantenimiento Equipos IP-ISP’ y ‘90104947-Devoluciones Servicios IP-ISP’ en la contabilidad ADSL de TESAU: página TFCA-1375 del expediente.
- ⁵⁰³ La cuota media de alta mayorista se calcula sobre la base (i) de la cuota de alta que cobra Telefónica por cada modalidad de GigADSL (véase el Cuadro 10) y (ii) del número medio de nuevos abonados de cada modalidad de GigADSL (véase el Cuadro 62).
- ⁵⁰⁴ Esta partida incluye: i) el coste del equipo y ii) la instalación y envío: véase Cuadro de mando ADSL (véase la nota a pie de página 385 - páginas TFCA-9760, TFCA-9854, TFCA-13036, TFCA-13264 y TFCA-13265 del expediente).
- ⁵⁰⁵ Para 2001: Partida de coste 'Marketing y Publicidad – Directos' en la *Contabilidad ADSL de TESAU* (página TFCA-1504 del expediente). El coste unitario es el coste anual dividido por el número de abonados captados (véase el Cuadro 62).
De 2002 a 2006: Partida de coste 'Marketing' o 'Publicidad' en *Cuadro de mando ADSL* (véase la nota a pie de página 385 - páginas TFCA-9761, TFCA-9855, TFCA-13036, TFCA-13264 y TFCA-13265 del expediente).
- ⁵⁰⁶ Partida de coste 'Red de ventas' en '*Contabilidad de costes ADSL de TESAU*' (véase la nota a pie de página 379): véanse las páginas TFCA-1504 a TFCA-1507, TFCA-3342 y TFCA-8166 del expediente. El coste unitario es el coste anual dividido por el número de abonados captados (véase el Cuadro 62). El coste unitario para 2006 es el mismo que para 2005.
- ⁵⁰⁷ Véase la carta de TESAU de 17.3.2005 (páginas TFCA-1618 y TFCA-1630 del expediente).
- ⁵⁰⁸ Suponiendo que se incurrió en el SAC del año N a mediados de año, el 16 % del SAC se asigna al año N, el 33 % al año N+1, el 33 % al año N+2 y el 16 % al año N+3. Véase Cuadro 66 abajo.

Cuadro 31 - Costes netos de captación de clientes de TERRA

EUR/nuevo abonado	2002	2003	2004	2005
Ingresos no recurrentes ⁵⁰⁹	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de captación	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuota de alta ⁵¹⁰	[...]	[...]	[...]	[...]
Módem ⁵¹¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Publicidad	[...]	[...]	[...]	[...]
Comercialización	[...]	[...]	[...]	[...]
Plataforma PSI	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes netos de captación	[...]	[...]	[...]	[...]

Cuadro 32 – Amortización de los costes netos de captación de clientes de TERRA (3 años)

EUR/ subscriber / month	2002	2003	2004	2005
Amortización⁵⁰⁸	[...]	[...]	[...]	[...]

1.4 Diferencia con el modelo de costes de la CMT

- (492) En su Contestación, Telefónica sostuvo que la Comisión no tuvo en cuenta el modelo de costes de la CMT– que se basa en los LRAIC –, ideado expresamente para garantizar que no haya un estrechamiento de márgenes y con base en el cual la CMT estableció los precios máximos del acceso mayorista regional de banda ancha (GigADSL)⁵¹².

⁵⁰⁹ Epígrafes 'Ingresos envío de módems' y 'Regalos promocionales' en los resultados financieros de TERRA. Véase la carta de TERRA de 26.3.2004 (página TFCA-707 del expediente), la carta de TERRA de 07.01.04 (página TFCA-840 del expediente) y la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA-13123 del expediente).

⁵¹⁰ Epígrafe de coste 'Cuota de alta servicio mayorista' en los resultados financieros de TERRA. Véase la carta de TERRA de 26.3.2004 (página TFCA-707 del expediente), la carta de TERRA de 07.01.04 (página TFCA-840 del expediente) y la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA-13123 del expediente).

⁵¹¹ Epígrafe de coste 'Módems y envío' en los resultados financieros de TERRA. Véase la carta de TERRA de 26.3.2004 (página TFCA-707 del expediente), la carta de TERRA de 07.01.04 (página TFCA-840 del expediente) y la carta de Telefónica de 17.10.06 (página TFCA-13123 del expediente).

⁵¹² Véase la Contestación de Telefónica, páginas 98 -99.

- (493) Como explicó Telefónica⁵¹³, el modelo de costes de la CMT fue elaborado por dos consultoras externas que modelizaron los costes incrementales de un operador alternativo tan eficiente como Telefónica y que construyera sus ofertas minoristas sobre GigADSL. El primer modelo de costes fue elaborado por la consultora ARCOME en marzo de 2002⁵¹⁴ en el marco de la Resolución de la CMT sobre la OBA 2002⁵¹⁵, mientras que la consultora ELMCO⁵¹⁶ actualizó en 2004 el modelo de costes de ARCOME en el marco de la Resolución de la CMT sobre la OBA 2004⁵¹⁷. Tras la propuesta de Telefónica de duplicar la velocidad de sus productos minoristas en julio de 2004⁵¹⁸ y mayo de 2005⁵¹⁹, la CMT introdujo cambios menores en relación con los parámetros del modelo de costes elaborado por ELMCO.
- (494) Como se demostrará a continuación, los costes que se indican en el modelo de costes de la CMT son inapropiados para evaluar en el presente caso la compatibilidad de los precios de acceso a la banda ancha de Telefónica con el artículo 82 del Tratado, porque i) los costes que se indican en el modelo de costes de la CMT no se basan en los costes históricos de Telefónica sino más bien en previsiones de costes realizadas por consultoras externas sobre la base de información facilitada por la compañía en octubre de 2001; y (ii) aquellos costes estimados por las consultoras resultaron ser significativamente más bajos que los costes históricos de Telefónica y que los costes previstos por la propia Telefónica en su plan de negocio inicial.

1.4.1 *El modelo de costes de la CMT no se basa en información histórica sobre los costes efectivamente incurridos por Telefónica sino en estimaciones ex ante realizadas por consultoras externas basadas en información facilitada por la compañía en 2001*

- (495) La CMT reconoció que no disponía de todos los elementos necesarios para identificar los costes relativos a la prestación de las diversas formas de acceso mayorista incluidas en la oferta de referencia (OBA). Esto indica que la CMT no disponía de la información de costes necesaria para realizar un análisis de estrechamiento de márgenes⁵²⁰ entre los precios mayoristas y minoristas de banda ancha de Telefónica tan extenso y detallado como el realizado en esta Decisión.

⁵¹³ Véase la Contestación, páginas 159-160.

⁵¹⁴ *Modelo de costes ARCOME*: véase el anexo 2 de la carta de la CMT de 28.1.2005: *Estudio adicional sobre los precios de la Oferta de Acceso al bucle de Abonado de Telefónica: estudio de costes en PAI-IP & Análisis Retail Minus de la oferta minorista ADSL* (páginas CMT-519 a CMT-557 del expediente).

⁵¹⁵ Resolución de la CMT OBA 2002.

⁵¹⁶ *Modelo de costes ELMCO*: Véase el anexo IV de la carta de la CMT de 20.12.2004: *Actualización de los estudios realizados por Arome sobre precios de la Oferta de Acceso al bucle de abonado de Telefónica* (páginas CMT-198 a CMT-312 del expediente).

⁵¹⁷ Resolución de la CMT OBA 2004. (Véase nota a pie de página 94)

⁵¹⁸ Véase la Decisión de la CMT OBA 2004 (2) (véase nota a pie de página 103) en la página CMT-1637 del expediente.

⁵¹⁹ Véase la Decisión de la CMT OBA 2005 (véase nota a pie de página 104) en la página TFCA-3160 del expediente:

⁵²⁰ Véanse las declaraciones de la CMT en la OBA 2004 (véase la página CMT-1273 del expediente): «En la tramitación del presente expediente de revisión de la OBA nos encontramos con la misma dificultad que en 2002: la información de contabilidad de costes que

- (496) La consultora ARCOME señaló explícitamente que no disponía de información precisa sobre la arquitectura de red de Telefónica, o sobre el equipo de red utilizado por la compañía⁵²¹.
- (497) Los costes de red que se indican en el modelo de costes de la CMT se basan en información facilitada por Telefónica en su respuesta a un requerimiento de información de la CMT en octubre de 2001, es decir, sólo un mes después del lanzamiento por parte de TESAU de sus servicios minoristas de ADSL⁵²¹. En esa ocasión, Telefónica facilitó una estimación (es decir, no el coste efectivo) de lo que serían sus costes en relación con una red con una capacidad de [...] líneas. El número de líneas de Telefónica⁵²² ya excedió ese volumen en septiembre de 2001⁵²³. Como se indica en el plan de negocio interno de Telefónica, la compañía contaba en ese momento con previsiones de costes en relación con una red con capacidad (a nivel del IP backbone) que superaba las [...] líneas a finales de 2001 y las [...] líneas a finales de 2005⁵²⁴. La capacidad que efectivamente alcanzó la red de Telefónica superó las [...] líneas a finales de 2001 y las [...] líneas a finales de 2005⁵²³.
- (498) Como explicó la propia Telefónica en su Contestación⁵²⁵, la CMT no le requirió información adicional para actualizar los costes de la compañía.

ha proporcionado TESAU no es suficiente para poder conocer los costes de producción de los diferentes servicios de la OBA. En consecuencia, siguiendo el mismo enfoque que en la OBA 2002, se ha optado por la actualización de los estudios que permitieron el establecimiento de los precios de la OBA actualmente vigente.»

⁵²¹ Modelo de costes ARCOME (referido en la nota a pie de página 514): «Al no disponer de informaciones precisas sobre la arquitectura de red desplegada por Telefónica y el tipo de equipos utilizados, se ha tomado como hipótesis de partida el análisis en el anexo 4.4 de la respuesta al requerimiento de información del 19 de octubre de 2001. En ese análisis Telefónica tomó como hipótesis [...]. A partir de esta hipótesis de partida se ha estimado el tipo de red que podría tener Telefónica evaluando las inversiones necesarias a que debería hacer frente para soportar las nuevas configuraciones de abonados par el 2002 [...]. » (página CMT-523 del expediente).

Modelo de costes ELMCO (referido en la nota a pie de página 516): «Al igual que hizo Arcome en su estudio de 2002, aquí se ha tomado como hipótesis de partida el modelo de red propuesto para el análisis de costes detallado del servicio PAI IP que realizó la propia Telefónica y que está incluido en el anexo 4.4 de su respuesta al requerimiento de información del 19 de octubre de 2001. En ese análisis Telefónica asumía la hipótesis de [...]. A partir de esta hipótesis de partida se ha estimado el tipo de red que debería implementar Telefónica, y se han evaluado las inversiones necesarias que se deberían llevar a cabo para soportar las nuevas configuraciones de abonados para 2004 [...]. » (página CMT-250 del expediente).

⁵²² Líneas mayoristas nacionales + líneas minoristas.

⁵²³ Los volúmenes minoristas y mayoristas de TERRA y TDATA _(que son volúmenes mayoristas nacionales para TESAU) ya habían excedido ese volumen en dicha fecha. Véase la nota a pie de página 794.

⁵²⁴ Véase el plan de negocio de Telefónica. Véase anexo 10 de la carta de Telefónica de 21.07.06, en concreto “Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base” (anexo 10iii: página TFCA-4452del expediente).

⁵²⁵ Véase la Contestación de Telefónica, en la página 159-160:

*«En el año 2002, y coincidiendo con la modificación de la OBA, la CMT encargó a la consultora ARCOME la elaboración de un modelo de costes de los servicios de acceso mayoristas, desagregado, compartido e indirecto. La CMT consideró que la información disponible en aquel momento era suficiente ya que no se requirió a Telefónica información adicional alguna. No obstante, la CMT aportó a la consultora cuanta información de costes de Telefónica obrada en su poder.
[...]*

- (499) Por tanto, los costes indicados en los modelos de coste elaborados por las consultoras no se refieren a los costes realmente soportados por la compañía sino a previsiones de costes basadas en información relativa a una red con una capacidad de [...]. Las consultoras previeron - sin pedir información adicional sobre costes a Telefónica⁵²⁵ - cuáles serían las inversiones incrementales necesarias que el operador incumbente tendría que soportar para desplegar una red con una capacidad de [...] en 2002 y de [...] en 2004. Según las consultoras, esas previsiones se estimaron sin ninguna información ni real y ni precisa sobre la arquitectura de la red y el tipo de equipamiento de red desplegado por Telefónica⁵²¹.
- (500) Al contrario, en el presente procedimiento Telefónica facilitó a la Comisión su plan de negocio en el que se estimaban las previsiones de costes esperados por Telefónica. Telefónica también facilitó información relativa a los costes realmente soportados por la compañía. En concreto, la Comisión obtuvo no sólo la contabilidad de costes auditados (que también se facilitó a la CMT⁵²⁶) sino también todos los planes de negocios de la compañía, el Cuadro de mando ADSL, que identifica las inversiones y los costes operativos incrementales, y el Economics ADSL, que facilita la evaluación que hace la propia compañía de sus costes incrementales de servicio (costes recurrentes PSI + costes de captación de abonados). Telefónica no refutó que los costes indicados en su plan de negocio fuesen los costes incrementales realmente esperados por la compañía y que los costes indicados en sus cuadros de mando ADSL fuesen los costes incrementales efectivamente soportados por la compañía.
- (501) En estas circunstancias, no se justificaría ni sería razonable utilizar en el presente asunto los costes indicados en el modelo de costes de la CMT.

En el año 2003 no se produjo ninguna decisión de la CMT sobre precios mayoristas. Se mantuvieron los porcentajes de retail minus. Telefónica aportó a la CMT, el 31 de julio de ese año, la contabilidad de costes históricos y corrientes totalmente distribuidos correspondientes al año 2002.

*En el año 2004 y coincidiendo con la modificación de la OBA, la CMT encargó a la consultora ELMCO que actualizara el modelo de ARCOME y no le requirió a Telefónica ninguna información específica para llevar a cabo esta actualización.» [...] En julio, y como consecuencia de la propuesta de elevación de velocidad solicitada por Telefónica, la CMT ajustó los parámetros del modelo ELMCO [...]. En esta decisión Telefónica no fue requerida para aportar ninguna información relativa a los costes.
[...]*

En el año 2005 y coincidiendo con la respuesta de Telefónica de elevación de velocidad del mes de mayo, la CMT volvió, sin requerir información adicional a Telefónica, a ajustar los parámetros del modelo ELMCO y modificó ligeramente los precios del GigADSL." "

⁵²⁶

Telefónica presenta su contabilidad de costes auditada del año N el 31 de julio del año N+1. Por tanto, la CMT sólo disponía de la contabilidad de costes para 1999 y 2000 cuando se aplicó el modelo ARCOME en 2002 y de la contabilidad de costes para 2001 y 2002 cuando se aplicó el modelo ELMCO en 2004.

1.4.2 *Los costes indicados en el modelo de costes de la CMT son más bajos que los costes efectivamente soportados por Telefónica*

1.4.2.1 *Las economías de escala de Telefónica indicadas en el modelo de costes de la CMT superan las economías de escala que alcanzó la compañía*

(502) En 2004, la consultora ELMCO previó y aplicó a su modelo de costes una cuota de mercado y en consecuencia unas economías de escala y de alcance a nivel de la red IP que Telefónica no ha logrado alcanzar en la realidad. Esto ha producido una subestimación del coste realmente soportado por la compañía⁵²⁷. Al contrario, el modelo de costes elaborado por la Comisión utiliza la cuota de mercado real de Telefónica.

1.4.2.2 *Los costes de red incrementales indicados en el modelo de costes de la CMT son más bajos que los costes incrementales previstos por Telefónica en su plan de negocio y que los costes efectivamente soportados por la compañía*

(503) En primer lugar, las inversiones incrementales (CAPEX) relativas a la red IP de Telefónica (nodos IP + transporte IP) indicadas en el modelo de costes de la CMT, son mucho más bajas que (i) las inversiones incrementales previstas en el plan de negocio de Telefónica y mucho más bajas que (ii) las inversiones incrementales efectivamente soportadas por la compañía.

(504) Como se ilustra en el Cuadro 33, el plan de negocio de Telefónica de abril de 2002 ya indicaba que Telefónica esperaba realizar inversiones mayores que las indicadas en el modelo de costes de la CMT. Este plan de negocio ya indicaba las inversiones efectivamente realizadas en 2001. Estas últimas ya superaban las inversiones indicadas como estimación en el modelo de costes de la CMT para 2001-2002 (modelo de costes ARCOME) y 2001-2004 (modelo de costes ELMCO). También, los datos acumulados en los cuadros de mando mensuales muestran que Telefónica sabía que había realizado efectivamente inversiones que excedían de manera significativa las inversiones indicadas en el modelo de costes de la CMT.

⁵²⁷

Véase el modelo de costes ELMCO (referido en la nota a pie de página 516): (página CMT-250 del expediente): «7.1 Hipótesis de partida para los cálculos [...] A partir de esta hipótesis de partidas se ha estimado el tipo de red que debería implementar Telefónica, y se han evaluado las inversiones necesarias que se deberían llevar a cabo para soportar las nuevas configuraciones de abonados para 2004 que se detallan a continuación: [...] se ha supuesto que en promedio [...] hacen uso de la infraestructura hasta el PAI-IP.» De hecho, el promedio de clientes que utilizaron la red IP de Telefónica en 2004 fue mucho menor ([...]).

(505) En concreto, las inversiones (CAPEX) acumuladas a lo largo del periodo 2001-2002 que fueron utilizadas por la CMT en su modelo de costes de 2002 (ARCOME) fueron de [...] ⁵²⁸ para los nodos IP y de menos de [...] ⁵²⁹ para el transporte IP. Las inversiones relativas a nodos IP efectivamente realizadas por Telefónica fueron de [...] para 2001 y de [...] para 2001-2002. Asimismo, las inversiones relativas al transporte IP efectivamente realizadas por Telefónica fueron de [...] para 2001 y [...] para 2001-2002 ⁵³⁰. Las inversiones (CAPEX) acumuladas a lo largo del periodo 2001-2004 indicadas en el modelo de costes de la CMT de 2004 (ELMCO), eran de [...] ⁵³¹ para los nodos IP y de [...] ⁵³² para el transporte IP, mientras que la inversiones efectivamente realizadas por Telefónica fueron de [...] ⁵³⁰ para los nodos IP y [...] ⁵³⁰ para el transporte IP.

⁵²⁸ Véase el modelo de costes de ARCOME (véase nota a pie de página 514) en página CMT-554 del expediente: [...] (categoría de coste 'Inversión PAI-Nodo de RED IP') + [...] (categoría de coste 'Costes red IP') + [...] (categoría de coste 'Costes Sistemas de Gestión').

⁵²⁹ Véase modelo de costes ARCOME (véase nota a pie de página 516) en la página CMT-554 del expediente: [...] (categoría de coste 'Costes transmisión IP').

⁵³⁰ Véase Cuadro 20.

⁵³¹ Véase modelo de costes ELMCO (véase nota a pie de página 516) en la página CMT-304 del expediente: [...] (categoría de coste 'Inversión PAI-Nodo de RED IP') + [...] (categoría de coste 'Costes red IP') + [...] (categoría de coste 'Costes Sistemas de Gestión').

⁵³² Véase modelo de costes ELMCO (véase nota a pie de página 516) en la página CMT-304 del expediente (categoría de coste 'Transmisión IP').

Cuadro 33 – Diferencias entre las inversiones incrementales (CAPEX) indicadas en el modelo de costes de la CMT y las inversiones incrementales (CAPEX) previstas y efectivamente realizadas por Telefónica relativas a la red IP (nodos IP + transporte IP)

Millones EUR	Total 2001	Total 2001-2002		Total 2001-2004	
	histórico ⁵³³	previsiones ⁵³⁴	histórico ⁵³³	previsiones ⁵³⁴	histórico ⁵³³
Modelo de la CMT abril 2002 ⁵³⁵	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modelo de la CMT abril 2004 ⁵³⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Plan de negocio 18 abril 2002 ⁵³⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadros de mando hasta febrero de 2002 ⁵³⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadros de mando hasta abril 2002 ⁵³⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadros de mando hasta diciembre 2002 ⁵⁴⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadros de mando hasta diciembre 2004 ⁵⁴¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX cuadro de mando ⁵³⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵³³ Inversiones acumuladas efectivamente realizadas por Telefónica.

⁵³⁴ Inversiones acumuladas previstas por Telefónica en su plan de negocio o estimadas por la CMT en su modelo de costes.

⁵³⁵ Véanse notas a pie de página 528 y 529.

⁵³⁶ Véanse notas a pie de página 531 y 532.

⁵³⁷ Véase la carta de Telefónica de 27.09.06 en el anexo 9 (páginas TFCA-12968 y TFCA-12969 del expediente). Categoría de coste 'Red IP' o 'SABA+BACKBONE'.

⁵³⁸ CAPEX anualizado unitario × número de líneas (Megabase + minorista) a finales de febrero 2002. Véase el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385) en las páginas TFCA-9701 y TFCA-9704 del expediente.

⁵³⁹ La inversión acumulada desde 2001 se calcula multiplicando el CAPEX anualizado unitario por el número de líneas (Megabase + minorista) a finales de abril de 2002. La inversión acumulada en 2002 se calcula multiplicando el CAPEX acumulado unitario por el número de nuevas líneas (Megabase + minorista) en 2002. Véase el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385) en las páginas TFCA-9711 y TFCA-9715 del expediente.

Las inversiones acumuladas en 2001 son la diferencia entre las inversiones acumuladas desde 2001 y las inversiones acumuladas en 2002.

⁵⁴⁰ La inversión acumulada en 2001 se calcula arriba. La inversión acumulada en 2002 se calcula multiplicando el CAPEX unitario por el número de nuevas líneas (Megabase + minorista) en 2002. Véase el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385) en las páginas TFCA-9758 y TFCA-9762 del expediente.

⁵⁴¹ Las inversiones acumuladas en 2001 y en 2001-2002 se calculan arriba. La inversión acumulada en 2003 y 2004 se calcula multiplicando el CAPEX unitario por el número de líneas nuevas (Megabase + minorista) en 2003 y 2004. Véase el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385) en las páginas TFCA-9851, TFCA-9856, TFCA-13035 y TFCA-13037 del expediente.

(506) En segundo lugar el coste operativo (OPEX) relativo a la red IP de Telefónica (nodos IP+ transporte IP) indicado en el modelo de costes de la CMT, es mucho más bajo que: (i) el coste previsto por Telefónica en su plan de negocio; y (ii) el coste efectivamente soportado por la compañía. Los costes operativos (OPEX) de 2002 indicados en el modelo de costes de la CMT, son de [...] ⁵⁴² mientras que los costes operativos efectivamente soportados por Telefónica, fueron de [...] ⁵⁴³. Asimismo, los costes operativos (OPEX) de 2004 indicados en el modelo de costes de la CMT, fueron de [...] ⁵⁴⁴, mientras que los costes operativos efectivamente soportados fueron de [...] ⁵⁴⁵.

⁵⁴² Véase modelo de costes ARCOME (Véase nota a pie de página 516) en la página CMT-525 del expediente (categoría de coste 'costes de explotación de red': 91 pesetas/mes).

⁵⁴³ Véase Cuadro 21.

⁵⁴⁴ Véase modelo de costes ELMCO (véase nota a pie de página 516) en la página CMT-254 del expediente (categoría de coste 'costes de explotación de red').

⁵⁴⁵ Véase Cuadro 21.

Cuadro 34 – Diferencias entre los costes operativos incrementales (OPEX) indicados en el modelo de costes de la CMT y los costes operativos incrementales (OPEX) previstos y efectivamente soportados por Telefónica relativos a la red IP

EUR/mes/usuario	2002		2004	
	previsiones ⁵⁴⁶	histórico ⁵⁴⁷	previsiones ⁵⁴⁶	histórico ⁵⁴⁷
Modelo de la CMT 2002 ⁵⁴⁸	[...]	[...]	[...]	[...]
Modelo de la CMT 2004 ⁵⁴⁹	[...]	[...]	[...]	[...]
Plan de negocios de 16 octubre 2001 ⁵⁵⁰	[...]	[...]	[...]	[...]
Plan de negocio de 18 abril de 2002 ⁵⁵¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadro de mando de febrero de 2002 ⁵⁵²	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadro de mando de abril de 2002 ⁵⁵³	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadro de mando de diciembre de 2002 ⁵⁵⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadro de mando de diciembre de 2004 ⁵⁵⁵	[...]	[...]	[...]	[...]

(507) En tercer lugar, los costes relativos al acceso a internet indicados en el modelo de costes de la CMT son mucho más bajos que: (i) los costes previstos por Telefónica en sus planes de negocios; y (ii) los costes efectivamente soportados por la compañía.

⁵⁴⁶ Coste unitario efectivamente soportado por Telefónica.

⁵⁴⁷ Coste unitario previsto por Telefónica en su plan de negocio o estimado por la CMT en su modelo de costes.

⁵⁴⁸ Véase modelo de costes ARCOME (Véase nota a pie de página 516) en la página CMT-525 del expediente (categoría de coste 'costes de explotación de red': [...]).

⁵⁴⁹ Véase modelo de costes ELMCO (véase nota a pie de página 516) en la página CMT-254 del expediente (categoría de coste 'costes de explotación de red').

⁵⁵⁰ Véase el anexo 10i de la carta de Telefónica de 21.07.2006 en la página TFCA-4402 del expediente.

⁵⁵¹ Véase carta de Telefónica de 27.09.06 en anexo 9 (página TFCA-12984 del expediente).

⁵⁵² Véase el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385) en la página TFCA-9703 del expediente.

⁵⁵³ Véase el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385) en la página TFCA-9714 del expediente.

⁵⁵⁴ Véase el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385) en la página TFCA-9761 del expediente.

⁵⁵⁵ Véase el *Cuadro de mando ADSL* (referido en la nota a pie de página 385) en la página TFCA-13004 del expediente.

Cuadro 35 – Diferencias entre las costes incrementales indicados en el modelo de costes de la CMT y los costes incrementales previstos y efectivamente soportados por Telefónica relativos al acceso a Internet.

EUR/mes/usuario	2002		2004	
	previsiones ⁵⁴⁶	histórico ⁵⁴⁷	previsiones ⁵⁴⁶	histórico ⁵⁴⁷
Modelo de la CMT de 2002 ⁵⁵⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
Modelo de la CMT de 2004 ⁵⁵⁶	[...]	[...]	[...]	[...]
Plan de negocio de 16 de octubre de 2001 ⁵⁵⁰	[...]	[...]	[...]	[...]
Plan de negocio de 18 abril de 2002 ⁵⁵¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadro de mando de febrero de 2002 ⁵⁵²	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadro de mando de abril de 2002 ⁵⁵³	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadro de mando de diciembre de 2002 ⁵⁵⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
Cuadro de mando de diciembre de 2004 ⁵⁵⁵	[...]	[...]	[...]	[...]

1.4.2.3 Los costes no de red indicados en el modelo de costes de la CMT se calcularon como un porcentaje de los ingresos de Telefónica.

(508) La CMT incluye en su modelo de costes un "margen de operaciones"⁵⁵⁷ (que incluye los costes recurrentes de PSI, los costes de captación y los beneficios sobre el precio final) estimado como porcentaje del precio minorista.

Cuadro 36 – Margen de servicios en el modelo de costes de la CMT de 2004 (2) (duplicación de velocidades)

Modalidad	OBA 2002 ⁵⁵⁸	OBA 2004 (2) ⁵⁵⁹
Premium	[...]	[...]
Class	[...]	[...]
Avanzada	[...]	[...]
Básica	[...]	[...]

⁵⁵⁶ Véase Contestación de Telefónica, página 99.

⁵⁵⁷ Así aparece este término en el modelo de costes de la CMT. Véase modelo de costes ARCOME (Véase nota a pie de página 516) en la página CMT-530 del expediente.

⁵⁵⁸ Véase nota 549.

⁵⁵⁹ Anexo 3 (páginas 33/34) de la Resolución de la CMT OBA 2004 (2), página CMT-1637 del expediente.

- (509) En su carta de 17.1.2005, la Comisión solicitó a la CMT que detallara los costes incluidos en el "margen de operaciones"⁵⁶⁰. En su respuesta⁵⁶¹, la CMT declaró que no se disponía de información más detallada para calcular el margen de operaciones que el porcentaje estimado por la consultora.
- (510) En estas circunstancias, habida cuenta de la información mucho más detallada y precisa facilitada por Telefónica a la Comisión en el marco del presente procedimiento, la Comisión no puede utilizar el coste no de red – coste particularmente considerable que representa el [...] % del precio minorista - indicado en el modelo de costes de la CMT para determinar la existencia de un estrechamiento de márgenes en el mercado español de banda ancha.

1.4.3 Conclusión sobre las diferencias entre los modelos de costes de la Comisión y de la CMT

- (511) Habida cuenta de lo anterior, los costes indicados en el modelo de costes de la CMT difieren significativamente de la información sobre costes que la Comisión utiliza en la presente Decisión para analizar la compatibilidad del comportamiento de Telefónica con el artículo 82 del Tratado. El modelo de costes de la CMT se basa en estimaciones sobre la base de previsiones facilitadas por Telefónica en octubre de 2001, mientras que el modelo de la Comisión se basa en los datos históricos más recientes (para el método periodo a periodo y para el FCD prospectivo) y en el plan de negocio inicial (para el FCD retrospectivo) facilitados por la compañía y utilizados por ésta para su defensa en la Contestación⁵⁶². En conclusión, la Comisión considera que los costes indicados en el modelo de costes de la CMT no resultan apropiados para analizar en el presente caso la compatibilidad del comportamiento de Telefónica con el artículo 82 del Tratado.

2 Resultados del análisis de estrechamiento de márgenes

- (512) Aplicando la metodología antes establecida, esta Sección analiza la evidencia en torno a la cuestión de si existía posibilidad de replicar los precios de banda ancha minorista de Telefónica basándose en las tarifas mayoristas aplicadas desde septiembre de 2001 hasta diciembre 2006. Con más precisión, se establecerá que los precios minoristas de banda ancha de las filiales de Telefónica (TESAU y TERRA) no han podido ser replicables ni sobre la base de sus ofertas mayoristas nacionales (ADSL-IP y ADSL-IP Total) ni sobre la base de su oferta mayorista regional (GigADSL).
- (513) Esta sección se estructura de la siguiente manera: la Sección 2.1 analiza la replicabilidad de los precios minoristas de Telefónica con base en los costes históricos de la compañía y la Sección 2.1.2.3 analiza los cálculos del estrechamiento de márgenes hecho por Telefónica en su Contestación con base en las previsiones hechas por la compañía en su plan de negocio inicial.

⁵⁶⁰ Véase la carta de la Comisión a la CMT de 17.1.2005 (páginas CMT-498 y CMT-499 del expediente).

⁵⁶¹ Véase la carta de la CMT de 2.2.2005 (páginas CMT-569 a CMT-572 del expediente):

⁵⁶² Véase Sección VI.D.2.2 .

2.1 *Replicabilidad de los precios minoristas de Telefónica sobre la base de los costes históricos de la operadora*

(514) Como se establece más adelante, desde septiembre de 2001 a diciembre de 2006, los precios minoristas de banda ancha no eran replicables ni con base en las ofertas mayoristas nacionales (véase Sección 2.1.1) ni con base en la oferta mayorista regional (véase Sección 2.1.1.3).

2.1.1 *Replicabilidad de los precios minoristas de Telefónica sobre la base de ADSL-IP*

2.1.1.1 *El método «periodo a periodo»*

(515) Como puede verse en el cálculo que figura a continuación, si TESAU hubiera tenido que pagar las tarifas ADSL-IP (véase Cuadro 37) y ADSL-IP Total (véase Cuadro 38) impuestas a sus competidores desde septiembre 2001 hasta diciembre de 2006, su margen habría sido negativo desde esa fecha.

Cuadro 37 – Análisis de los precios minoristas de TESAU sobre la base de ADSL-IP Total

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁶³	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁵⁶⁴	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
PSI ⁵⁶⁵	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto ⁵⁶⁶	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Margen⁵⁶⁷	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones de euros⁵⁶⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁶³ Véase Cuadro 16.

⁵⁶⁴ Véase Cuadro 23.

⁵⁶⁵ Véase Cuadro 27.

⁵⁶⁶ Véase Cuadro 30.

⁵⁶⁷ ARPU – Tarifa mayorista Costes de red – Costes PSI – SAC amortizado.

⁵⁶⁸ Margen mensual unitario (en EUR/mes/usuario) × número medio de usuarios finales en el año (véase Cuadro 61 en el Anexo I) × 12.

Cuadro 38 – Análisis de los precios minoristas de TESAU sobre la base de ADSL-IP

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁶³	EUR/mes/usuario		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁵⁶⁹	EUR/mes/usuario		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales	EUR/mes/usuario		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Red ⁵⁶⁹	EUR/mes/usuario		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
PSI ⁵⁶⁵	EUR/mes/usuario		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto ⁵⁶⁶	EUR/mes/usuario		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Margen ⁵⁶⁷	EUR/mes/usuario		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones EUR ⁵⁶⁸		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(516) El análisis del estrechamiento de márgenes lleva a un resultado similar para los precios minoristas de TERRA⁵⁷⁰:

Cuadro 39 – Análisis de los precios minoristas de TERRA sobre la base de ADSL-IP Total

EUR/mes/usuario	2002	2003	2004	2005
ARPU ⁵⁷¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁵⁷²	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales	[...]	[...]	[...]	[...]
PSI ⁵⁷³	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto ⁵⁷⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
Margen ⁵⁶⁷	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁶⁹ Véase Cuadro 24 .

⁵⁷⁰ Un resultado similar se puede demostrar con los costes de TERRA.

⁵⁷¹ Véase el Cuadro 17 .

⁵⁷² Véase el Cuadro 26 .

⁵⁷³ Véase el Cuadro 27 .

⁵⁷⁴ Véase el Cuadro 32 .

Cuadro 40 –Análisis de los precios minoristas de TERRA sobre la base de ADSL-IP

EUR/mes/usuario	2002	2003	2004	2005
ARPU ⁵⁷¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁵⁷⁵	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales	[...]	[...]	[...]	[...]
Red ⁵⁷⁵	[...]	[...]	[...]	[...]
PSI ⁵⁷³	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto ⁵⁷⁴	[...]	[...]	[...]	[...]
Margen⁵⁶⁷	[...]	[...]	[...]	[...]

2.1.1.2 El método de flujos de caja descontados («FCD»)

(517) Un análisis según el método FCD propuesto por Telefónica – que , como se explica en el Considerando (344), no fue considerado apropiado en *Wanadoo* en circunstancias similares – también lleva a un resultado negativo a lo largo del periodo del modelo de septiembre de 2001 a diciembre de 2006.

(518) El análisis se basa en los siguientes valores unitarios:

Cuadro 41 – Evolución de los ingresos y costes unitarios de TESAU 2001 - 2006

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁷⁶	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁵⁷⁷	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Red (OPEX) ⁵⁷⁷	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
PSI ⁵⁷⁶	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto ⁵⁷⁶	EUR/nuevo usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Número medio de usuarios ⁵⁷⁶	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Número de usuarios finales de año ⁵⁷⁶	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuevos usuarios captados (SAC) ⁵⁷⁶	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁵⁷⁵ Véase el Cuadro 26 .

⁵⁷⁶ Véase el Cuadro 44. El análisis FCD sobre la base de ADSL-IP es el mismo que el sobre la base de GigADSL excepto para el coste de red IP (en el análisis sobre la base de ADSL-IP, el coste de red IP se reemplaza por el precio mayorista cobrado por Telefónica, véase el epígrafe "Red (OPEX)" en la tabla presente.

⁵⁷⁷ Véase el Cuadro 24.

- (519) Como resultado de ello, el análisis según el FCD lleva a un VAN negativo de [...]. Esto significa que los precios minoristas de Telefónica no fueron replicables por operadores ADSL alternativos sobre la base de los precios mayoristas de la compañía debido al estrechamiento de márgenes.

Cuadro 42 – VAN de la actividad descendente de TESAU durante el período del modelo (sobre la base de ADSL-IP)

Millones de EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ingresos ⁵⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifas mayoristas ⁵⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red (OPEX) ⁵⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes recurrentes PSI ⁵⁷⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes netos de captación ⁵⁷⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Flujo de caja neto⁵⁸⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VAN₀ (excl. valor terminal)⁵⁸¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Valor terminal⁵⁸²						[...]
VAN (Inc. Valor terminal)⁵⁸³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

2.1.1.3 *Conclusión sobre la existencia de un estrechamiento de márgenes entre los precios mayoristas nacionales y los precios minoristas de Telefónica*

- (520) En vista de lo anterior, tanto el método periodo a periodo como el método FCD llevan a la conclusión de la existencia de un estrechamiento de márgenes entre los precios minoristas y mayoristas nacionales de Telefónica.

2.1.2 *Análisis sobre la base de GigADSL*

2.1.2.1 *El método «periodo a periodo»*

- (521) Como puede deducirse del cálculo siguiente, si TESAU hubiera tenido que pagar las tarifas GigADSL que impuso a sus competidores desde septiembre de 2001 a diciembre de 2006, su margen habría sido siempre negativo.

⁵⁷⁸ Valor unitario x número medio de usuarios finales x 12 (véase Cuadro 41)

⁵⁷⁹ Valor unitario x nuevos usuarios (véase Cuadro 41)

⁵⁸⁰ Total anual ingresos - total anual tarifas mayoristas – total anual costes incrementales

⁵⁸¹ Suma de los flujos anuales de caja descontados. Véase la fórmula en Considerando (329) .

⁵⁸² Véase el Cuadro 68 en el Anexo III. Este valor terminal es mayor que el valor descontado en 2006 de los supuestos beneficios futuros durante 2007-2011 generados por los abonados captados por Telefónica antes del 2006 (véase el Cuadro 69 en el Anexo III).

⁵⁸³ VAN₀ (excl. valor terminal) – valor terminal descontado.

Cuadro 43 – Replicabilidad de los precios minoristas de TESAU sobre la base de GigADSL

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁸⁴	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁵⁸⁵	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Red ⁵⁸⁶	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
PSI ⁵⁸⁷	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto ⁵⁸⁸	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Margen⁵⁶⁷	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones EUR⁵⁶⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

2.1.2.2 Método de flujos de caja descontados («FCD»)

(522) Este método llega a la misma conclusión que el método periodo a periodo, a saber, que el VAN de la actividad descendente de Telefónica ha sido negativo durante el periodo septiembre de 2001 a diciembre de 2006. Esto significa que los precios minoristas de Telefónica no fueron replicables por operadores ADSL alternativos sobre la base de los precios mayoristas de la compañía debido al estrechamiento de márgenes.

(523) La prueba se basa en los siguientes datos unitarios:

⁵⁸⁴ Véase Cuadro 16.
⁵⁸⁵ Véase Cuadro 18.
⁵⁸⁶ Véase Cuadro 21 y Cuadro 22.
⁵⁸⁷ Véase Cuadro 27.
⁵⁸⁸ Véase Cuadro 30.

Cuadro 44 – Evolución de los ingresos y costes unitarios de TESAU 2001 - 2006

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ARPU ⁵⁸⁹	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁵⁹⁰	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Red (CAPEX) ⁵⁹¹	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Red (OPEX) ⁵⁹²	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
PSI ⁵⁹³	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto ⁵⁹⁴	EUR/nuevo usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nº medio de usuarios ⁵⁹⁵	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nº de usuarios fin de año ⁵⁹⁵	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuevos usuarios captados (SAC) ⁵⁹⁶	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuevos usuarios (CAPEX) ⁵⁹⁷	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(524) El resultado del análisis basado en el método FCD da un VAN negativo de [...] (incluyendo el valor terminal), lo que significa que la entrada basada en GigADSL no podía ser rentable durante el periodo septiembre de 2001 a diciembre de 2006.

⁵⁸⁹ Véase el Cuadro 16.

⁵⁹⁰ Véase el Cuadro 18.

⁵⁹¹ Véase Cuadro de mando ADSL de 2002 a 2006 (véase la nota a pie de página 385): páginas TFCA-9761, TFCA-9856, TFCA-13037, TFCA-13063 y TFCA-13087 del expediente. Véase el plan de negocio actualizado PEC Verne para 2001 (véase la nota a pie de página 411) que incluye los CAPEX históricos para 2001: (página TFCA-12976 del expediente). El CAPEX unitario (EUR/nuevo abonado) es la diferencia entre el CAPEX unitario para una línea Megabase y el CAPEX unitario para una línea GigADSL.

⁵⁹² Véanse el Cuadro 21 y el Cuadro 22.

⁵⁹³ Véase el Cuadro 27.

⁵⁹⁴ Véase el Cuadro 29.

⁵⁹⁵ Véase el Cuadro 60 en el Anexo I y el Cuadro 61 en el Anexo II para el 2001-2005 y el informe trimestral de Telefónica de diciembre de 2006 (p. 20) para el 2006: el número de abonados a TESAU a finales de 2006 es de 3 742 700, el número medio de abonados en 2006 es de 3 122 800.

⁵⁹⁶ Desde 2001 a 2005: véase el Cuadro 62 en el Anexo II. Se excluyen las líneas transferidas de TDATA a TESAU en 2001 porque no generaron costes de captación de clientes. Para el 2006: se supone que la tasa de renovación en 2006 es el mismo que el de 2006.

⁵⁹⁷ Desde 2002 a 2006: véase nota a pie de página 596. Para el 2001: el número de nuevos usuarios minoristas (195 256) usado por Telefónica para los cálculos del CAPEX unitario de 2001 (véase nota a pie de página 591) en anexo 9 de la carta de Telefónica de 27.09.06 (página TFCA-12969 del expediente).

Cuadro 45– VAN de la actividad descendente de TESAU durante el período del modelo

Millones de EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ingresos ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifas mayoristas ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red (CAPEX) ⁵⁹⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red (OPEX) ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes recurrentes PSI ⁵⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes netos de captación ⁵⁹⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Flujo de caja neto⁶⁰⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VAN₀ (excl. Valor terminal)⁶⁰¹	[...]					
Valor terminal⁶⁰²						[...]
VAN (incl. valor terminal)⁶⁰³	[...]					

2.1.2.3 Conclusión sobre la existencia de un estrechamiento de márgenes entre los precios mayoristas regionales y los precios minoristas de Telefónica

(525) En vista de lo anterior, tanto el método periodo a periodo como el método FCD llevan a la conclusión de la existencia de un estrechamiento de márgenes entre los precios minoristas y mayoristas regionales de Telefónica.

2.2 Análisis de los precios minoristas de Telefónica sobre la base de las previsiones hechas por Telefónica en su plan de negocio.

(526) En su Contestación⁶⁰⁴, Telefónica presentó un cálculo FCD prospectivo basado en la previsión que hizo en su plan de negocio inicial⁶⁰⁵ y que, supuestamente, daba un margen positivo en el mercado descendente.

⁵⁹⁸ Unidad de valor x número medio de usuarios finales x 12 (véase Cuadro 44)

⁵⁹⁹ Unidad de valor x los nuevos usuarios (véase Cuadro 44)

⁶⁰⁰ Total anual ingresos - total anual tarifas mayoristas – total anual costes incrementales.

⁶⁰¹ Suma de los flujos anuales de caja descontados. Véase la formula en Considerando (329) .

⁶⁰² Véase Cuadro 67 y Cuadro 68) en el Anexo III. El valor terminal es mayor que el valor descontado en 2006 de los supuestos beneficios futuros durante el periodo 2007-2011 generados por los abonados adquiridos por Telefónica antes del 2006. Véase Cuadro 70 en el Anexo III.

⁶⁰³ VAN₀ (excl. valor terminal) – valor terminal descontado.

⁶⁰⁴ Véanse las páginas 337-339 de la Contestación.

⁶⁰⁵ Véase la nota a pie de página 368.

(527) Como se ha explicado en la Sección VI.C.3.1.3, las previsiones de la empresa dominante en su plan de negocio inicial no pueden utilizarse para establecer si existe o no un abuso consistente en la imposición de precios no equitativos. En cualquier caso, el cálculo FCD prospectivo de Telefónica se basa en una serie de supuestos o métodos que no se justifican o no son verosímiles y omite y subestima significativamente algunos costes pertinentes (véase secciones 2.2.2 y 2.2.3). De hecho, el plan de negocio inicial de Telefónica indicaba que la actividad de la compañía en el mercado descendente generó un VAN negativo durante el periodo 2001-2006 mientras que su actividad general generó un VAN positivo durante el mismo periodo (véase secciones 2.2.1 y 2.2.4).

2.2.1 *Los cálculos de Telefónica en su plan de negocio inicial revelaban directamente la existencia de un estrechamiento de márgenes*

(528) De hecho no es necesario hacer un cálculo FCD prospectivo para mostrar la existencia de un estrechamiento de márgenes. En realidad, los resultados finales indicados en el plan de negocio inicial de Telefónica demuestran (sin necesidad de cálculos) la existencia de dicho estrechamiento de márgenes: el valor (VAN) generado por la línea ADSL mayorista (GigADSL o ADSL-IP) es superior al valor generado por una línea ADSL minorista completa. Esto significa que Telefónica era consciente de que su actividad descendente producía pérdidas:

Cuadro 46 – VAN para una línea ADSL indicado en el plan de negocio inicial de TESA⁶⁰⁶

EUR/usuario final	2002-2006	Plazo de amortización
Una línea minorista	[...]	[...]
Una línea ADSL-IP	[...]	[...]
Una línea GigADSL	[...]	[...]

2.2.2 *Cálculo FCD presentado por Telefónica en su Contestación al PC*

(529) En su Contestación⁶⁰⁷, Telefónica hizo el cálculo FCD basándose en las previsiones de su plan de negocio inicial para demostrar que no existe estrechamiento de márgenes. Telefónica alegó que sus cálculos según el método FCD⁶⁰⁸ llevaban a un VAN negativo cuando en el cálculo no se tenía en cuenta ningún valor terminal y a un VAN positivo cuando en dicho cálculo sí se tenía en cuenta un valor terminal (basado en múltiplos⁶⁰⁹) de [...] a finales de 2005⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Véase la carta de Telefónica de 21.7.2006: anexo 10 «Análisis de las variables económicas críticas del ADSL – Documento de trabajo – Resumen documento base.» diapositiva 23 (página TFCA-4468 del expediente).

⁶⁰⁷ Véanse las páginas 337-339 de la Contestación.

⁶⁰⁸ Véase la página 339 (Cuadro 7) de la Contestación.

⁶⁰⁹ Véase Sección VI.C.3.1.2.

⁶¹⁰ Véase la página 336 de la Contestación.

Cuadro 47 – Análisis FCD prospectivo presentado por Telefónica en su Contestación⁶¹¹

Millones EUR	Excluyendo valor terminal	Incluyendo valor terminal
En la base de GigADSL	[...]	[...]
En la base de ADSL-IP	[...]	[...]

(530) Sin embargo, Telefónica señaló en su carta de 4 de agosto de 2006 que los cálculos presentados en su Contestación contenían algunos errores y la compañía presentó un cálculo FCD corregido: El cálculo FCD corregido está basado en los siguientes valores unitarios:

Cuadro 48 – Valores unitarios utilizados por Telefónica en su cálculo FCD

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005
ARPU ⁶¹²						
excl. SVA	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
incl. SVA	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁶¹²						
GigADSL	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales ⁶¹²						
Red (CAPEX)						
GigADSL	EUR/nuevo usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR/nuevo usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
OPEX						
excl. SVA	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
incl. SVA	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto	EUR/nuevo usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Usuarios finales de año ⁶¹²	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Promedio de usuarios ⁶¹³	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuevos usuarios captados ⁶¹³	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(531) En su cálculo FCD corregido, Telefónica presenta un VAN negativo sin incluir ningún valor terminal pero presenta un VAN positivo cuando incluye un valor terminal de [...].

⁶¹¹ Véase la página 339 (Cuadro 14) de la Contestación.

⁶¹² Tal y como está calculado por Telefónica en el anexo 2 de la carta de 04.08.2006, página TFCA-12532 del expediente.

⁶¹³ Tal y como está calculado por Telefónica en el anexo 2 de la carta de 04.08.2006, página TFCA-12530 del expediente.

Cuadro 49 –Cálculo FCD prospectivo corregido facilitado por Telefónica en su carta de 4 de agosto de 2006⁶¹⁴

Millones EUR	Excluyendo valor terminal	Incluyendo valor terminal
En la base de GigADSL	[...]	[...]
En la base de ADSL-IP	[...]	[...]

- (532) Los errores cometidos por Telefónica en su Contestación y posteriormente corregidos en su carta de 4 de agosto de 2006 eran tan importantes – con una repercusión de [...] en el VAN (VAN sobre la base de GigADSL excluyendo el valor terminal)⁶¹⁵ – que el resultado positivo de Telefónica depende en gran medida de la inclusión de un valor terminal que incluye beneficios generados después del periodo tomado como modelo.

2.2.3 Fallos de los cálculos FCD de Telefónica en el contexto de un análisis de estrechamiento de márgenes

- (533) En esta Sección, la Comisión demostrará que incluso el cálculo FCD corregido de Telefónica se basaba en una serie de supuestos o métodos que no se justifican o no son verosímiles. En primer lugar, Telefónica se basó en supuestos que no se justifican o no son verosímiles en cuanto a los niveles de futuros ingresos. En segundo lugar, Telefónica incluyó en su cálculo FCD un valor terminal que extiende el análisis VAN a lo largo de un periodo excesivamente largo. En tercer lugar, Telefónica omitió y subestimó significativamente algunos costes pertinentes en su análisis FCD.

⁶¹⁴ Tal y como está calculado por Telefónica en el anexo 2 de la carta de 04.08.2006, página TFCA-12530 del expediente.

⁶¹⁵ Diferencia entre el VAN sobre la base de GigADSL (excluyendo el valor terminal) en el Cuadro 47 y el VAN sobre la base de GigADSL (excluyendo el valor terminal) en el Cuadro 49 .

- (534) En primer lugar, las previsiones de Telefónica son incompatibles con unas condiciones competitivas. De hecho, los cálculos de Telefónica parten del supuesto de que sus costes unitarios descenderían con el tiempo mientras que sus ingresos medios por cliente aumentarían en el mismo periodo⁶¹⁶. Las consecuencias de este supuesto son importantes y contribuyen a las previsiones de Telefónica de una rentabilidad futura que, en opinión de la Comisión, no son acordes con un mercado competitivo y, por tanto, enmascaran probablemente la presencia de pérdidas que serían irrecuperables en condiciones competitivas. De hecho, en condiciones competitivas, se esperaría ver, con el tiempo, reducciones en los costes subyacentes que serían «absorbidos por la competencia», es decir, repercutidos a los consumidores en reducciones de precios, en lugar de mantenerlos las compañías como márgenes más elevados. Además, en condiciones competitivas, debería esperarse que los futuros márgenes tiendan hacia un nivel que ofrezca una rentabilidad razonable de las inversiones. La Comisión concluye que las previsiones de Telefónica no pueden utilizarse para respaldar unas expectativas razonables, por su parte, de ser capaz de recuperar sus pérdidas iniciales con beneficios posteriores dentro de unos plazos razonables y en condiciones competitivas.
- (535) En segundo lugar, el valor terminal calculado por Telefónica corresponde al valor al que la compañía sería adquirida al final del periodo del modelo. De hecho, incluye en el VAN todos los beneficios generados a perpetuidad. Como se ha explicado en la Sección VI.C.3.1.1, no estaría justificado ni sería razonable en el contexto de un análisis de estrechamiento de márgenes en el presente asunto alargar un análisis FCD más allá de un plazo razonable. Basándose en los hechos que concurren en el presente asunto, no es razonable un periodo de cálculo FCD superior a seis años. En particular, el uso de un valor terminal que incorpore todos los beneficios generados a perpetuidad, no es razonable en el contexto de un análisis del estrechamiento de márgenes. Por tanto, el valor terminal propuesto por Telefónica no es adecuado ni razonable. Únicamente puede incluirse en el análisis FCD el valor terminal calculado como importe de costes por amortizar durante el periodo del modelo.

⁶¹⁶ Telefónica supone que, mientras sus costes unitarios disminuyen ininterrumpidamente desde 2001 a 2006 (véase el Cuadro 48) y sus ingresos unitarios medios (ARPU excluyendo los servicios de valor añadido) aumentan con el tiempo (véase el Cuadro 48), puede mantener una cuota de mercado en el segmento ADSL superior al 80 %, disminuyendo muy ligeramente del 84 % en 2002 al 81 % a finales de 2005. (Véase el gráfico 1 de la carta de Telefónica de 23.06.2006, página TFCA-13277 del expediente).

- (536) En tercer lugar, la Comisión señaló una serie de casos en los que los cálculos FCD de Telefónica omitieron algunos costes importantes y sobrevaloraron otros. Estos fallos sólo aparecen en el cálculo FCD de Telefónica en su Contestación pero no aparecen en su plan de negocio inicial. En primer lugar, Telefónica tendría que haber incluido en su cálculo la cuota de alta, que es una tarifa mayorista que Telefónica cobra a sus competidores en sentido descendente por la activación de cada nueva línea ADSL. Además, Telefónica subestimó el importe anual de capital invertido (CAPEX) y el coste de captación de abonados (SAC) al multiplicar los correspondientes valores unitarios (expresados en euros por nuevo abonado) por el incremento neto del número de abonados en el año⁶¹⁷ (en lugar del número de nuevos abonados⁶¹⁸). El cálculo de Telefónica es erróneo porque la unidad CAPEX, calculada por Telefónica en su plan de negocio inicial⁶¹⁹ y en el Cuadro de mando ADSL⁶²⁰, es el gasto total dividido por el número de nuevos abonados y no el incremento neto del número de abonados. Puesto que algunos abonados de Telefónica dejan de serlo a lo largo del año, el incremento neto de abonados es evidentemente inferior al número de abonados⁶¹⁸.

2.2.4 *Resultado*

- (537) En la presente Decisión, no es necesario evaluar qué ingresos previstos son compatibles con un entorno competitivo. En realidad, la Comisión llegó a un resultado negativo simplemente i) corrigiendo los errores de cálculo de Telefónica y ii) incluyendo un valor terminal adecuado:
- (538) Los valores unitarios indicados en el plan de negocio inicial de la compañía son los siguientes:

⁶¹⁷ Como se ilustra en Cuadro 48.

⁶¹⁸ Como se ilustra en Cuadro 50.

⁶¹⁹ Véase la carta de Telefónica de 27.9.2006 (página TFCA-12969 del expediente).

⁶²⁰ Véanse las cartas de Telefónica de 31.8.2006 y de 27.9.2006 (páginas TFCA-9762, TFCA-9856, TFCA-13037, TFCA-13063, y TFCA-13087 del expediente).

Cuadro 50 – Evolución de los ingresos y costes unitarios de TESAU en su plan de negocio inicial

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006 ⁶²¹
ARPU (excl. SVA) ⁶²²	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifa mayorista ⁶²²							
GigADSL	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales ⁶²²							
Red (CAPEX) ⁶²²							
GigADSL	EUR/nuevo usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Red (OPEX) ⁶²³							
GigADSL	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ISP ⁶²⁴	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC neto ⁶²⁵	EUR/nuevo usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Usuarios finales de año ⁶²²	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Promedio de usuarios ⁶²²	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuevos usuarios captados ⁶²⁴	‘000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁶²¹ Los costes e ingresos unitarios para el 2006 son los mismos que en 2005 (como Telefónica también supuso en su plan de negocio: véase anexo 9 de la carta de Telefónica de 27.09.06, página TFCA-12985 del expediente).

⁶²² Tal y como fue calculado por Telefónica (véase Cuadro 48).

⁶²³ Véase anexo 10iv de la carta de Telefónica de 21.07.06 (página TFCA-4495 del expediente): Diferencia entre el coste que se corresponde a la línea minoristas y el coste que se corresponde a la línea GigADSL (resp. ADSL-IP) (tal y como explica Telefónica en su carta de 23.06.06, página TFCA-13278 del expediente).

⁶²⁴ Véase el anexo 10iv de la carta de Telefónica de 21.07.06 (página TFCA-4495 del expediente). Se excluye la categoría ‘SVA’.

⁶²⁵ Véase anexo 10iv de la carta de Telefónica de 21.07.06 (página TFCA-4495 del expediente): Diferencia entre el coste que se corresponde a la línea minoristas y el coste que se corresponde a la línea GigADSL (resp. ADSL-IP) (tal y como explica Telefónica en su carta de 23.06.06, página TFCA-13278 del expediente).

- (539) Al ajustar el cálculo FCD de Telefónica, resulta un VAN negativo tanto para el análisis en relación con el ADSL-IP (véase Cuadro 51) como para el análisis en relación con el GigADSL (véase Cuadro 52)

Cuadro 51 – Cálculo FCD prospectivo ajustado (sobre la base de ADSL-IP)

Millones EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ingresos ⁶²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifas mayoristas ⁶²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red (OPEX) ⁶²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes recurrentes PSI ⁶²⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes netos de captación ⁶²⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Flujo de caja neto⁶²⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VAN₀ (excl. valor terminal)⁶²⁹	[...]					
Valor terminal⁶³⁰						[...]
VAN (incl. valor terminal)⁶³¹	[...]					

Cuadro 52 – Cálculo FCD prospectivo ajustado (sobre la base de GigADSL)

Millones EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ingresos	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifas mayoristas	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red (CAPEX)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red (OPEX)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes recurrentes PSI	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes netos de captación	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Flujo de caja neto⁶²⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VAN₀ (excl. valor terminal)⁶²⁹	[...]					
Valor terminal⁶³²						[...]

⁶²⁶ Valor unitario x numero medio de usuarios finales 12 (véase Cuadro 48).

⁶²⁷ Valor unitario x nuevos usuarios adquiridos (véase Cuadro 48).

⁶²⁸ Ingresos anuales totales – tarifas mayoristas anuales totales – costes incrementales anuales totales.

⁶²⁹ Suma de los flujos de caja descontados netos. Véase la fórmula del Considerando (329).

⁶³⁰ Véase Cuadro 72.

⁶³¹ VAN₀ (excl. valor terminal) – valor terminal descontado

⁶³² Véanse Cuadro 71 y Cuadro 72..

VAN (incl. valor terminal) ⁶³¹	[...]					
---	-------	--	--	--	--	--

(540) En conclusión, un análisis basado en las previsiones hechas por Telefónica en su plan de negocio no invalidan las conclusiones de la Comisión, a saber, que el análisis del FCD prospectivo da también como resultado un VAN negativo.

3 Conclusión general sobre la existencia de un estrechamiento de márgenes

(541) Tanto el método «periodo a periodo» como el método FCD concluyen que existe estrechamiento de márgenes, es decir, que los precios minoristas de banda ancha de las filiales de Telefónica (TESAU y TERRA) no han sido replicables ni con base en las ofertas mayoristas nacionales (ADSL-IP y ADSL-IP Total) ni con base en la oferta mayorista regional (GigADSL)⁶³³ desde septiembre de 2001 hasta diciembre 2006.

(542) Los resultados del estrechamiento de márgenes se resumen a continuación:

Cuadro 53 – Estrechamiento de márgenes con base en el precio minorista de TESAU bajo el método periodo a periodo

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ADSL IP Total ⁶³⁴	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP ⁶³⁵	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL ⁶³⁶	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Cuadro 54 – Estrechamiento de márgenes con base en el precio minorista de TESAU bajo el método FCD

VAN 2001-2006 (millones EUR)	ADSL-IP	GigADSL
Con base en los costes históricos de Telefónica ⁶³⁷	[...]	[...]
Con base en las previsiones de Telefónica ⁶³⁸	[...]	[...]

⁶³³ Esto supone que la existencia del estrechamiento de márgenes es independiente de que el Mercado mayorista regional y nacional pertenezcan al mismo mercado pertinente o no. .

⁶³⁴ Véase Cuadro 37 .

⁶³⁵ Véase Cuadro 38.

⁶³⁶ Véase Cuadro 43 .

⁶³⁷ Véanse Cuadro 42 y Cuadro 45 .

⁶³⁸ Véanse Cuadro 51 y Cuadro 52 .

E. Impacto en la competencia

- (543) El Tribunal de Primera Instancia ha dictaminado que "*a efectos de determinar si existe una violación del artículo 82 del Tratado, no es necesario demostrar que el abuso considerado tuvo un efecto concreto en los mercados afectados. Basta a este respecto con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante tiende a restringir la competencia o, en otras palabras, que el comportamiento puede tener tal efecto*"⁶³⁹ Asimismo debe establecerse que "*cuando una empresa en situación de posición dominante aplica efectivamente una práctica que tiene por objeto eliminar a un competidor, la circunstancia de que no se alcanzara el resultado previsto no puede bastar para descartar la calificación de abuso de posición dominante a efectos del artículo 82 del Tratado*".⁶⁴⁰ Por último, el artículo 82 del Tratado se dirige no solamente a prácticas que pueden causar un perjuicio a los consumidores directamente, sino también a aquellas que son perjudiciales para los consumidores a través de su impacto en la estructura competitiva, tal y como se menciona en la letra g) del apartado 1 del artículo 3 del Tratado.⁶⁴¹ El artículo 82 del Tratado no exige que la Comisión analice específicamente si la conducta de la empresa dominante ha causado un perjuicio a los consumidores.⁶⁴²
- (544) No obstante, en el presente caso, la Comisión ha examinado el impacto de las prácticas de Telefónica y ha establecido que el comportamiento de ésta no solamente podía restringir la competencia en el mercado minorista (o, en otras palabras, que es probable que tuviese tal efecto) sino que también tuvo un impacto efectivo en la estructura competitiva de los mercados pertinentes y un impacto perjudicial para los usuarios finales.

1 El impacto probable del comportamiento de Telefónica en los mercados pertinentes y en los consumidores

- (545) A continuación, se establecerá que la conducta de Telefónica podía restringir la competencia en los mercados pertinentes o, en otras palabras, que es probable que tuviese tal efecto (véase Sección 1.1) y que tuviese efectos perjudiciales para los consumidores (véase Sección 1.2).

⁶³⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2003 en asunto T-219/99 *British Airways v. Comisión*, considerando 293.

⁶⁴⁰ Sentencia de 30 de enero de 2007, Asunto T-340/03, *France Télécom*, Considerando 196; Asuntos T-24/93 a T-26/93 y T-28/93 *Compagnie maritime belge transports and Others v Comisión* [1996] ECR II-1201, Considerando 149, y asunto T-228/97 *Irish Sugar v Comisión* [1999] ECR II-2969, Considerando 191.

⁶⁴¹ Sentencia de 15 de marzo de 2007, Asunto C-95/04 P, *British Airways*, Considerando 106-107; Asunto 6/72 *Europemballage and Continental Can v Comisión* [1973] ECR 215, Considerando 26.

⁶⁴² Asunto C-95/04 P, *British Airways*, Considerando 107.

1.1 *Es probable que el comportamiento de Telefónica impidiese a los operadores de ADSL crecer sosteniblemente en el mercado minorista*

- (546) Como los operadores de ADSL tuvieron que rebajar sus precios por debajo de los de Telefónica para así captar clientes (véase sección V.C.3.2), su actividad daba como resultado pérdidas similares a las de la línea de negocio descendiente de Telefónica, tanto si contrataban las ofertas mayoristas regionales o las ofertas mayoristas nacionales de Telefónica. Se ha establecido que dichas pérdidas no eran recuperables en un periodo de tiempo razonable en un mercado competitivo.
- (547) Los competidores de ADSL en el mercado minorista no podían sustituir el producto mayorista regional y los productos mayoristas nacionales de Telefónica por un insumo mayorista que constituyese una alternativa viable (en términos de precio, cobertura geográfica y capacidad). Telefónica es el único proveedor de acceso mayorista regional (véase Sección V.C.1). Asimismo, Telefónica ha estado siempre en condiciones de ejercer una influencia decisiva en la disponibilidad de ofertas mayoristas nacionales alternativas viables (que siempre estaban basadas en otras ofertas mayoristas de Telefónica) con cobertura nacional (véase Sección V.C.2).
- (548) Lo que es más, la mera existencia del producto mayorista de Telefónica para el acceso regional desde 1999 y la existencia de obligaciones reglamentarias que imponen dicho acceso (véase Sección VI.B) han estructurado los mercados de banda ancha españoles de manera irreversible: los operadores alternativos han realizado inversiones considerables para utilizar los productos mayoristas de Telefónica y conectarse a nivel regional. Esto ha contribuido a crear una relación de dependencia de sus rivales en los productos mayoristas de Telefónica.
- (549) Como consecuencia de lo anterior, es probable que el comportamiento de Telefónica haya dificultado a los operadores igualmente eficientes el mantenimiento de una presencia continua en el mercado y, además, les haya impuesto una presión adicional sobre la eficiencia que la línea de negocio descendente de la empresa integrada verticalmente no se veía obligada a soportar⁶⁴³.
- (550) Habida cuenta de la escala de los costes de captación de clientes (campañas de publicidad, promociones, comercialización) y las inversiones en la red (si el PSI no trata simplemente de revender el producto mayorista nacional del operador incumbente), Telefónica ha podido, a través de la imposición de un estrechamiento de márgenes en relación con sus insumos mayoristas, obligar a los PSI alternativos a optar entre rentabilidad y cuota de mercado (es decir, a igualar, como mínimo, los precios y gastos de Telefónica para mantener su cuota de mercado).
- (551) Como resultado de ello, los PSI en España se han visto confrontados con las siguientes opciones:

⁶⁴³ *Deutsche Telekom*, considerandos 108 y 141.

- i) entrar en el mercado descendente con un elevado riesgo de salida;
 - ii) renunciar a cuota de mercado y convertirse en pequeños operadores en caso de que sus recursos financieros los hubiesen obligado a reducir inversiones: estos PSI entrarían en el mercado minorista de forma pasiva, reduciendo al mínimo determinados conceptos de gasto estratégicos como los costes de captación de clientes, en particular los de publicidad, y fijando objetivos cuantitativos mínimos de ventas;
 - iii) o, incluso si igualaban a la empresa dominante en precios minoristas, inversiones y gastos de comercialización, aspirar a ganar cuotas de mercado y ofrecer un desafío competitivo pujante a la empresa dominante, lo que no era sostenible a largo plazo debido a sus continuas pérdidas.
- (552) Es probable que la naturaleza y el alcance de la obligación de optar entre rentabilidad y crecimiento de la cuota de mercado hubiese contenido la presión competitiva sobre Telefónica. Esto no habría existido de no darse el estrechamiento de márgenes.
- (553) En teoría, debido al estrechamiento de márgenes, la única entrada viable habría sido duplicar el producto mayorista regional de Telefónica sobre la base del acceso desagregado al bucle local. No obstante, esta opción, además de no ser un producto sustitutivo de los otros insumos mayoristas de Telefónica es extremadamente cara y arriesgada (véase Sección V.A.3.1) y sólo ha estado disponible con retrasos significativos (véase Sección IV.F). Por lo tanto, es probable que la conducta de Telefónica haya incrementado significativamente los costes de sus rivales y de nuevos entrantes.
- (554) Al imponer un estrechamiento de márgenes a sus competidores, es probable que la conducta de Telefónica retrasara⁶⁴⁴ la entrada y el crecimiento de competidores, y la consecución por parte de éstos de un nivel de economías de escala que justificara la realización de inversiones en su propia infraestructura y el uso del acceso desagregado. Asimismo, es probable que la conducta de Telefónica retrasara el momento a partir del cual los competidores pudieron desafiar su posición dominante en los mercados regional y nacional. Así mismo, es probable que esta conducta ahogara financieramente a sus competidores.
- (555) Dada la elevada proporción de ADSL en el mercado minorista (que representaba casi el 80% de todas las conexiones de banda ancha a finales de 2006), es probable que fuera significativo el efecto de exclusión debido al estrechamiento de márgenes.

⁶⁴⁴ Según la teoría económica, una empresa dominante que fija sus precios por debajo de costes en un mercado caracterizado por los efectos de aprendizaje y las economías de escala podría reforzar las barreras de entrada en dicho mercado. Véase, por ejemplo, Bolton y otros., op. cit., p. 51.

1.2 Es probable que el comportamiento de Telefónica afectara de manera negativa a los usuarios finales

- (556) En el presente caso, es probable que el perjuicio inmediato a los consumidores fuera significativo: la competencia que el estrechamiento de márgenes ha restringido podría haber resultado efectiva para bajar los precios minoristas.
- (557) Como se ha señalado anteriormente, es probable que la competitividad del mercado hubiese sido restringida si se compara con la situación que se hubiese dado en caso de ausencia de estrechamiento de márgenes. Es inevitable que esto suponga un perjuicio probable para los consumidores. Manteniendo constantes todos los demás factores, en última instancia los consumidores tendrán una situación peor en un mercado con una estructura de competencia falseada, restringida o dañada. Si los falseamientos que se derivan del estrechamiento de márgenes no hubiesen existido en este caso, es probable que el mercado minorista de los servicios de banda ancha hubiera experimentado una competencia más intensa entre los PSI. Es también probable que las actuales restricciones en la toma de decisiones por la necesidad de optar entre crecimiento en volumen y rentabilidad no hubiesen existido. Sin estas presiones sobre los PSI competidores, es probable que el mercado hubiese aportado mayores beneficios a los consumidores en su conjunto; por ejemplo, más posibilidades de elección e innovación.
- (558) Es también probable que los consumidores hubiesen sido dañados por los altos precios minoristas que no se hubiesen dado en ausencia del estrechamiento de márgenes. Contrariamente a lo alegado por Telefónica⁶⁴⁵, no hay contradicción entre la existencia de un estrechamiento de márgenes y unos precios minoristas elevados. Desde el punto de vista de los consumidores, el presente caso difiere significativamente de un caso de precios predatorios. En un caso de precios predatorios, a corto plazo los consumidores se benefician de precios bajos, pero a largo plazo se ven perjudicados a medida que la empresa dominante explota el fortalecimiento de su posición de mercado y las barreras de entrada que se han creado debido a los precios predatorios. Por el contrario, el estrechamiento de márgenes no exige tal contrapartida. Con un estrechamiento de márgenes, los consumidores pueden salir perjudicados tanto a corto como a largo plazo. Esto se debe a que un estrechamiento de márgenes puede implicar un precio minorista elevado (con respecto a los costes del conjunto de las actividades mayoristas y minoristas) tanto a corto como a largo plazo, debido a la elevada tarifa del servicio mayorista.
- (559) Telefónica pudo beneficiarse más que nadie de la exclusión de sus competidores ADSL en el mercado minorista. Esto es así porque ni los operadores de cable ni el crecimiento progresivo del bucle local desagregado pudieron neutralizar los efectos probables de la conducta de Telefónica en los usuarios finales.

⁶⁴⁵ Véase Contestación, página 125.

- (560) De hecho, como ya queda dicho (véase Sección V.C.3), aunque Telefónica no controla el acceso de los operadores de cable a insumos mayoristas, aquéllos no han ejercido una disciplina de precios sobre Telefónica en el mercado minorista y, por lo tanto, no pudieron reducir o neutralizar los efectos probables de la conducta de Telefónica sobre los precios minoristas.
- (561) En teoría, debido al estrechamiento de márgenes, la única entrada viable habría sido duplicar el producto mayorista regional de Telefónica basado en el acceso desagregado al bucle local, pero esta opción, además de no ser un producto sustitutivo de los otros insumos mayoristas de Telefónica, es extremadamente cara y arriesgada (véase Sección V.A.3.1) y sólo ha estado disponible con grandes retrasos (véase Sección IV.F).
- (562) Independientemente de tales impedimentos, el bucle local desagregado ha estado limitado en cuanto a su alcance temporal y geográfico (véase considerando (266)). En otras palabras, pese al desarrollo progresivo del acceso desagregado, es probable que, incluso en 2006, el estrechamiento de márgenes que Telefónica imponía a sus competidores tuviese repercusiones en la estructura del mercado, tal y como ilustra el crecimiento de la cuota de mercado de Telefónica en 2005 y 2006 a pesar de cobrar unos precios minoristas que se sitúan entre los más altos (si no los más altos) de la Comunidad (véase Sección 2.2). A este respecto, es sintomático que, pese a la puesta en marcha del acceso desagregado en algunas regiones de España, en junio de 2006 el regulador español considerara necesario mantener obligaciones de acceso a nivel regional y nacional en la totalidad del territorio español.

1.3 Conclusion

- (563) En vista de lo anterior, es probable que el comportamiento de Telefónica restringiera la competencia en los mercados pertinentes.

2 El impacto de la conducta de Telefónica en los mercados pertinentes: prueba empírica

2.1 Efectos de exclusión

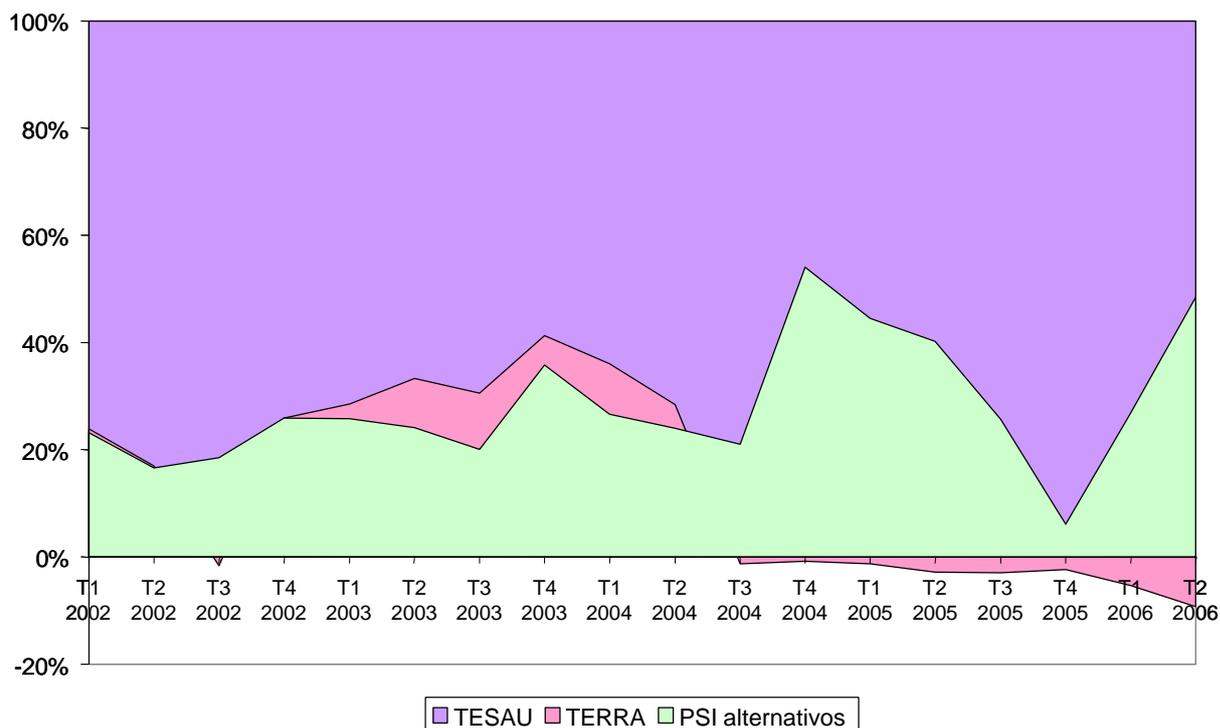
- (564) Hay pruebas empíricas que demuestran que el estrechamiento de márgenes ha tenido efectos concretos de exclusión en el mercado minorista, en particular, debido al estrechamiento de márgenes, la entrada y expansión sostenibles en el mercado minorista han sido imposibles, y esta contención de la competencia ha permitido a Telefónica: i) beneficiarse de elevadas tasas de crecimiento que rebasan con creces las de sus competidores y, por tanto, ii) seguir siendo, con gran distancia frente al resto, el principal operador de banda ancha de España en contraste con la posición que ocupaba en el mercado de acceso a Internet de banda estrecha.
- (565) Asimismo, hay pruebas empíricas que demuestran que el estrechamiento de márgenes ha contenido la presión competitiva sobre Telefónica en el mercado mayorista nacional, lo que ha preservado la posición dominante de la compañía en este mercado.

(566) La limitada competencia restante en el mercado minorista es insuficiente para rebatir la existencia de efectos de exclusión. Sólo las filiales con respaldo de operadores tradicionales extranjeros han podido sobrevivir en el mercado. Lo hicieron ante la expectativa de que alcanzarían, con pérdidas, el tamaño crítico y el nivel de economías de escala que les permitirían eludir el estrechamiento de márgenes usando en algún momento una oferta viable de acceso al bucle desagregado.

2.1.1 *La tasa de crecimiento de Telefónica ha rebasado con creces la de sus competidores*

(567) En un mercado en proceso de expansión, Telefónica ha logrado hacerse con la mayor parte de los nuevos abonados en el segmento minorista de ADSL.

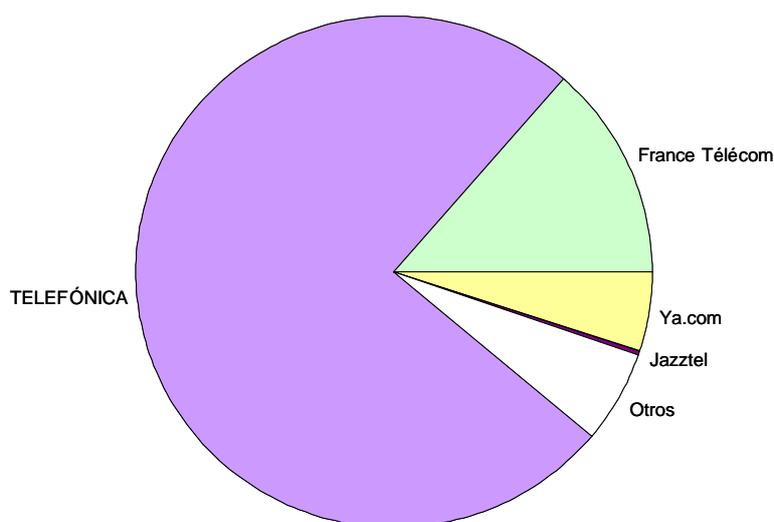
Gráfico 14 – Nuevos abonados de Telefónica (TESAU+TERRA) y de PSI alternativos, en cifras netas, desde 2002 hasta 2006⁶⁴⁶



(568) Entre enero de 2002 y octubre de 2004, Telefónica (TESAU+TERRA) creció en el mercado minorista a un tasa cuatro veces mayor que la que todos sus competidores de ADSL juntos, seis veces más que su principal competidor de ADSL, France Télécom (que, a finales de 2002, se fusionó con un PSI del mismo tamaño), y catorce veces más que su segundo mayor competidor de ADSL, Ya.com.

⁶⁴⁶ Las adiciones netas están calculadas con base en la evolución de (i) la líneas minoristas de TESAU y TERRA y de (ii) las líneas mayoristas vendidas por Telefónica a operadores alternativos. Véase Cuadro 60 en el Anexo I.

Gráfico 15 – Reparto de los nuevos clientes minoristas de ADSL, en cifras netas, de enero de 2002 a octubre de 2004⁶⁴⁷

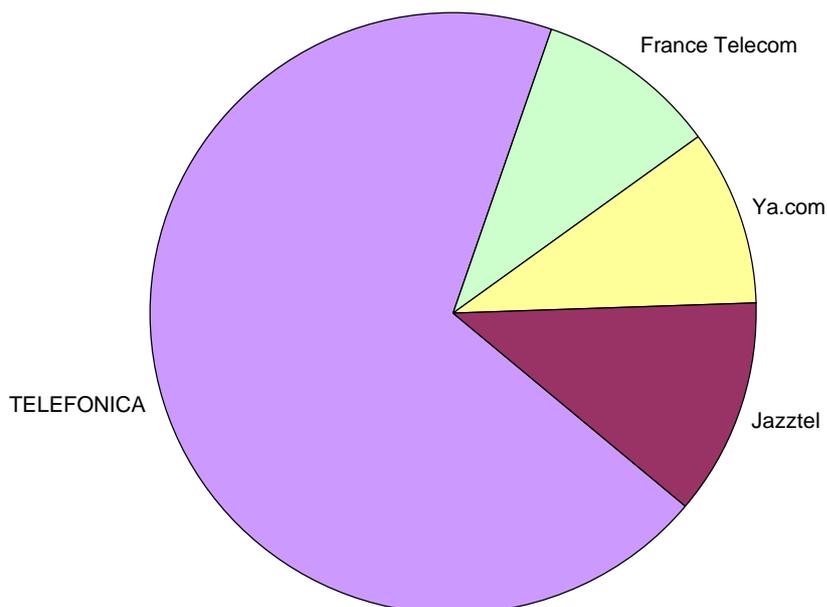


- (569) En el último trimestre de 2004 y el primer semestre de 2005, Telefónica absorbió casi el 70 % del crecimiento del mercado del ADSL. Pese a ser un porcentaje muy grande, es menor que el registrado en cualquier momento desde septiembre de 2001, y se explica por los esfuerzos comerciales sin precedentes emprendidos por los competidores de ADSL de Telefónica, que bajaron mucho sus precios. Este periodo coincidió con el verdadero despegue inicial (pero aún limitado) del acceso desagregado.
- (570) No obstante, este despegue progresivo de ofertas minoristas competidoras basadas en el acceso desagregado, que, como se ilustra en la Sección IV.F, ha estado limitado en el tiempo y en el alcance geográfico, no impidió a Telefónica captar más del 70 % de los nuevos abonados entre abril de 2005 y julio de 2006 y, por tanto, aumentar su cuota de mercado durante aquel periodo. Esto muestra que Telefónica tiene recursos para contener cualquier desafío competitivo, sobre todo si se tiene en cuenta que sus competidores no pueden mantener de forma duradera estos desafíos (que prácticamente siempre se organizan en el periodo navideño) debido al estrechamiento de márgenes.

⁶⁴⁷

Las adiciones netas están calculadas con base en la evolución de las líneas minoristas de Telefónica, France Télécom, Ya.com y Jazztel (véase nota a pie de página 640).

Gráfico 16 – Reparto de los nuevos clientes minoristas de ADSL, en cifras netas, de abril de 2005 a julio de 2006⁶⁴⁷



2.1.2 *Telefónica fue, con gran distancia frente al resto, el mayor proveedor de ADSL en el mercado de masas minorista durante el periodo investigado*

- (571) Como resultado de ello, TESAU ha mantenido en todo momento y sin réplica una cuota de mercado elevada, y los competidores han permanecido en el segmento de ADSL con índices de penetración muy bajos. De hecho, como muestra el Cuadro 15, Telefónica fue, con gran diferencia frente al resto, el principal proveedor de servicios en el mercado de masas minorista, con una cuota de mercado de alrededor del 55 % en número de usuarios finales durante el periodo investigado (máximo: 58 % y mínimo: 52 %). Su cuota incluso aumentó entre junio de 2005 y junio de 2006 pese al desarrollo del acceso desagregado. Entre 2001 y 2004, los ingresos de Telefónica fueron más de nueve veces mayores que los de su principal competidor en el segmento ADSL (France Télécom) y más de catorce veces mayores que los de Ya.com. En 2005, fueron más de seis veces mayores que los de France Télécom y doce veces mayores que los de Ya.com⁶⁴⁸. El aumento significativo de la cuota de mercado de France Télécom en 2003 se explica de hecho por su adquisición de Eresmas (el PSI de Auna, que poseía la misma cuota de mercado que France Télécom) a finales de 2002.

⁶⁴⁸ Véanse la Decisión de la CMT AEM 2003/1632 de 24.07.04 (página CMT-75 del expediente), Informe anual de la CMT de 2003 (página 359), 2004 (página 396) y 2005 (página 365).

- (572) En su Contestación⁶⁴⁹, Telefónica sostuvo que su cuota de mercado estaba por debajo de la media de la Comunidad. Esto no es exacto. Como estableció la Comisión en su 11º Informe de implementación⁶⁵⁰, tanto las cuotas del mercado minorista como las cuotas del segmento ADSL del mercado minorista que mantuvo Telefónica en el 2005 estuvieron por encima de la media de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004 y de la Comunidad en su composición a 31 de diciembre de 2006⁶⁵¹. Telefónica ha sido capaz de aumentar estas cuotas en el 2006.
- (573) En todo caso, el hecho de que algunos de los competidores hayan podido incrementar ligeramente sus cuotas de mercado, no implica que no se haya producido abuso con arreglo al artículo 82 del Tratado o que éste no haya tenido efecto alguno, dado que, de no haber existido el estrechamiento de márgenes antes mencionado, las cuotas de mercado de estos competidores podrían haber crecido mucho más⁶⁵².

2.1.3 A diferencia de sus competidores de ADSL, Telefónica logró ocupar una parte del mercado minorista de banda ancha mayor de la que había ocupado en los servicios de banda estrecha

- (574) Resulta ilustrativo comparar las cuotas de las empresas en los servicios minoristas de banda estrecha en España con las que lograron alcanzar durante el periodo cubierto por la investigación en el mercado minorista de banda ancha.
- (575) Aunque los servicios de banda estrecha y de banda ancha no forman parte del mismo mercado, por lo menos desde el inicio del periodo investigado ha estado claro que, a la postre, los servicios de banda estrecha se harían cada vez más obsoletos y que las empresas que operaban en los mercados de los servicios residenciales de banda estrecha, iban a necesitar convertirse en proveedores minoristas de banda ancha para sobrevivir como PSI. Por tanto, estas empresas tenían un gran incentivo para competir con Telefónica en el mercado minorista de los servicios de banda ancha.
- (576) Además, es razonable suponer que iban a poder utilizar su marca establecida y su base de clientes de los mercados de servicios de banda estrecha para ayudarlas a desarrollar su presencia en el mercado minorista de los servicios residenciales de banda ancha.
- (577) A continuación se muestra la comparación en cuestión:

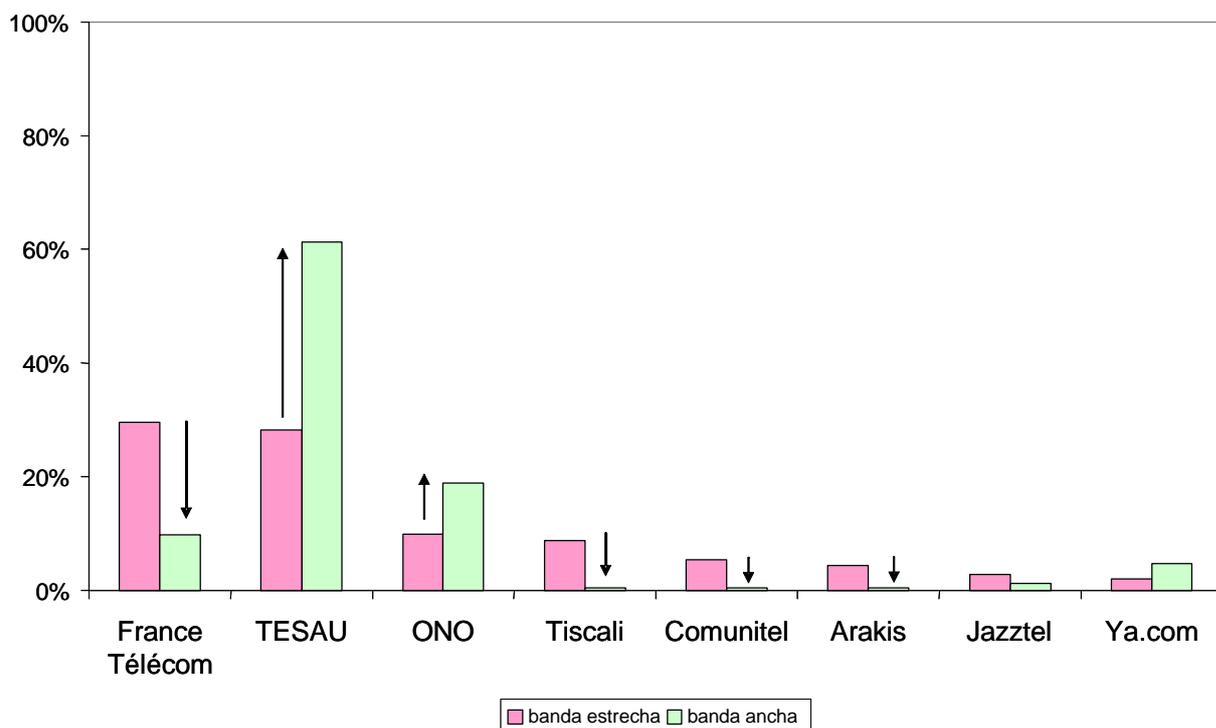
⁶⁴⁹ Véase Contestación de Telefónica, páginas 58-59 que se refieren al 11º Informe de implementación (véase nota a pie de página 650).

⁶⁵⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, Parlamento europeo, el Comité europeo económico y social y el Comité de las regiones, 11º informe de implementación del paquete regulatorio de telecomunicaciones, 20.02.06 ("11º informe de implementación") disponible en: http://preprod.europa.infosec.ec.eu.int/information_society/policy/ecom/implementation_enforcement/annualreports/11threport/index_en.htm

⁶⁵¹ Véase Gráfico 65 del anexo 2 del 11º informe de implementación.

⁶⁵² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996 en los asuntos acumulados T-24/93, T-25/95, T-26/93 y T-28/93, Compagnie Maritime Belge, Rec. 1996, p. II-1201, Considerando 149.

Gráfico 17 – Cuotas de mercado (con base en ingresos) en el suministro de servicios minoristas de banda estrecha y de banda ancha⁶⁵³



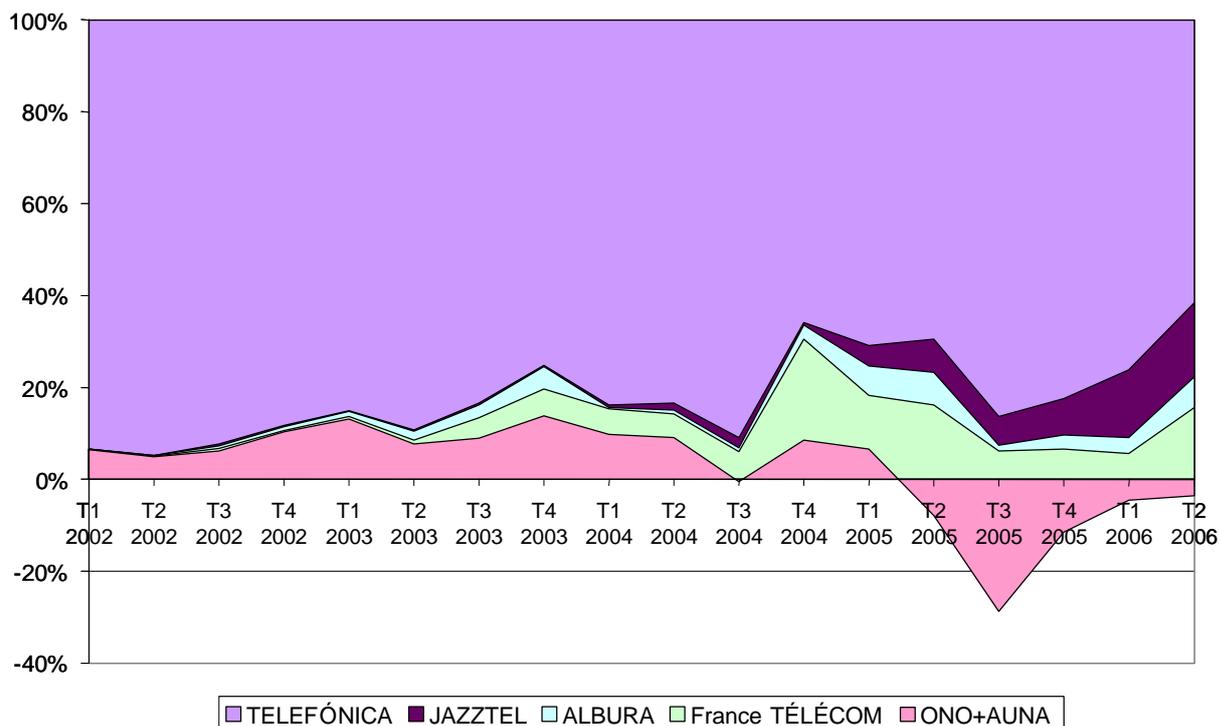
(578) A la vista de este gráfico, cabe señalar que France Télécom no logró capitalizar su pujante posición en los servicios de banda estrecha para alcanzar una presencia comparable en el mercado minorista de acceso de banda ancha. Su cuota de mercado en servicios de banda ancha es mucho menor que en servicios de banda estrecha. Telefónica, en cambio, pudo alcanzar una cuota de mercado en el mercado de banda ancha mucho mayor que la que tenía en los servicios de banda estrecha. El operador de cable ONO, que no dependía de los insumos mayoristas de Telefónica, consiguió alcanzar cuotas de mercado mucho mayores en servicios de banda ancha que las que había tenido en los servicios de banda estrecha.

2.1.4 El comportamiento de Telefónica ha contenido la competencia en el mercado mayorista nacional

(579) El crecimiento comparativo de las líneas en el mercado mayorista nacional durante el periodo investigado revela que la estrategia de estrechamiento de márgenes de Telefónica tuvo por efecto la restricción de la competencia en el mercado ascendente.

⁶⁵³ Cuotas (en términos de ingresos) en el suministro de acceso minorista de banda ancha y banda estrecha en España en 2005. Véase el informe anual de la CMT de 2005 (páginas 367 y 370).

Gráfico 18 –Cuotas de adiciones netas en el mercado mayorista nacional entre 2002 y 2006⁶⁵⁴



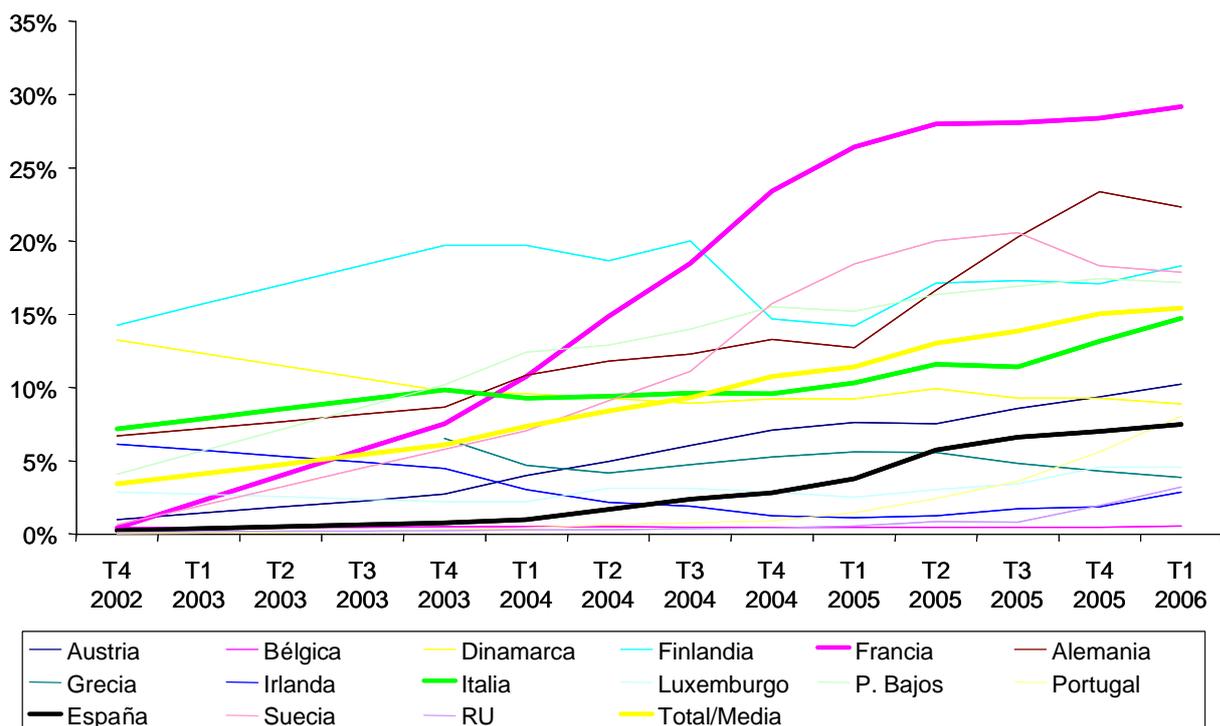
- (580) Entre enero de 2002 y octubre de 2004, la tasa de crecimiento de Telefónica en el mercado mayorista nacional fue seis veces mayor que la de todos sus competidores de ADSL juntos, diez veces mayor que la de su principal competidor en ADSL, Auna (ahora, ONO), y treinta veces mayor que la de su segundo mayor competidor en ADSL, France Télécom.
- (581) A partir de octubre de 2004, a raíz de las inversiones realizadas por France Télécom, Albura y Jazztel, que permitieron a esta última compañía utilizar el acceso desagregado en algunas zonas de España, Telefónica registró una tasa de crecimiento en el mercado mayorista nacional tres veces mayor que la de todos sus competidores de ADSL juntos, siete veces mayor que la de su principal competidor de ADSL, France Télécom, y diez veces mayor que la de su segundo mayor competidor de ADSL, Jazztel. En aquel periodo, Auna, principal competidor de Telefónica en el mercado mayorista nacional, descendió en volumen.
- (582) El crecimiento de los competidores de Telefónica no sólo se ha limitado en volumen, sino también en alcance geográfico. Así lo ilustra el hecho de que, incluso ahora, todos los operadores alternativos de ADSL que operan a escala nacional (France Télécom, Ya.com y Jazztel), sigan dependiendo de los insumos de Telefónica para el acceso mayorista nacional en una parte significativa del territorio; de hecho, ocurre allí donde no hay un insumo viable para el acceso mayorista nacional debido al estrechamiento de márgenes con respecto al acceso mayorista regional.

⁶⁵⁴ Las adiciones netas están calculadas con base en la evolución de líneas (incluyendo el autoconsumo) en el mercado mayorista nacional. (Véase nota al pie de página 201)

- (583) En su Contestación, Telefónica alegó que la concentración de infraestructuras alternativas en determinadas zonas geográficas responde a una estrategia comercial lógica de sus competidores cuyo objetivo consiste en maximizar la rentabilidad de sus actividades. Ahora bien, es sintomático que los principales competidores de Telefónica en el mercado mayorista nacional (Auna y Albura⁶⁵⁵) hayan dejado de operar en algunas de las demarcaciones de la oferta mayorista regional. En marzo de 2005, Albura desactivó 51 de las 109 demarcaciones.
- (584) La evolución del número de bucles locales arrendados a competidores revela que la estrategia de estrechamiento de márgenes de Telefónica ha retrasado el crecimiento de los competidores y, por tanto, el desarrollo de las infraestructuras alternativas. A este respecto, el mercado español sigue muy a la zaga de Europa en lo que respecta al despliegue de redes: pese a su despegue (muy tardío) a finales de 2004, la cifra total de líneas desagregadas sigue siendo muy baja comparada con las de otros Estados miembros.

⁶⁵⁵ Según la carta de Albura a Uni2 de 3.2.2005 (anexo 1 de la carta de Uni2 a la Comisión de 7.4.2005 en respuesta al cuestionario de 11.5.2005), el 15 de marzo de 2005, Albura desactivó 51 de las 109 demarcaciones GigADSL en las que había operado hasta entonces.

Gráfico 19 – Evolución del número de líneas desagregadas (acceso compartido y desagregación completa), en % del total de líneas de banda ancha, en la EU-15, entre 2002 y 2006⁶⁵⁶



2.1.5 La limitada competencia restante en el mercado minorista es insuficiente para rebatir que el estrechamiento de márgenes haya tenido efectos de exclusión

- (585) En su Contestación, Telefónica alegó estar expuesta a una intensa competencia de un gran número de competidores efectivos.
- (586) La determinación de la existencia de efectos de exclusión no significa que los competidores se vean forzados a salir del mercado: basta con que resulten perjudicados y esta situación los lleve a competir de forma menos agresiva. En el presente caso, hay exclusión porque el estrechamiento de márgenes ha afectado a la capacidad de los competidores de Telefónica de entrar en el mercado de referencia y ejercer una presión competitiva frente a Telefónica.

⁶⁵⁶ Fuente: ECTA broadband scorecard. Véase <http://www.ectaportal.com/en/basic650.html>

- (587) Esta conducta ha agotado financieramente a sus competidores de tal modo que sólo las compañías con un respaldo financiero lo suficientemente sólido han podido sobrevivir y crecer (ligeramente y con pérdidas) en el mercado de masas. Estos operadores (France Télécom y Ya.com) se mantuvieron en el mercado de masas minorista ante la expectativa de que en el futuro alcanzarían una masa crítica que les permitiría proporcionar por sí mismos la oferta mayorista regional de Telefónica en algunas zonas de España sobre la base de un producto de acceso desagregado realmente disponible. Es esta la razón por la cual no han salido del mercado, pero también por la cual no han podido plantear el desafío competitivo que hubieran podido ejercer (sobre todo, a la luz del elevado nivel de los precios minoristas; véase Sección 2.2) en ausencia de estrechamiento de márgenes.
- (588) Al margen de Wanadoo y Ya.com, ninguno de los operadores de ADSL (Tiscali, Jazztel, Tele 2, BT, etc.), algunos de los cuales aseguraban ya en el año 2001 que no podrían replicar los precios minoristas de Telefónica sobre la base de sus precios mayoristas, alcanzó un 1 % de cuota de mercado hasta el 2005. El fracaso de estos PSI (que habrían podido ser competidores potenciales en el mercado de masas, como en otros Estados miembros) en su esfuerzo por expandirse en un mercado de importancia estratégica como la banda ancha es acorde con los obstáculos a la expansión que impuso el estrechamiento de márgenes. No se puede esperar que estos PSI puedan sostener pérdidas duraderas significativas.
- (589) Esta situación contrasta con la observada en otros Estados miembros. En Francia, por ejemplo, a diferencia de España, hay PSI (Free, Neuf Telecom, Cegetel, Tele 2) que no están respaldados por operadores tradicionales de otros Estados miembros y alcanzaron cuotas de mercado importantes en 2004.
- (590) La posición de Jazztel en el mercado minorista merece especial atención a este respecto. Este PSI no ha logrado rebasar el 1 % de cuota de mercado sobre la base del producto mayorista regional y los productos mayoristas nacionales de Telefónica. En 2005, Jazztel realizó inversiones masivas en su propia infraestructura con vistas a utilizar el acceso desagregado y, en consecuencia, duplicar la oferta mayorista regional de Telefónica en una parte significativa del territorio español. Esta estrategia era más arriesgada que la de Wanadoo y Ya.com porque, a diferencia de estos últimos, Jazztel no había generado un nivel mínimo de economías de escala antes de realizar las importantes inversiones mencionadas. La cuota de mercado de Jazztel subió al 1,3 % (en ingresos anuales) en 2005 y sigue subiendo en la actualidad. Sin embargo, no está claro si este crecimiento es sostenible porque i) la compañía se vio seriamente afectada por la imposibilidad de disponer del acceso desagregado en 2005, sobre todo en lo relativo a la imagen de empresa⁶⁵⁷; ii) Jazztel incumplió constantemente los objetivos fijados en su plan de negocio (en número de clientes, ingresos); iii) en la actualidad está sufriendo grandes pérdidas (sus pérdidas netas representaron el 73 % de sus ingresos en 2006)⁶⁵⁸, y el valor de su acción bajó 2/3 entre abril de 2005 y octubre de 2006.

⁶⁵⁷ La compañía captó nuevos usuarios finales a los que no estaba en condiciones de prestar servicios minoristas porque Telefónica no puso a su disposición las líneas mayoristas

- (591) Se reconoce que, precisamente por su tamaño, es difícil controlar todas las entradas y salidas del mercado de pequeños PSI. No obstante, conviene señalar que en su Informe de 2004 la CMT explicó que aquel año había salido del mercado un buen número de PSI que habían ofrecido servicios en el mercado minorista de referencia⁶⁵⁹.

2.2 Daño a los consumidores

2.2.1 *El comportamiento de Telefónica produjo precios minoristas que están entre los más altos (si no los más altos) de la Comunidad - en su composición a 30 de abril de 2004*

- (592) En el PC⁶⁶⁰, la Comisión sostuvo que el estrechamiento de márgenes impuesto por Telefónica se ha dejado sentir a nivel de precios en el consumidor final.
- (593) Todos los estudios que comparan precios minoristas de acceso de banda ancha, concluyen que los precios españoles están entre los más altos de la Comunidad.
- (594) Según el informe de la OCDE, la tarifa mensual media de una conexión a Internet de banda ancha en España es una de las más caras de Europa en términos de relación calidad-precio⁶⁶¹, como ha confirmado un estudio reciente de la asociación española de consumidores OCU⁶⁶²
- (595) Asimismo, la CMT estima que los precios minoristas de banda ancha en España son altos y están claramente por encima de la media de la Comunidad. En su Informe anual de 2004, señalaba que en aquel año los precios seguían lejos de los niveles de la Comunidad⁶⁶³. En su informe anual del 2005, reiteraba que estos precios se mantenían en la «*franja alta*» de los precios «*de nuestro entorno*»⁶⁶⁴. En el mismo contexto⁶⁶⁵, el presidente de la CMT estableció que los precios de banda ancha en España eran un 25% más altos que la media de la Comunidad. En una resolución de 16 de noviembre de 2006, la CMT señaló que «*TESAU ha podido mantener unos precios excepcionalmente altos en los mercados minoristas de banda ancha*»⁶⁶⁶.

correspondientes. En junio de 2005, más del 50 % de sus líneas de ADSL estaba fuera de servicio.

⁶⁵⁸ Informe anual de Jazztel 2006, página 23.

⁶⁵⁹ Informe de la CMT 2004, p. 118.

⁶⁶⁰ Véanse los Considerandos 485-488 del PC. .

⁶⁶¹ Véanse, por ejemplo, *Benchmarking broadband prices in the OECD* (precios de banda ancha en la OCDE), Working Party on Telecommunications and Information Services Policies, 18 de junio de 2004, p. 50 (véase la página Div-53 del expediente): «*En conjunto, los precios de acceso de banda ancha que se aplican en España son relativamente elevados en términos de precios y de tasa de rendimiento.*»

⁶⁶² OCU, *Las tarifas españolas, muy altas respecto a Europa*, mayo de 2005 (véase la página Div-101 del expediente).

⁶⁶³ Informe anual de la CMT del 2004, página 101.

⁶⁶⁴ Informe anual de la CMT del 2005, página 88.

⁶⁶⁵ Véase *El coste del ADSL en España es un 25% superior a la media de la UE*, El país, 12.07.06. Véase también La CMT constata el insuficiente crecimiento de la banda ancha en España, El mundo, 11.07.06.

⁶⁶⁶ Decisión de la CMT RO 2004/1811 de 16.11.2006 (página 130).

- (596) Así lo confirma un estudio reciente⁶⁶⁷ encargado por el regulador irlandés, ComReg, a la consultora Teligen, que habitualmente se dedica a la evaluación comparativa de los precios en el sector de las telecomunicaciones para la OCDE.
- (597) Teligen siguió un modelo que consiste en comparar las ofertas de ADSL⁶⁶⁸ del operador incumbente o PSI asociado en cada Estado miembro de la EU-15. El modelo de referencia de Teligen se basa en un supuesto perfil de uso medio de 25 horas al mes, sesiones de una hora por cada país. Asimismo, se supone un uso de descarga de 10 Gigabytes al mes por servicio. La información que se presenta en el siguiente gráfico compara con base en las suposiciones de uso los precios de la oferta de ADSL minorista más barata en cada país. Los resultados se muestran en EUR/PPPs⁶⁶⁹ excluyendo el IVA⁶⁷⁰.
- (598) Como se explica a continuación, España ocupa el último lugar entre los países de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004, con un precio por suscripción mensual (45.2 EUR/PPP) 85% más alto que la media de la Comunidad (24.0 EUR/PPP)⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Comreg, Quarterly Key Data Report, Diciembre 2006 (páginas 23 to 25) disponible en: http://www.comreg.ie/_fileupload/publications/ComReg0668.pdf.

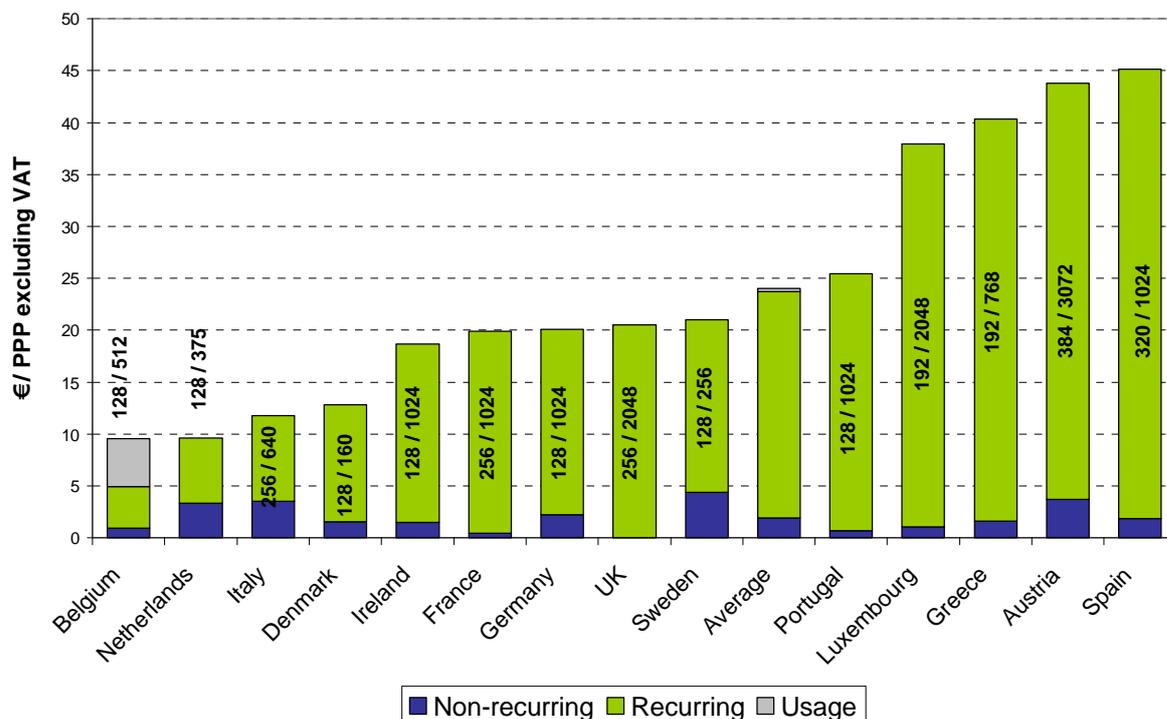
⁶⁶⁸ Las tarifas utilizadas en la comparación se refieren únicamente a la instalación y el arrendamiento del servicio ADSL, no al suministro de la línea telefónica estándar a través de la cual se presta el DSL. El coste de módems o *routers* y las tarifas de abono de los PSI sólo se incluyen en la comparación cuando están incluidos en una oferta global de servicios.

⁶⁶⁹ Los precios están expresados en Purchasing Power Parities (paridades de poder de compra) (“PPPs”), es decir, a una tasa de conversión de divisas que ambas se convierten en una divisa común y se iguala el poder de compra de las diferentes divisas. En otras palabras, se eliminan las diferencias de los niveles de precios entre los países en el proceso de conversión. Véase la nota explicativa que acompaña al informe de Teligen: Comreg, Quarterly Key – Explanatory Memorandum, diciembre 2006 (página 15).

⁶⁷⁰ El informe de Teligen esta originariamente basado en precios que incluyen el IVA. De todos modos, debido al comentario de Telefónica (véase página 44 de la respuesta a la carta factual) que las tasas del IVA no son homogéneas en la UE, la Comisión deduce el IVA de los precios minoristas (véase Comreg, Quarterly Key – Explanatory Memoreandum, diciembre 2006, página 15).

⁶⁷¹ Teligen también compara los precios ADSL de la UE-15 con base en el precio más bajo para el bitrato 1 Mbit/s (el precio se produce de (i) la suma de los bitratos de carga y descarga para obtener el bitrato total y (ii) la división de la tarifa mensual entre el bitrato total y la multiplicación por 1024 para obtener el precio por 1 Mbit/s). Este modelo de comparación también lleva a la conclusión de que España es el último en la UE-15, con un precio el 75% más alto que le media de la UE.

Gráfico 20 – «Cesta» del precio mensual mínimo de ADSL⁶⁷² – noviembre de 2006



(599) En su respuesta a la carta factual⁶⁷³, Telefónica alegó que no se podía deducir del informe de Teligen que la conducta de Telefónica hubiese tenido efectos en los precios minoristas en España porque: (i) Teligen no había tomado en consideración las promociones ofrecidas por Telefónica y (ii) sólo había comparado los precios de los incumbentes, que no reflejan necesariamente los precios que efectivamente pagaron los usuarios finales.

⁶⁷² Las cifras en las barras representan la velocidad de carga y descarga del servicio ofrecido. Véase Comreg, Quarterly Key – Explanatory Memorandum, diciembre 2006, página 24 y Quarterly Key Data report de diciembre de 2006: raw data (página T4).

⁶⁷³ Véase página 44 de la respuesta a la carta factual.

- (600) No obstante, la alegación de Telefónica sobre la inclusión de promociones en el modelo de referencia de Teligen no afecta a las conclusiones que se obtienen del mismo: las tarifas no recurrentes de Telefónica representan menos de 1.9 EUR/PPP en el modelo de Teligen (véase Gráfico 20) y otras promociones suman menos de 1.0 EUR/PPP⁶⁷⁴. Consiguientemente, suponiendo que los operadores tradicionales no ofrezcan promociones a sus abonados (esta suposición es muy improbable y, en cualquier caso, muy favorable a Telefónica), la diferencia entre la media de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004 y el precio minorista de Telefónica disminuye tan sólo en menos de 2.0 EUR/PPP (8% del precio medio de la Comunidad). Por lo tanto, el precio minorista de Telefónica se mantiene por lo menos en 18.0 EUR/PPP (más del 75 %) de la media de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004.
- (601) En cuanto a la alegación de Telefónica de que el informe de Teligen sólo compara precios minoristas de los incumbentes en sus países correspondientes, tiene que tenerse en cuenta que Telefónica ha sido capaz de cobrar precios altos a los usuarios finales y a la vez ha aumentado su cuota de mercado (por encima del 70% de las conexiones ADSL) en 2005 y 2006.
- (602) De cualquier modo, Telefónica reconoció en su Contestación⁶⁷⁵ que una simple comparación de precios minoristas entre los Estados miembros lleva a la conclusión de que los precios minoristas españoles están entre los más altos de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004 durante el periodo entre 1999 y 2005. Según Telefónica, los precios de banda ancha en España son los más altos en la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004 después de Austria, y la suscripción mensual media en España es más de 7.6 EUR / mes / abonado que en el resto de la Comunidad (20% más alto que la media de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004). Dado que los precios minoristas de Telefónica están por encima de la media de los precios minoristas en España (la diferencia era de 4 EUR/mes en 2004⁶⁷⁶), la diferencia entre la media de la Comunidad y los precios minoristas de Telefónica es aun mayor (más de 11 EUR / mes / abonado).

⁶⁷⁴ Las promociones ascendieron a 30.12 EUR/nuevo usuario en 2006 (véase carta de Telefónica de 06.10.06 en página TFCA-13265 del expediente), es decir 0.84 EUR/usuario final mes (amortización sobre 3 años).

⁶⁷⁵ Véanse páginas 353-354 de la Contestación.

⁶⁷⁶ Véase Contestación de Telefónica, en página 130.

2.2.2 *La penetración de banda ancha en España está por debajo de la media de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004*

- (603) Los precios son clave en el desarrollo del mercado. Así pues, es sintomático que, a pesar de que España se situaba a la cabeza de los Estados miembros de la Comunidad en términos de usuarios de banda ancha a finales de 2001⁶⁷⁷, la penetración de la banda ancha en España se sitúa en la actualidad por debajo de la media de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004 y de la Comunidad en su composición a 31 de diciembre de 2006. La subida de este índice se sitúa también por debajo del promedio de la Comunidad en su composición a 30 de abril de 2004 y de la Comunidad en su composición a 31 de diciembre de 2006. Esto se ilustra en el siguiente cuadro:

Cuadro 55- Penetración de banda ancha en España en 2004 y 2005

% población	2004⁶⁷⁸	2005⁶⁷⁹	Incremento 2004/2005
España	8.2	11.7	+3.5
Comunidad - 30.4.2004	9.9	14.5	+4.6
Comunidad - 31.12.2006	8.8	12.8	+4.0

2.2.3 *Argumentos de Telefónica sobre el perjuicio a los consumidores*

- (604) En su Contestación⁶⁸⁰, Telefónica alegó que la Comisión no ha demostrado que los precios minoristas sean excesivos en España ni que los consumidores no se beneficien de productos innovadores.
- (605) Según Telefónica, del análisis que contienen los estudios a los que alude la Comisión, no puede alcanzarse conclusión alguna sobre el impacto del comportamiento de Telefónica sobre los precios minoristas, ya que una simple comparación de precios entre países que apunte a la heterogeneidad de los niveles de precios, indica meramente que las condiciones de la demanda y de los costes difieren entre países. A juicio de la compañía, estas diferencias de precios no pueden atribuirse a un solo factor (a saber, la estrategia de precios de Telefónica) sin considerar la posibilidad de que se deban a diferencias transfronterizas en otros elementos del precio.

⁶⁷⁷ Véase Considerando (626).

⁶⁷⁸ Véase Contestación de Telefónica en página 124.

⁶⁷⁹ Véase la decisión de la CMT RO 2004/1811 (página 123).

⁶⁸⁰ Véase la Contestación de Telefónica, páginas 125-132.

(606) En su Contestación al PC⁶⁸¹, Telefónica proporcionó una estimación empírica de los factores que explican las diferencias en los precios de ADSL a lo largo de la Comunidad. El modelo de regresión del consultor económico de Telefónica es una especificación de efectos fijos que explica los precios (ARPU) con efectos fijos por país, factores de demanda y de coste. El efecto fijo por país en las regresiones resultantes se interpreta como el factor determinante del precio que es específico del país e independiente de las variables de oferta y demanda controladas en la regresión. Como las variables explicativas incluyen los factores determinantes de la demanda y el coste, el efecto fijo por país podría captar factores institucionales tales como el entorno competitivo. El consultor económico de Telefónica concluye que el efecto fijo para España indica que los precios relativos en este país no son más altos e incluso podrían ser algo más bajos de lo previsto en función de las condiciones de la demanda y los costes prevalecientes en el país.

2.2.4 Comentarios sobre la metodología del informe de los expertos presentado por Telefónica

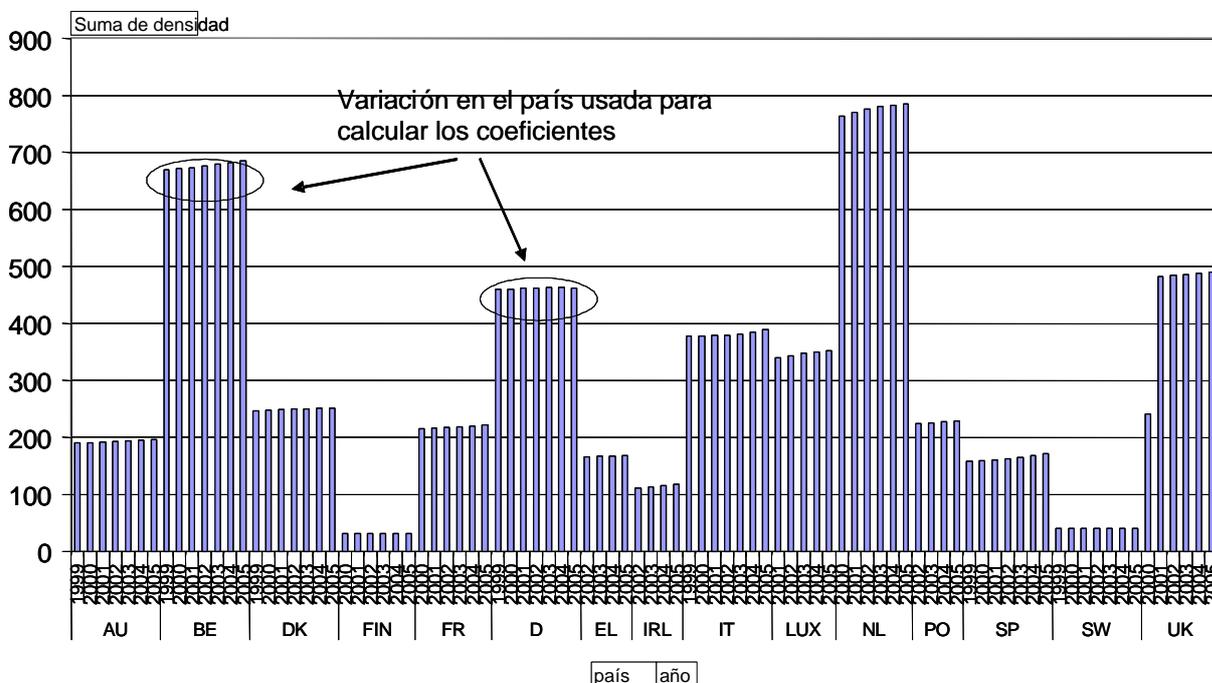
2.2.4.1 La especificación no es adecuada para este ejercicio concreto

(607) La especificación presentada por Telefónica está concebida para determinar las diferencias en los factores determinantes de los costes y la demanda a lo largo de los países con objeto de aislar el efecto de los demás factores, tales como el entorno competitivo, sobre los precios. No obstante, la especificación utilizada (efecto fijo por país) utiliza la variación de las variables de demanda y coste dentro de los países para determinar el efecto de estas variables sobre el precio. Las variables explicativas del modelo son las siguientes: densidad de población, PIB per cápita, población, población de menos de 30 años, hogares con ordenador, hogares con acceso a Internet y hogares con acceso de banda ancha. Es extremadamente improbable que los cambios en estas variables dentro de un país entre 1999 y 2005 hayan tenido ningún efecto significativo sobre el coste o la demanda de ADSL. Por ejemplo, el efecto de la densidad de población se calcula estableciendo la media de los efectos de los cambios en la densidad de población de cada país sobre los precios de ADSL en ese país. La hipótesis subyacente es que un aumento de la densidad de población de 13 personas por km² entre 1999 y 2005 incidió en el coste de la red y, por tanto, en el precio del ADSL. Así lo ilustra el gráfico que figura a continuación, que muestra los datos sobre densidad de población por país y año. Observamos que, aunque podría haber una variación significativa en el conjunto de los países, la variación dentro de cada país es limitada, de modo que no es probable que afecte a la demanda y la oferta de manera significativa durante los años examinados. Es obvio que los coeficientes se calculan sobre la base de un margen de variación que no pueda incidir en el resultado medido.

⁶⁸¹ Véase anexo 6 de la contestación de Telefónica.

(608) Los coeficientes de este modelo se calculan sobre la base de una variación insignificante desde el punto de vista económico y lo más probable es que sólo capten correlaciones espurias en los datos: probablemente, tendencias correlacionadas o no linealidades potenciales. De los resultados de la regresión se deduce asimismo que la escasa variación por país con respecto a la importante variación global introduce graves problemas de colinealidad múltiple debido a la inclusión de los efectos fijos por país. Así lo demuestran las imprecisas y estadísticamente insignificantes estimaciones, combinadas con un alto R cuadrado. Tal alcance de colinealidad múltiple pone de manifiesto que las especificaciones del modelo no son correctas y que los coeficientes resultantes no son estimaciones fiables. Por tanto, no pueden extraerse conclusiones del informe del consultor económico de Telefónica.

Densidad por país y año



2.2.4.2 *Estudio de la variación transversal*

(609) Una forma de analizar la variación transversal del conjunto de los países para explicar las diferencias de precios, consiste en la regresión de los ARPU sobre los efectos fijos por país y una variable temporal que mide el tiempo transcurrido desde el inicio de las subscripciones de ADSL. Este método produce una estimación del precio medio relativo por país, que determina la fase de desarrollo de la red. A continuación podemos efectuar la regresión de estas estimaciones sobre las variables de coste y demanda para ver en qué medida los precios medios de los países se explican por estos factores. Observamos que los coeficientes de los factores de demanda y oferta facilitados por las partes son insignificantes y no explican ni individual ni conjuntamente las diferencias de precios entre países.

3 El estrechamiento de márgenes ha sido una estrategia racional y rentable para Telefónica

(610) Como resultado, la estrategia de precios de Telefónica ha sido racional y posteriormente rentable de tres maneras:

(611) En primer lugar, aun cuando un alto nivel de precios mayoristas (en relación con los precios minoristas) podría afectar a los ingresos mayoristas de Telefónica al limitar las presiones competitivas en el mercado minorista, Telefónica puede mantener un alto nivel de precios minoristas (como se establecerá en la Sección 2.2, los precios minoristas del acceso de banda ancha en España se hallan entre los más altos de la Comunidad). Los beneficios resultantes de un alto nivel de precios minoristas superan con creces la renuncia de beneficios correspondiente a las ventas mayoristas a las que se ha renunciado a consecuencia de los altos precios mayoristas (en relación con los precios minoristas).

(612) En segundo lugar, crear y mantener una posición de liderazgo en el mercado del acceso de banda ancha minorista, que es un mercado en rápida expansión, permite a Telefónica proteger su posición en los mercados de masas minoristas adyacentes tales como el de la telefonía fija. De hecho, como reconocía la propia Telefónica, la prestación de servicios de acceso minorista de banda ancha tiene un efecto de fidelización en los servicios de la telefonía fija tradicional⁶⁸². Es decir, si Telefónica no prestara servicios minoristas de banda ancha, su cuota de mercado y sus ingresos en el mercado de la telefonía fija serían menores. Es probable que los usuarios finales elijan al mismo proveedor para todos los servicios de comunicaciones electrónicas, a saber, telefonía fija, acceso de banda ancha a Internet, televisión de banda ancha y telefonía móvil.

(613) Más aún, muchos de estos servicios, en particular el denominado Voz sobre IP y la televisión de banda ancha, están en un proceso de rápido crecimiento, y el comportamiento de Telefónica, por tanto, la sitúa en condiciones de adelantarse a la expansión futura de estos mercados minoristas.

⁶⁸² Véase anexo 11i de la carta de Telefónica de 21.07.06 : '*La oportunidad de la banda ancha en la operadoras fijas*', página 17 (página TFCA-4530 del expediente).

4 Conclusión relativa al efecto sobre la competencia y los consumidores

- (614) La jurisprudencia establece claramente que no es necesario esperar a que se produzcan efectos concretos de un estrechamiento de márgenes para concluir que dicha conducta es abusiva⁶⁸³.
- (615) Dadas las circunstancias específicas del presente caso, el comportamiento de Telefónica, consistente en un estrechamiento de márgenes *prima facie*, podía restringir, o en otras palabras, es probable que restringiera la competencia al dificultar a los competidores igualmente eficientes mantener una presencia continuada en el mercado; en última instancia podrían haberse visto forzados a salir del mercado, o podrían haber visto restringida su capacidad de invertir y ampliar su cuota de mercado. Incluso si hubiesen igualado a la empresa dominante tanto en precios como en costes de comercialización, probablemente no habrían estado bien situados a largo plazo, como consecuencia de sus continuas pérdidas, para ofrecer un desafío competitivo pujante a la empresa dominante.
- (616) En ausencia de los falseamientos que se derivan del estrechamiento de márgenes en este caso, es probable que el mercado minorista de los servicios de banda ancha hubiera experimentado una competencia más intensa entre PSI, de no existir las actuales restricciones en la toma de decisiones por la necesidad de optar entre crecimiento en volumen y rentabilidad. Sin estas presiones sobre los PSI competidores, es probable que en ausencia de estrechamiento de márgenes el mercado hubiese aportado mayores beneficios a los consumidores en términos de precios más bajos y mayor elección.
- (617) Además, el comportamiento de Telefónica ha tenido un impacto en los mercados pertinentes. En concreto, Telefónica ha captado la mayor parte de los nuevos abonados en el mercado de masas minorista de banda ancha, y su comportamiento ha restringido el crecimiento de sus competidores. Sólo los competidores con respaldo de operadores tradicionales de otros Estados Miembros han sobrevivido en el mercado de masas minorista gracias a la expectativa de estar algún día en condiciones de eludir el estrechamiento de márgenes recurriendo a un acceso desagregado viable en algunas regiones de España.
- (618) Hay pruebas empíricas de que los precios aplicados al consumidor final se sitúan muy por encima (por lo menos el 20%) de la media de la Comunidad, afectando así a millones de consumidores finales. Ninguno de los factores de demanda y oferta presentados por Telefónica pueden explicar adecuadamente el alto nivel de los precios minorista en España. Por lo tanto, se deduce que el comportamiento de Telefónica ha provocado a los consumidores un perjuicio significativo.

⁶⁸³ Asuntos T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93 *Compagnie maritime belge and others v Comisión*, Considerando 149. Véanse también Asunto T-219/99, *British Airways v. Comisión*, Considerando 293 y Case C-95/04 P, *British Airways v. Comisión*, Considerandos 77, 93 y 98; *Suiker Unie and others v. Comisión*; [1975] ECR 1663; Considerando 514 to 516; y Asunto 163/96; Cuestión preliminar: *Silvano Raso y otros*; [1998] ECR I-593

F. Justificación objetiva y eficiencias

1 Introducción

- (619) La conducta excluyente puede no estar sujeta en la prohibición del artículo 82 del Tratado si la empresa dominante puede alegar una justificación objetiva de su comportamiento o puede demostrar que su conducta produce eficiencias que contrarrestan el efecto negativo sobre la competencia. La carga de la prueba de un argumento de justificación objetiva o de eficiencia recae en la empresa dominante⁶⁸⁴. Incumbe a la empresa que invoque el amparo de una excepción frente a la constatación de una infracción probar conforme a Derecho que se reúnen las condiciones necesarias para acogerse a dicho argumento⁶⁸⁵.
- (620) En el presente asunto, Telefónica ha alegado i) que sus pérdidas en sentido descendente son, dentro de un mercado no maduro, inversiones con el fin de lograr futuros beneficios; ii) que se vio obligada a ajustarse a los precios minoristas de sus competidores en sentido descendente («argumento de la reacción ante la competencia») y iii) que su comportamiento ha acarreado eficiencias que han beneficiado a los consumidores («argumento de la eficiencia»).
- (621) En las siguientes secciones, la Comisión responde a las justificaciones objetivas y eficiencias alegadas por Telefónica.

2 No existe justificación objetiva por razones de necesidad objetiva

2.1 *Las pérdidas en sentido descendente de Telefónica no pueden ser consideradas inversiones necesarias en futuros beneficios en el contexto de un mercado no maduro*

- (622) Telefónica sostuvo⁶⁸⁶ que el mercado español de banda ancha es inmaduro y que ha incurrido legítimamente en pérdidas como inversión en futura rentabilidad.

⁶⁸⁴ Véase la sentencia de 30 de septiembre de 2003 en el asunto T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin/Comisión (Michelin II), Rec.2003, p. II-4071, Considerandos 107-109.

⁶⁸⁵ Véase el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4.1.2003, considerando 5 y artículo 2.

⁶⁸⁶ Véase la Contestación, páginas 90-91 y 102-103.

- (623) A este respecto, ni en el artículo 82 del Tratado ni en la jurisprudencia comunitaria sobre este aspecto se contempla una excepción a la aplicación de las normas de competencia a aquellos sectores que supuestamente no están plenamente maduros. En Wanadoo, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el hecho de que un mercado pertinente fuese de rápido crecimiento, no podía impedir la aplicación de las normas de competencia, en concreto, del artículo 82 del Tratado⁶⁸⁷. Supeditar la aplicación de las normas de competencia a una estabilización completa del mercado equivaldría a privar a las autoridades de competencia del poder de actuar a tiempo, antes de que los abusos probados surtan pleno efecto y se acaben consolidando las posiciones indebidamente ocupadas.
- (624) La cuestión relevante en el presente asunto es si todos los operadores igualmente eficaces del mercado han estado en condiciones de entrar en el mercado en desarrollo de banda ancha español en pie de igualdad sin ahogarse financieramente por la estrategia de la empresa dominante. A este respecto, se desprende de la jurisprudencia que se ha de penalizar la aplicación de precios no equitativos siempre que exista el riesgo de eliminar algunos competidores, ya que el objetivo que persigue el Tratado, que no es otro que mantener una competencia no distorsionada⁶⁸⁸, descarta esperar hasta que dicha estrategia conduzca a la eliminación real de los competidores⁶⁸⁹.
- (625) En cualquier caso, el mercado de banda ancha mantiene vínculos estrechos con el mercado de acceso local en el sector de las telecomunicaciones, que, por su parte, no posee ninguna de las características de un mercado emergente. De hecho, la red de acceso local de Telefónica se ha desplegado durante décadas protegida por derechos exclusivos y se financió mediante ingresos de carácter monopolista. El sector de las telecomunicaciones y el acceso local, en particular, siguen estando muy afectados por la preponderancia de Telefónica, que es el antiguo monopolio de telecomunicaciones y que controla casi todo el acceso a los consumidores finales. Los riesgos derivados de un efecto multiplicador hacen que sea imposible que la conducta de Telefónica pueda ser eximida de la aplicación de la normativa ordinaria de competencia comunitaria⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30.01.07 en asunto T-340/03, *France Télécom SA vs. Comisión*, Considerando 107.

⁶⁸⁸ De conformidad con el objetivo establecido en el la letra g) del apartado 1 del artículo 3 del Tratado.

⁶⁸⁹ Tribunal de Justicia en *Tetra Pak*, Considerando 44.

⁶⁹⁰ *Wanadoo*, Considerando 302.

- (626) Aunque el mercado minorista de banda ancha español todavía está en expansión, no puede, desde luego, considerarse como totalmente nuevo o en fase de mera experimentación. TERRA lleva comercializando servicios de ADSL desde 1999. A finales de 2000, había más de 60.000 abonados⁶⁹¹ de banda ancha en España y a finales de 2001, ya se alcanzaron los [...] ⁶⁹². Es bastante evidente que, ya desde finales de 2001, los servicios de acceso a Internet de banda ancha habían superado claramente la fase de simple experimentación comercial o técnica. A finales de 2001, España ocupaba uno de los primeros puestos entre los Estados miembros de la Comunidad por lo que se refiere al número de abonados de banda ancha a Internet⁶⁹³: mientras que España tenía 375 000 abonados de ADSL a finales de 2001, Francia tenía 400 000; los Países Bajos, 121 000; Suecia, 143 000 y el Reino Unido 136 000. Por lo tanto, no puede afirmarse que la evolución de Telefónica en los mercados de acceso a Internet de banda ancha a partir de septiembre de 2001 se desarrollase en un contexto de incertidumbre e inestabilidad asociadas a un tipo de producto totalmente nuevo. Al contrario, se estableció una jerarquía bastante estable en los mercados pertinentes con Telefónica a la cabeza.
- (627) Además, en el contexto del desarrollo de productos ADSL en España, aunque no es posible obtener una rentabilidad inmediata desde el primer mes de prestación de servicios, tampoco es inevitable o necesario incurrir en pérdidas significativas por parte del negocio descendente de Telefónica durante más de cinco años. El hecho de que el mercado minorista de banda ancha español esté todavía creciendo, no justifica una conducta que fuerza a los competidores minoristas de Telefónica a soportar pérdidas significativas por un periodo de tiempo tan largo.

⁶⁹¹ Informe Anual de la CMT 2002 (véase la página CMT-3006 del expediente).

⁶⁹² Véase Cuadro 60 en el Anexo I.

⁶⁹³ Informe Anual de la CMT 2001 (véase la página CMT-4320 del expediente).

(628) El argumento de Telefónica de que el estrechamiento de márgenes es inevitable debido a la inmadurez del mercado español de banda ancha, queda invalidado por el hecho de que i) Telefónica esperaba alcanzar rápidamente la rentabilidad en el conjunto de su actividad⁶⁹⁴ en su plan de negocio inicial (EBITDA break-even y EBIT break-even en 2002)⁶⁹⁵; ii) que la empresa es efectivamente rentable en el conjunto de su actividad pero registraría pérdidas si tuviera que pagar las tarifas mayoristas que impone a sus competidores; y iii) que la empresa calculó en su plan de negocio que el volumen break-even en el conjunto de sus actividades se situaba en 1 millón de usuarios finales de ADSL⁶⁹⁶, cifra que se alcanzó en febrero de 2003. Esto significa que la empresa no se basaba en el crecimiento proyectado después de 2003 para lograr la rentabilidad en el conjunto de sus actividades. El mero hecho de que Telefónica esperase un rápido logro de rentabilidad en el conjunto de sus actividades y sea de hecho rentable en el conjunto de sus actividades pero todavía tendría pérdidas en el 2006 – es decir, más de cinco años después de que lanzase su primera oferta minorista de ADSL – si tuviera que pagar los precios mayoristas que cobra a sus competidores, es un claro indicio de que las pérdidas en sentido descendente no se justifican por la falta de madurez del mercado minorista de banda ancha español⁶⁹⁷ sino que son consecuencia de la política de precios de Telefónica en los mercados mayorista y minorista de banda ancha.

(629) Las pérdidas de Telefónica en sentido descendente tampoco pueden justificarse objetivamente alegando que sus pérdidas iniciales iban a recuperarse con futuros beneficios. De hecho, el plan de negocio de la compañía indica que se esperaba que la actividad de banda ancha de la compañía generara un valor actual neto positivo durante el periodo 2001-2006 (en el conjunto de su actividad) pero, como se demuestra anteriormente, se habría esperado un valor actual neto negativo si la compañía hubiera tenido que pagar los precios mayoristas cobrados a los competidores. En otras palabras: el plan de negocio de la compañía muestra que no podía esperarse que las pérdidas iniciales de Telefónica en sentido descendente se hubieran recuperado con futuros beneficios en un periodo razonable (5 años y 4 meses, en el presente asunto).

2.2 *El comportamiento de Telefónica no era necesario para evitar pérdidas a nivel mayorista ni para asegurar inversiones en infraestructuras*

(630) Como ya se ha expuesto, Telefónica es rentable en el conjunto de su actividad pero habría sido deficitaria si hubiera tenido que pagar las tarifas mayoristas que cobra a sus competidores. Por tanto, podría haber evitado practicar un estrechamiento de márgenes y, por consiguiente, arriesgarse a restringir la competencia, si hubiera bajado sus precios mayoristas sin dejar de ser rentable en todos los niveles de la cadena de valor.

⁶⁹⁴ Es decir, agregando costes e ingresos en toda la cadena de valor de banda ancha, lo que permite subvencionar pérdidas en el mercado descendente con beneficios en el mercado ascendente.

⁶⁹⁵ Véase nota al pie de página 322.

⁶⁹⁶ Véase la nota a pie de página 323. .

⁶⁹⁷ Como se establece en la nota a pie de página 301, el hecho de que, en el presente caso, el volumen del volumen break-even de Telefónica para el conjunto de sus actividades se alcanzase en [...] no justifica las pérdidas descendentes incurridas por la compañía antes de dicha fecha. i

- (631) A este respecto, es inexacta la alegación de Telefónica de que lleva incurriendo en pérdidas en el nivel mayorista desde 2005: como indica claramente la contabilidad de costes facilitada por la compañía⁶⁹⁸, las pérdidas presuntas de la actividad regional mayorista en [...] se deben, entre otras cosas, a la inclusión de los costes publicitarios (...) soportados para la prestación de servicios minoristas que, en consecuencia, deberían haberse asignado a la actividad minorista, y no a la actividad mayorista de la compañía. Por tanto, la actividad regional mayorista de Telefónica ha sido rentable desde 2002, lo que confirmó la propia Telefónica en su Contestación:

Cuadro 56 - Rentabilidad del producto mayorista regional de Telefónica según los datos facilitados por la compañía en su Contestación⁶⁹⁹

	2002	2003	2004	S1 2005
Ingresos medios (EUR/mes/línea)	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes medios (EUR/mes/línea)	[...]	[...]	[...]	[...]
Acceso local (acceso compartido)	[...]	[...]	[...]	[...]
DSLAM, ADSL, ATM	[...]	[...]	[...]	[...]
Margen (EUR/mes/línea)	[...]	[...]	[...]	[...]
Margen (% de ingresos)	[...]	[...]	[...]	[...]

- (632) En concreto, el comportamiento de Telefónica no era necesario para asegurar sus inversiones en infraestructuras. La infraestructura ascendente de Telefónica es, en gran medida, fruto de inversiones emprendidas por razones que no guardan relación con la prestación de servicios de banda ancha sino más bien con la prestación de servicios de telefonía fija tradicional en un contexto en el que la compañía se beneficiaba de derechos especiales o exclusivos que la protegían de la competencia. De hecho, la red de acceso local y la red terrestre regional y nacional de Telefónica se financiaron con ingresos de carácter monopolista en periodos en los que estaba protegida por derechos exclusivos. Si bien es cierto que Telefónica realizó inversiones para entrar en los mercados mayoristas regional y nacional⁷⁰⁰, estas inversiones sólo guardan relación con los costes para habilitar los elementos de la red existente para el tráfico de banda ancha (instalación de equipo específico de banda ancha⁷⁰¹, modernización de la red de transporte e incremento de su capacidad).

⁶⁹⁸ Véanse las cuentas auditadas de TESAU de 2002 en la carta de TESAU de 17.03.05, página TFCA-1505 del expediente.

⁶⁹⁹ Véase el Cuadro 3 en la página 98 de la Contestación de Telefónica.

⁷⁰⁰ Véase el Considerando (305).

⁷⁰¹ DSLAM, BRAS, equipo de conmutación, routers, etc.

- (633) En comparación, un operador que pensara crear una infraestructura ascendente totalmente nueva, tendría que hacer frente a inversiones considerables, de mucha mayor magnitud que las inversiones mencionadas para adaptarse a la banda ancha. Como reconoció Telefónica⁷⁰², la compañía no tuvo que desplegar una red de transporte específica para la prestación de servicios de banda ancha. En concreto, la construcción de canalizaciones –que representa el coste más importante de una red fija de telecomunicaciones – se realizó por razones totalmente ajenas a la prestación de servicios de banda ancha.
- (634) En cualquier caso, todas las inversiones para hacer posible la banda ancha relacionadas con el mercado mayorista regional se realizaron con posterioridad a la Orden Ministerial 8181 de 26 de marzo de 1999⁷⁰³, que definía el plan de despliegue progresivo de tecnología ADSL en España y el acceso obligatorio a la red mayorista regional de Telefónica. Como consecuencia de ello, el incentivo a priori de Telefónica para invertir en su red de acceso regional no podría haberse visto afectado por su responsabilidad como compañía dominante de no adoptar una conducta excluyente en forma de, entre otras, un estrechamiento de márgenes.
- (635) El argumento de Telefónica de que una disminución de los precios mayoristas habría reducido los incentivos de los competidores para invertir en su propia red de infraestructuras, tan poco es correcto. Como se ha demostrado (véase Sección VI.E.2.1.4), el comportamiento de Telefónica en realidad ha retrasado considerablemente el crecimiento de infraestructuras alternativas. Esto es acorde con el punto de vista en el que coinciden todas las autoridades nacionales de reglamentación de las telecomunicaciones en la Comunidad: el proceso de subida de «la escalera de la inversión» por parte de los operadores alternativos sólo puede ser efectivo si no existe un estrechamiento de márgenes entre todos sus peldaños. Así lo ilustra el reciente Informe sobre la competencia en el mercado de banda ancha (mayo de 2005) del Grupo Europeo de Reguladores (ERG):

«Con el fin de poner en marcha el proceso y de velar por que no se pare y por que los nuevos operadores sigan subiendo escalones, [...] las tarifas de los productos de acceso han de ser coherentes, es decir, que los precios relativos han de reflejar la diferencia de costes entre los productos. Dicho de otro modo, la diferencia de precios o margen ha de pasar la prueba del estrechamiento de márgenes consistente en cubrir el coste incremental de prestar el producto «más amplio»⁷⁰⁴.

⁷⁰² Véase el Considerando (305)

⁷⁰³ Orden de 26 de marzo de 1999 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de marzo de 1999, por el que se determinan los precios que los operadores autorizados deberán abonar a Telefónica, Sociedad Anónima, por la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red pública telefónica fija, hasta el 31 de diciembre del año 2000 – BOE 86, páginas 13515 (véase la página CMT-573 del expediente).

⁷⁰⁴ Informe sobre la competencia en el mercado de banda ancha europeo, ERG, página 17 (véase también Div-206 del expediente).

- (636) Lo mismo opina Telefónica, que considera que un margen apropiado entre los diversos productos al por mayor es esencial para el desarrollo de la competencia en el mercado minorista y en los mercados de banda ancha mayoristas⁷⁰⁵.

3 Argumento de la reacción ante la competencia

- (637) Según Telefónica⁷⁰⁶, hacer frente a la competencia representa una justificación objetiva para las alegaciones de estrechamiento de márgenes. Telefónica sostiene que siempre ha reaccionado a las ofertas de sus competidores ajustando sus precios a los precios de éstos y que nunca ha tomado la iniciativa en las reducciones y promociones de precios en el mercado minorista.
- (638) Los Tribunales comunitarios han considerado que defender los propios intereses comerciales y económicos frente a acciones emprendidas por determinados competidores puede ser legítimo⁷⁰⁷. En rigor, a un operador dominante no se le prohíbe alinear sus precios con los de los competidores⁷⁰⁸. No obstante, la defensa de alineamiento con la competencia no puede justificar un estrechamiento de márgenes que posibilita a la empresa dominante integrada verticalmente imponer pérdidas que ella misma no contrae a sus competidores. El argumento de reacción ante la competencia puede no legitimar un comportamiento cuyo efecto sea apalancar y abusar de la posición dominante ascendente.
- (639) No obstante, el argumento de la reacción ante la competencia sólo será aplicable si se demuestra que la respuesta es adecuada, indispensable y proporcionada. Esto requiere que no existan alternativas económicamente factibles y menos anticompetitivas para poder reaccionar ante la competencia, lo que es improbable que ocurra en caso de estrechamiento de márgenes. En el presente asunto, la conducta de Telefónica ciertamente no es indispensable porque podría haber bajado sus precios mayoristas sin aumentar sus precios minoristas y haber seguido siendo rentable en conjunto.

⁷⁰⁵ Respuesta de Telefónica UK a la consulta de Ofcom sobre un proyecto de directriz que establece el margen entre los precios de IPStream y de la interconexión ATM, 2.7.2004 (véase la página TFCA-3769 del expediente): «*Telefónica UK se congratula de la iniciativa de Ofcom de establecer el margen entre la interconexión de IPStream [producto nacional al por mayor de British Telecom en el Reino Unido] y ATM [producto regional al por mayor de British Telecom en el Reino Unido]. Un margen adecuado entre estas dos plataformas es vital para el desarrollo de la competencia en la prestación de servicios al por mayor de DLS.* »

⁷⁰⁶ Véase la Contestación, páginas 88-90.

⁷⁰⁷ Asunto 27/76 United Brands, Considerandos 189-191; asunto T-65/89 BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd/Comisión, Rec. 1993, p. II-389, Considerando 69; asunto T-228/97 Irish Sugar, Considerandos 112 ,

⁷⁰⁸ Akzo, Considerando 135.

- (640) Además, en el presente asunto, los precios nominales minoristas de Telefónica son los que definió la compañía en su plan de negocio inicial y no han cambiado desde entonces. Sigue habiendo estrechamiento de márgenes si los costes relativos a las promociones quedan excluidos del cálculo⁷⁰⁹. Por tanto, no puede considerarse que el estrechamiento de márgenes sea una respuesta a los bajos precios de los competidores. Además, el mero hecho de que el plan de negocio inicial de la compañía muestre que el valor actual neto de su negocio de banda ancha genera un valor actual neto positivo en el conjunto de su actividad, mientras que su actividad en sentido descendente genera un valor actual negativo (véase Sección VI.D.2.1.2.3), es una prueba manifiesta de que el fin objetivo del comportamiento de Telefónica era excluir a los competidores.

4 Argumento de la eficiencia

- (641) En el presente asunto, Telefónica alegó⁷¹⁰ que su comportamiento ha producido eficiencias, por lo que ha beneficiado a los consumidores. Por tanto, según la compañía, su comportamiento está objetivamente justificado y no puede constituir una infracción al artículo 82 del Tratado.
- (642) Telefónica alegó que su comportamiento debe evaluarse en el contexto de las circunstancias del mercado en el momento en que lanzó sus productos minoristas en 2001. Una estrategia comercial que pone en marcha y aumenta el tamaño de un mercado, mejora el bienestar. Según la compañía, su comportamiento busca lograr eficiencias en la oferta (economías de escala y efectos de aprendizaje) y en la demanda (vencer la inercia de mercado, efectos de red e incentivos para el desarrollo de redes de nueva generación – redes convergentes de voz y datos).
- (643) Según Telefónica, su comportamiento era indispensable para lograr las eficiencias señaladas. En primer lugar, unos precios minoristas más altos habrían producido menos eficiencias de expansión del mercado y habrían dado lugar a una reducción inmediata del bienestar de los consumidores. En segundo lugar, unos precios mayoristas más reducidos no habrían constituido una alternativa realista ni económicamente viable porque i) Telefónica vendió sus productos mayoristas soportando pérdidas hasta 2005; ii) una reducción de los precios mayoristas habría distorsionado los incentivos de la compañía para invertir en su infraestructura; iii) habría producido una transferencia de Telefónica a sus clientes mayoristas permitiéndoles parasitar sus inversiones en infraestructura; y iv) una disminución de los precios mayoristas habría reducido los incentivos de los competidores para invertir en su propia infraestructura.
- (644) Telefónica alegó, además, que estas eficiencias han beneficiado directamente a los consumidores. En particular las economías de escala y los efectos de aprendizaje logrados por Telefónica le han permitido mejorar sus servicios sin aumentar el precio.

⁷⁰⁹ La promociones ascendían a [...] EUR/nuevo usuario en 2005 y [...] EUR/Nuevo usuario en 2006 (véase carta de Telefónica de 06.10.06 en páginas TFCA-13264 y TFCA -13265 del expediente), menos de [...] EUR/usuario final/mes (amortización en [...]).

⁷¹⁰ Véanse las páginas 144-155 de la Contestación.

(645) Por último, Telefónica alegó que su comportamiento no ha eliminado ni puede eliminar la competencia e hizo hincapié en que, por el contrario, las eficiencias logradas como resultado de su actuación han beneficiado a todos los operadores de banda ancha.

4.1 *No existe justificación en cuanto a externalidades positivas relacionadas con la demanda*

(646) Telefónica afirmó que estimular la demanda mediante precios atractivos es especialmente beneficioso en un mercado de nuevas tecnologías. En concreto, sugiere que su política de precios era indispensable para aumentar la difusión de la banda ancha, estimulando así la demanda, lo que, a su vez, habría beneficiado a sus competidores en el mercado en general.

(647) El argumento de Telefónica falla en un aspecto esencial: nada indica que el estrechamiento de márgenes por sí sólo habría hecho posible lograr el deseado objetivo de incrementar el uso de la banda ancha en España. Los efectos positivos ligados al crecimiento del mercado podrían haberse producido si el mercado se hubiera desarrollado en condiciones competitivas. Si la verdadera intención de Telefónica hubiera sido desarrollar el mercado de banda ancha, podría haber fijado los precios de todos sus productos mayoristas a un nivel bajo que fomentara la entrada de competidores (evitando un estrechamiento de márgenes a la vez que seguía siendo rentable). En lugar de eso, Telefónica optó por obligar a sus competidores minoristas a soportar pérdidas, inclinando así el crecimiento del mercado a su favor. No puede, por tanto, afirmarse convincentemente que Telefónica actuara movida por su deseo de desarrollar el mercado en beneficio de todos los interesados.

(648) Y, sobre todo, el argumento de Telefónica queda invalidado por el hecho de que, como se ha demostrado, su conducta le permitió mantener los precios minoristas más altos de Europa, afectando así negativamente a los consumidores y al mercado en su conjunto, con un índice de penetración inferior a la media de la Comunidad.

4.2 *No existe justificación por economías de escala y efectos de aprendizaje*

(649) Telefónica sostuvo que sus inversiones sólo serán rentables si puede alcanzar un número mínimo de operaciones. Un precio minorista atractivo atrae a los usuarios al servicio, con lo que permite a Telefónica lograr economías de escala más rápidamente que si se fijara el precio de manera que cubriera costes ya desde un principio. Telefónica explica también que todas las compañías operan recorriendo una «curva de aprendizaje» y la eficiencia de la compañía va aumentando a medida que tiene más experiencia, es decir, que se incrementa el número de clientes. Atrayendo a más clientes en una fase inicial con buenos precios, una compañía puede recorrer la curva de aprendizaje más rápidamente de lo que podría hacerlo en caso contrario.

- (650) En caso de importantes economías de escala o de fuertes efectos de aprendizaje, en casos excepcionales podría haber razones que justificaran temporalmente unos precios inferiores a los LRAIC. No obstante, las pérdidas en sentido descendente de Telefónica no pueden considerarse temporales ni que busquen economías de escala ni efectos de aprendizaje ya que la actividad descendente de Telefónica sigue generando pérdidas más de cinco años después de haber comenzado.
- (651) El argumento de Telefónica, en lugar de legitimar objetivamente un estrechamiento de márgenes, subraya por el contrario uno de sus objetivos racionales. Uno de los objetivos de la conducta del estrechamiento de márgenes podría ser reservar para la compañía que la practica el beneficio de las economías de escala en el mercado descendente y retrasar en consecuencia la llegada de sus competidores en el mercado descendente al mismo umbral de volumen que permita las economías de escala. Además, la combinación de estar en un punto más alto de la curva de aprendizaje que sus competidores y de tener una producción más elevada gracias a los precios por debajo de los costes podría tener efectos excluyentes capaces de consolidar la hegemonía de la compañía dominante⁷¹¹.
- (652) Así, aunque la búsqueda de economías de escala y efectos de aprendizaje podría incluirse en las justificaciones racionales para fijar los precios por debajo de los costes, no podría alegarse para legitimar un estrechamiento de márgenes que permitiera a la compañía integrada verticalmente imponer a sus competidores pérdidas que no sufre ella misma.
- (653) Además, Telefónica se habría beneficiado de hecho de economías de escala mayores si hubiera bajado sus precios mayoristas, puesto que le habría permitido incrementar sus ventas a nivel mayorista.
- (654) Por último, y en cualquier caso, contrariamente a las declaraciones de Telefónica, las economías de escala logradas por Telefónica nunca han beneficiado a sus clientes mayoristas mediante mejoras de los productos mayoristas regulados porque los precios de los productos mayoristas de referencia no han cambiado hasta la decisión de la CMT de diciembre de 2006⁷¹².

4.3 *Es muy improbable que, a largo plazo, las eficiencias en la oferta alegadas por Telefónica pasen a los consumidores y que estos beneficios superen la restricción de la competencia generada por el estrechamiento de márgenes*

- (655) Para que sea admisible un argumento basado en las ganancias de eficiencia, la empresa dominante debe probar que las eficiencias logradas por la conducta en cuestión superan los probables efectos negativos sobre la competencia que, de otro modo, podría haber producido la conducta. Cuanto mayores sean los efectos sobre la competencia, más seguros hay que estar de que las eficiencias alegadas son importantes, posibles de lograr y de repercutir, en grado suficiente, a los consumidores.

⁷¹¹ Véase, por ejemplo, Bolton y otros, op. cit., p. 51.

⁷¹² Véase Sección IV.D.2.4.

- (656) Los incentivos para que la compañía dominante traslade las eficiencias de costes a los consumidores, a menudo están relacionados con la existencia de presión competitiva por parte de las otras empresas en el mercado y de la entrada potencial.
- (657) Debe rechazarse un argumento de la eficiencia si los beneficios de eficiencia a corto plazo (en caso de haberlos) se contrarrestan con pérdidas a largo plazo, ocasionadas entre otras cosas, por gastos soportados por la empresa dominante para mantener o reforzar su posición (búsqueda de rentas), mala distribución de recursos, innovación reducida y precios más altos. Esto es acorde con el hecho de que la rivalidad entre empresas es un factor esencial de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación. En última instancia, la protección de la rivalidad y del proceso competitivo tiene prioridad sobre posibles ganancias de eficiencia a corto plazo.
- (658) En el presente asunto, el comportamiento de Telefónica consiste en impedir que sus competidores en el mercado descendente repliquen sus precios minoristas en condiciones rentables. Dado el poder de mercado de Telefónica en el mercado minorista (véase Sección V.A.2), el operador incumbente no está obligado a trasladar las supuestas eficiencias, en su caso, a los consumidores. Además, el hecho de que los precios minoristas de Telefónica se sitúen entre los más altos de la Comunidad, es un serio indicio de que más bien ha aprovechado las supuestas eficiencias para elevar su rentabilidad. Por tanto, es muy improbable que la presente conducta excluyente, consistente en aumentar los costes de los rivales, pueda justificarse alegando que las ganancias de eficiencia serían suficientes para superar sus efectos contrarios a la competencia reales o probables y que beneficiarían a los consumidores.

5 La obligación de Telefónica de proporcionar acceso mayorista a sus competidores significa que su comportamiento no puede justificarse objetivamente

- (659) Telefónica ha alegado que su comportamiento era necesario ya que buscaba un interés comercial legítimo y que ha producido importantes eficiencias para el bienestar del consumidor. Existen, no obstante, circunstancias en las que la existencia de un estrechamiento de márgenes muy probablemente equivale a una conducta injustificada y, por tanto, abusiva. Esto será especialmente cierto cuando el legislador o el regulador nacional, de conformidad con la legislación comunitaria, haya determinado que imponer o facilitar el acceso al nivel mayorista reviste interés público y la empresa dominante deje sin efecto esta determinación, por ejemplo, practicando un estrechamiento de márgenes.
- (660) En el presente caso, como ya se ha señalado, el regulador nacional no sólo obliga a Telefónica a suministrar acceso mayorista a nivel regional y nacional a sus competidores, sino que además no le permite poner fin a ninguna relación de suministro sin la autorización previa de la CMT y obliga a Telefónica a velar por que sus precios minoristas sean replicables sobre la base de sus productos mayoristas.

- (661) La obligación de Telefónica de proporcionar acceso mayorista regional y nacional ha sido impuesta de acuerdo con la legislación comunitaria. Cuando en el 2006 la CMT decidió seguir imponiendo a Telefónica la obligación de suministrar estos servicios, se basó en el hecho de que la denegación de acceso o la fijación de condiciones no razonables de efecto similar impediría el desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista o no beneficiaría al interés del usuario final⁷¹³. Se consideró que la necesidad de promover la competencia en el mercado descendente a largo plazo imponiendo acceso ascendente bajo términos razonables (sin estrechamiento de márgenes) excede la necesidad de preservar los incentivos de Telefónica para invertir en su propia infraestructura ascendente (véanse considerandos (302) a (309)).
- (662) Como consecuencia de ello, el argumento de Telefónica de que un descenso de sus precios mayoristas habría distorsionado los incentivos de la compañía para invertir en su infraestructura, es irrelevante.
- (663) Por tanto, en las circunstancias de este caso concreto, no puede haber ninguna implicación plausible de que el estrechamiento de márgenes pueda justificarse objetivamente o produjera eficiencias que puedan compensar los efectos de exclusión de esta conducta.

6 Conclusión sobre los argumentos de justificación objetiva y eficiencias

- (664) En conclusión, se deduce de lo anterior que la conducta de Telefónica no está objetivamente justificada y no produjo eficiencias.

G. Autonomía para evitar el estrechamiento de márgenes

1 Autonomía de Telefónica para fijar el nivel de los precios

- (665) En su respuesta al PC, Telefónica recordó que el mercado español de banda ancha ha sido supervisado mediante resoluciones *ex ante* y *ex post* por el regulador español y que, por tanto, carecía de autonomía para fijar los precios.⁷¹⁴
- (666) A este respecto, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han sostenido de forma constante que las normas de competencia pueden ser de aplicación en caso de que la legislación específica del sector no impida a las empresas contempladas en la misma desarrollar un comportamiento autónomo que impida, restrinja o falsee la competencia⁷¹⁵.

⁷¹³ Véase considerando (297).

⁷¹⁴ Véase la Contestación de Telefónica, páginas 156 y 167.

⁷¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-359/95 y C-379/95 P Comisión y Francia/ Ladbroke Racing, Rec.1997, p. I-6225, Considerando 34; sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-228/97 Irish Sugar/Comisión, Rec.1999, p. II-296, Considerando 130; sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-513 Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali, Rec. 2000, p. II-1807, Considerando 59 y ss.

- (667) En mercados conexos en los que los competidores adquieren servicios mayoristas del operador incumbente y dependen de tales servicios para poder competir en un mercado descendente de productos o servicios, es perfectamente posible que se produzca un estrechamiento de márgenes entre las tarifas mayoristas reguladas y las tarifas minoristas. La cuestión clave es saber si la empresa sometida a la regulación de precios dispone de un margen de maniobra empresarial para evitar o eliminar por iniciativa propia el estrechamiento de márgenes⁷¹⁶.
- (668) Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario evaluar en qué medida la reglamentación aplicada a la prestación de servicios minoristas y mayoristas de ADSL por parte de Telefónica ha ofrecido a la empresa la posibilidad de evitar un estrechamiento de márgenes contrario a la competencia a la hora de fijar sus tarifas.
- (669) Como resulta evidente de lo anterior (véase Sección IV.D), desde septiembre de 2001 Telefónica podría haber evitado los estrechamientos de márgenes anteriormente expuestos, por ejemplo, incrementando sus precios minoristas o reduciendo sus precios mayoristas.
- (670) A nivel minorista, TESAU ha sido libre para proponer en cualquier momento una subida de sus precios minoristas de acceso a banda ancha. De hecho, TESAU siempre ha disfrutado de discreción comercial de manera que hasta octubre de 2003 propuso los precios para ser aprobados por la autoridad reguladora y tenía derecho a pedir una revisión de los precios, y después de dicha fecha sus precios minoristas se liberalizaron y solo están sujetos a una obligación de comunicación previa.
- (671) En lo que se refiere a los servicios mayoristas nacionales, Telefónica ha sido libre en todo momento desde septiembre de 2001 de reducir las tarifas de sus servicios mayoristas nacionales, que hasta diciembre de 2006, nunca han estado sujetas a regulaciones de precios.
- (672) TESAU podría también haber disminuido en cualquier momento las tarifas de su servicio mayorista regional. No obstante, en términos formales, era obligatorio señalar a la autoridad de reglamentación cualquier modificación de las tarifas. Telefónica estaba autorizada para tomar la iniciativa y solicitar autorización en cualquier momento. Por el contrario, Telefónica solicitó a la CMT que mantuviera sus precios mayoristas siempre que disminuyera sus precios minoristas, ya fuese mediante la duplicación de velocidades sin modificación de precios, ya fuese mediante el lanzamiento de los productos de tarifa semiplana «ADSL Tiempo Libre», «ADSL a tu medida» y «ADSL mini».
- (673) La propia CMT confirmó en una carta remitida a la Comisión que las tarifas de GigADSL son precios máximos y que Telefónica ha tenido libertad para solicitar una reducción de sus tarifas⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Deutsche Telekom, Considerando 105.

⁷¹⁷ Carta de la CMT de 2.2.2005 (véase la página CMT-568 del expediente).

- (674) Telefónica no podía ignorar que los precios de GigADSL tenían carácter de máximos, como ha recordado la CMT en varias ocasiones, en respuesta a alegaciones similares de TESAU a escala nacional, en el sentido de que TESAU goza de discreción comercial para modificar las tarifas de GigADSL⁷¹⁸. La propia TESAU lo ha reconocido a escala nacional⁷¹⁹.
- (675) Por consiguiente, es evidente que, durante todo el periodo de referencia en el que se ha acreditado una infracción a lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado, nada impidió a Telefónica poner fin a los estrechamientos de márgenes cuya existencia se ha demostrado anteriormente proponiendo a sus competidores unas tarifas al por mayor más bajas o solicitando a la CMT una reducción de los precios de GigADSL.

2 Las resoluciones de la CMT en materia de estrechamiento de márgenes no eximen a Telefónica de la aplicación del artículo 82 del Tratado

- (676) Telefónica considera que en el presente caso⁷²⁰ la Comisión no está facultada para adoptar una decisión, porque, en contraste con las circunstancias del asunto *Deutsche Telekom*, la Comisión estaría decidiendo en un asunto sobre el que existen ya varias decisiones nacionales del regulador español en aplicación de la legislación de competencia. Telefónica alega asimismo que la facultad de la CMT de aplicar la legislación de competencia ha sido reconocida por los Tribunales españoles⁷²¹.
- (677) De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la Comisión está facultada para adoptar en todo momento decisiones individuales en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, aun cuando un acuerdo o una práctica ya haya sido objeto de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional y la decisión que se proponga adoptar la Comisión sea contraria a la citada resolución judicial⁷²².

⁷¹⁸ Resolución AJ 2001/5172 de la CMT de 8.11.2001 - Resolución por la que resuelve el recurso de reposición presentado por Retevisión I, S.A.U. contra la resolución de la CMT de fecha 5 de julio de 2001 relativa a las medidas cautelares dictadas dentro del expediente MTZ 2001/4935 sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red Telefónica pública fija de Telefónica de España, S.A.U. con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia (véase la página CMT-4676 del expediente).

⁷¹⁹ Resolución MTZ - 2001/4038 de la CMT de 29.4.2002 («OBA 2002») - Resolución por la que se insta la modificación de la oferta de acceso al bucle de abonado publicada por Telefónica de España, S.A.U. en fecha 20 de enero de 2001 (véase la página CMT-623 del expediente).

⁷²⁰ Véase la Contestación de Telefónica, páginas 168-180.

⁷²¹ Véase Contestación de Telefónica (página 169) que se refiere a las Sentencias de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2000 y de 17 de septiembre de 2005.

⁷²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000 en el asunto Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd («Masterfoods») Considerando 48.

- (678) En cualquier caso, la CMT no es una autoridad de competencia sino una autoridad de reglamentación a efectos de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva Marco 2002/21/CE⁷²³. Nunca ha intervenido para hacer cumplir el artículo 82 del Tratado. Como reconoce la propia Telefónica⁷²⁴, el artículo 25 de la Ley de Defensa de la eficiencia de la Competencia, en la redacción dada al mismo por la Ley 52/99, establece que es competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en España. Por lo tanto, la aplicación de esos artículos no es responsabilidad de la CMT, a la que en ningún momento se han confiado dichas competencias. Ninguna de las resoluciones de la CMT mencionadas por Telefónica tiene como base jurídica el artículo 82 del Tratado o el equivalente artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- (679) Esto lo ha reconocido también la Audiencia Nacional en una sentencia⁷²¹ a la que remite Telefónica en su Contestación. La citada sentencia fue el resultado de un intento de Telefónica de que se anulara una resolución de la CMT alegando que ésta no está facultada según la legislación española de competencia para declarar que una conducta es contraria a la competencia (lo que llama la atención por ser la posición opuesta a la defendida por Telefónica en este procedimiento). En su sentencia, la Audiencia Nacional hace una clara distinción entre la aplicación de la legislación de competencia, que corresponde a la Autoridad Nacional de Competencia española, y la facultad de la CMT para adoptar resoluciones que salvaguarden la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.
- (680) La facultad de la CMT para «salvaguardar la competencia» es mucho más general que la aplicación de la normativa de competencia como tal. Esta facultad le permite imponer ciertas obligaciones de conducta en el sector español de las telecomunicaciones. La base jurídica para la intervención de la CMT se encuentra en el artículo 48 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones:

«2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.

3. En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:

[...]

⁷²³ Directiva 2002/21/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva Marco").

⁷²⁴ Carta de Telefónica de 22.9.2003 (véase la página CMT-68 del expediente).

e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

[...]

2.a Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la eficiencia de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la eficiencia de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la eficiencia de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.»

- (681) La CMT ejerce su facultad de salvaguardar la competencia junto a otros objetivos políticos y principios de reglamentación que rigen su trabajo como autoridad nacional de reglamentación, tales como el fomento de las inversiones en la red.
- (682) La redacción empleada por la CMT en su Resolución AJ 2004/1407 de 17 de marzo de 2005 ilustra cómo el papel de la CMT de salvaguardar la competencia (mediante la imposición de obligaciones o paralizando algunas ofertas) se ejerce junto a objetivos políticos que no guardan relación alguna con la aplicación del artículo 82 del Tratado:

*«No puede ignorarse que se trata aquí de ejercer el control, ex ante, de las promociones que el Grupo Telefónica pone en el mercado, es decir, de **prevenir o neutralizar los eventuales efectos anticompetitivos** (no de sancionar a posteriori un eventual abuso), que las mismas son susceptibles de producir en el mercado, mediante la imposición de obligaciones, sean estas de no hacer (prohibiendo su lanzamiento) o de hacer (paralizando su comercialización, cuando ésta no está sometida a la obligación de comunicación). En este ámbito, la bajada generalizada de los precios mayoristas en función de promociones concretas realizadas por el Grupo Telefónica, se juzga una medida inadecuada para la consecución de los objetivos de la regulación ex ante de estos servicios: garantizar la capacidad de competir de los operadores alternativos al Grupo Telefónica, asegurando al tiempo el mantenimiento de los incentivos a la inversión en redes alternativas»⁷²⁵*

⁷²⁵ CMT en su Resolución AJ 2004/1407 de 17.3.2005 (véase la página CMT-4879 del expediente).

- (683) En cualquier caso, la CMT no ha adoptado decisiones sobre todas las prácticas a las que se refiere la presente Decisión. En concreto, la existencia de un estrechamiento de márgenes en las ofertas nacionales mayoristas de Telefónica nunca ha sido analizada por la CMT, que no ha regulado los precios de las ofertas nacionales mayoristas de Telefónica hasta diciembre 2006.
- (684) En cuanto a la reglamentación de los precios de GigADSL, reglamentación que, como ya se ha demostrado anteriormente, nunca ha impedido a Telefónica evitar un estrechamiento de márgenes, la CMT decidió no exigir que los precios de GigADSL se basaran en los costes y, en su lugar, aplicar un mecanismo retail minus para incitar a los operadores de red alternativos a invertir en su propia infraestructura. A pesar del énfasis en las inversiones en infraestructura alternativa, la CMT también consideró que su sistema retail minus permitió evitar cualquier situación de estrechamiento de márgenes entre la oferta mayorista y las ofertas minoristas de Telefónica⁷²⁶. Por tanto, la determinación de una infracción del artículo 82 del Tratado en forma de estrechamiento de márgenes no entra en contradicción con la política de la CMT, ya que, por las razones expuestas en la Sección VI.D.1.4, la CMT no logró determinar la existencia de tal margen entre los precios mayoristas y minoristas de Telefónica.
- (685) En cualquier caso, el principio *non bis in idem* no entra en juego en el presente caso, porque de las razones expuestas se deduce con claridad que, al analizar la conducta de Telefónica en materia de precios, la CMT determinó si se habían infringido las obligaciones reglamentarias existentes, mientras que el objeto de la presente Decisión es determinar si se ha producido una infracción del artículo 82 del Tratado.

H. Conclusiones en cuanto al abuso

- (686) Al realizar su investigación, la Comisión ha concluido que el mercado descendente de referencia es el mercado de masas de acceso de banda ancha minorista y que los mercados en sentido ascendente son, i) el mercado de acceso de banda ancha mayorista regional y ii) el mercado de acceso de banda ancha mayorista nacional.
- (687) Duplicar la red de acceso local de Telefónica por todo el territorio nacional no es económico. Por tanto, los operadores alternativos no tuvieron más remedio que contratar alguno de los productos mayoristas existentes, todos los cuales están basados en el acceso a la infraestructura local de Telefónica. La entrada con tecnologías alternativas (cable-módem) no ha sido posible.

⁷²⁶ Véase Decisión de la CMT *OBA 2004* (véase pie de página 94). Véase también Decisión de la CMT decisión *OBA 2004 (2)* (véase nota a pie de página 103)

- (688) Telefónica es el operador dominante en todos los mercados ascendentes. Goza de monopolio en la prestación del acceso mayorista local y en la prestación de acceso mayorista regional. Desde el último trimestre de 2002, existen productos competidores de acceso mayorista nacional. Todos ellos están basados en otros insumos mayoristas de Telefónica. Telefónica ha estado en condiciones de influir en la disponibilidad de insumos nacionales competidores (estrechamiento de márgenes, retrasos generalizados en el suministro de acceso al bucle local desagregado). De hecho, Telefónica controla toda la cadena de valor del ADSL en España.
- (689) La mera existencia de productos mayoristas de Telefónica para el acceso mayorista regional y nacional desde 1999 y la existencia de obligaciones reglamentarias que imponen dicho acceso ha estructurado los mercados de banda ancha españoles de manera irreversible: los operadores alternativos han realizado inversiones considerables para utilizar los productos mayoristas de Telefónica y conectarse a distintos niveles de la red de Telefónica. Esto ha contribuido a crear una relación de dependencia de los productos mayoristas de Telefónica por parte de sus rivales.
- (690) Al mismo tiempo, los operadores de cable – que no dependen de los insumos mayoristas de Telefónica para la prestación de servicios minoristas de banda ancha – no han ejercido una disciplina de precios sobre Telefónica a nivel minorista ni han ejercido suficiente presión competitiva sobre la capacidad de Telefónica de instrumentalizar su poder en sentido ascendente.
- (691) La Comisión ha evaluado si el margen entre los precios en sentido descendente y ascendente de Telefónica ha sido suficiente para cubrir sus costes incrementales descendentes. Utilizando el modelo periodo a periodo, la Comisión ha concluido que los precios de Telefónica para el acceso mayorista de banda ancha regional y nacional no permiten a un competidor igualmente eficiente igualar los precios de Telefónica para el acceso minorista de banda ancha desde septiembre de 2001. La Comisión también ha considerado si la actividad en sentido descendente de Telefónica era rentable durante el periodo 2001-2006, permitiendo así incurrir en pérdidas a corto plazo, siempre que se recuperaran con futuros beneficios, dentro de unos plazos razonables y en condiciones competitivas. La Comisión ha concluido que Telefónica no hubiese sido capaz de recuperar sus costes *ex ante* descendentes (i.e. costes descendentes indicados en su plan de negocio inicial del 2001). El resultado del estrechamiento de márgenes se resume a continuación

Cuadro 57 – Estrechamiento de márgenes con base en los precios minoristas de TESAU calculado según el método periodo a periodo

	u.o.	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ADSL IP Total ⁷²⁷	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁷²⁷ Véase Cuadro 37.

ADSL-IP ⁷²⁸	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL ⁷²⁹	EUR/mes/usuario	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Millones EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Cuadro 58 – Estrechamiento de márgenes con base en el precio minorista de TESAU bajo el método FCD

VAN 2001-2006 (millones EUR)	ADSL-IP	GigADSL
Con base en los costes históricos de Telefónica ⁷³⁰	[...]	[...]
Con base en las previsiones de Telefónica ⁷³¹	[...]	[...]

- (692) La Comisión ha determinado que el comportamiento de Telefónica no sólo podía restringir y es probable que restringiera la competencia en el mercado minorista sino que también produjo efectos restrictivos reales. La Comisión ha concluido también que la conducta de Telefónica ha redundado en perjuicio de los consumidores.
- (693) La Comisión ha evaluado también si la conducta de Telefónica puede estar objetivamente justificada o produce eficiencias que contrarrestan el efecto negativo sobre la competencia. La Comisión ha concluido que i) las pérdidas en sentido descendente de Telefónica no pueden ser consideradas inversiones necesarias en futuros beneficios dentro de un mercado no maduro; ii) la conducta de Telefónica no era necesaria para evitar pérdidas a nivel mayorista ni para asegurar inversiones en infraestructuras y que el argumento de la reacción ante la competencia no es una justificación objetiva en el presente asunto. La Comisión ha concluido que es muy improbable que, a largo plazo, las eficiencias en la oferta alegadas por Telefónica repercutieran en los consumidores y que estos beneficios superaran la restricción de la competencia creada por el estrechamiento de márgenes.
- (694) Se deduce que "Telefónica" (i.e. entidad económica formada por Telefónica S.A. y TESAU, TDATA y TERRA) ha infringido el artículo 82 del Tratado al imponer precios no equitativos a sus competidores en forma de estrechamiento de márgenes entre los precios minoristas de acceso a la banda ancha en el "mercado español de masas" y los precios mayoristas regionales y nacionales respectivamente, desde septiembre de 2001 hasta diciembre de 2006.

⁷²⁸ Véase Cuadro 38.

⁷²⁹ Véase Cuadro 43.

⁷³⁰ Véanse Cuadro 42 y Cuadro 45 .

⁷³¹ Véanse Cuadro 51 y Cuadro 52 .

VII. EFFECTOS SOBRE EL COMERCIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS

- (695) El Tribunal de Justicia estableció que el artículo 82 del Tratado no exige que se pruebe que la conducta abusiva haya de hecho afectado considerablemente el mercado entre los Estados Miembros, sino que sea capaz de tener dicho efecto.⁷³² Como se establece en el Considerando (543), la conducta de una empresa dominante no se considera abusiva de conformidad con el artículo 82 del Tratado sólo cuando tiene efectos negativos concretos. Más bien, lo que debe probarse es que la conducta de Telefónica sea capaz de excluir la competencia.
- (696) Por lo general, el comercio entre Estados miembros se ve afectado por las condiciones que regulan el acceso a la infraestructura de telecomunicaciones y los servicios al por mayor de los operadores de red dominantes en especial aquellos operadores tradicionales de redes fijas y móviles que anteriormente disfrutaban de una situación de monopolio estatal en los mercados nacionales, que se delimitaban geográficamente y se compartimentaban. Esto se debe a que los servicios prestados a través de las redes de telecomunicaciones pueden ser objeto de comercio dentro de la Comunidad y a que las condiciones que rigen el acceso a la infraestructura y los servicios al por mayor determinan las capacidades de los competidores, que necesitan ese acceso para ofrecer sus propios servicios⁷³³.
- (697) En este caso, el comercio entre Estados miembros resulta afectado porque la política de precios anteriormente descrita se aplica a los servicios de acceso del operador dominante, que se extienden por todo el territorio del Reino de España, y ese territorio constituye una parte sustancial del mercado interior. Estas prácticas afectan a la estructura del mercado, ya que refuerzan las barreras de entrada a los mercados de las telecomunicaciones en España, incluso de operadores como Wanadoo o Ya.com, que forman parte de grupos de empresas que prestan servicios de telecomunicaciones en toda la Comunidad (France Télécom y Deutsche Telekom, respectivamente). La perspectiva de no ser rentable de manera operativa o enfrentarse a costes de entrada significativamente más altos constituye un obstáculo a la posibilidad de que empresas que operan en otros Estados miembros se establezcan en España; por lo tanto la conducta de Telefónica afectó al comercio entre Estados miembros⁷³⁴.

⁷³² Asunto Case 3222/81 *Michelin vs. Comisión* [1983] ECR 3461, Considerando 104.

⁷³³ Comunicación sobre acceso, Considerandos 144 a 148.

⁷³⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1987 en el asunto 45/85, *Verband der Sachversicherer/Comisión*, Rec. 1987, p. 405, Considerandos 48-49. El requisito de que la práctica afecte a los intercambios entre Estados miembros debe interpretarse de forma uniforme respecto de los artículos 81 y 82. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979 en el asunto 22/78, *Hugin/Comisión*, Rec. 1979, p. 1869, Considerando 17.

VIII. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN Y DESTINATARIOS DE LA DECISIÓN

(698) Para identificar a los destinatarios de esta decisión, es necesario determinar la entidad o entidades legales responsables de la infracción.

A. La jurisprudencia sobre la designación de la entidad responsable

(699) El Derecho comunitario de la competencia reconoce que diferentes compañías pertenecientes a un mismo grupo forman una unidad económica y, por lo tanto, una sola empresa a efectos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, cuando dichas compañías no deciden su comportamiento en el mercado de manera independiente.⁷³⁵

(700) El Tribunal de Justicia ha establecido que el hecho de que la filial tenga personalidad jurídica distinta, no basta para descartar la posibilidad de imputar su comportamiento a la sociedad matriz; tal puede ser el caso principalmente cuando la filial, aun teniendo personalidad jurídica distinta, no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica en lo esencial las instrucciones que le transmite la sociedad matriz.⁷³⁶ En ese caso, ambas entidades legales - la empresa matriz y su filial - pueden en considerarse como una sola entidad económica, responsable de la infracción..

(701) En el caso de filiales que sean propiedad al cien por ciento de una empresa matriz, la Comisión está en su derecho de suponer que las infracciones cometidas por ese tipo de filiales son atribuibles a la empresa matriz, ya que se presume que la empresa matriz ha ejercido una influencia decisiva en la filial que tiene en propiedad al cien por ciento.⁷³⁷ Una empresa matriz puede también ser considerada responsable si ha sido consciente del comportamiento en cuestión (o no podría haberlo ignorado) y no intervino. En dicho caso, la empresa matriz debe adoptar, en relación con su filial, cualquier medida necesaria para impedir la continuación de la infracción de la cual no podía haber ignorado⁷³⁸.

(702) Cuando una empresa asume todos los derechos y obligaciones de otra empresa, debe ser tratada como sucesora económica de ésta última⁷³⁹.

⁷³⁵ Asunto 170/83 *Hydrotherm* [1984] ECR 2999, Considerando 11; Asunto T-102/92 *Viho v Commission* [1995] ECR II-17, Considerando 50.

⁷³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14.7.1972 en el asunto 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd.* ([1972] Rec 619), fundamento 132. Véase asimismo la sentencia del Tribunal de Justicia de 25.10.83 en el asunto 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/ Comisión*, fundamento 49.

⁷³⁷ Asunto T-305/94 *PVC*, Considerandos 961 y 984; Asunto 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG vs. Comisión*, Considerando 50. Le jurisprudencia reciente extiende esta presunción a una participación de menos , pero por encima del 99%. Véase Asunto de T-203/01 *Michelin v Comisión*, Considerando 290.

⁷³⁸ Asunto T-347/94 *Mayr-Melnhof v Comisión* [1998] ECR II-1751, Considerandos 397-398; Asunto T-354/94 *Stora v Comisión* [1998] ECR II-2122, Considerando 83.

⁷³⁹ Sentencia del Tribunal en Asuntos 40/73 to 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73 *Suiker Unie and Others v Comisión* [1975] ECR 1663, Considerando 84. Véase también sentencia del Tribunal en Asunto C-49/92, *Comisión vs. Anic Partecipazioni*, Considerando 145.

B. Responsabilidad por la infracción

- (703) En este caso, las prácticas abusivas se refieren al comportamiento de Telefónica S.A., sus filiales Telefónica de España, S.A.U. (“TESAU”), Telefónica Data de España, S.A.U (“TDATA”) y Terra Networks España S.A. (“TERRA”). Por las razones que se explican a continuación, las cuatro entidades han constituido y actuado como una sola entidad económica en el mercado español de banda ancha desde septiembre 2001.
- (704) En su Contestación, Telefónica no cuestionó que Telefónica, TESAU, TDATA y TERRA hayan constituido una única entidad económica. No cuestionó que los destinatarios de los cargos presentados por la Comisión fuesen Telefónica, TESAU, TDATA y TERRA.
- (705) En una serie de decisiones, la CMT ha considerado de manera constante que Telefónica, TESAU, TDATA y TERRA formaban una única unidad económica.⁷⁴⁰
- (706) De hecho, TESAU y TDATA han sido siempre filiales propiedad al 100 % de Telefónica S.A. durante todo el periodo objeto de investigación. Teniendo en cuenta esta estructura accionarial, existen argumentos razonables para concluir que estas filiales no determinan de forma independiente su propia conducta en el mercado. Por lo tanto, Telefónica S.A., TESAU y TDATA no sólo constituían una única unidad económica sino que probablemente actuaron también como tal en el mercado español de la banda ancha durante todo el periodo objeto de investigación.
- (707) Además la compañía matriz Telefónica no podía haber ignorado el comportamiento de TESAU. De hecho, el plan de negocio inicial de TESAU – que se presentó a la empresa matriz en 2001⁷⁴¹ – demuestra que la actividad descendente del incumbente presentaba pérdidas durante 2001-2006 (como se establece en la sección VI.D.2.2).

⁷⁴⁰ Véase por ejemplo la decisión de la CMT en el asunto AJ 2001/5172 de 08.11.2001 y en el asunto 0M 2001/5678 de 19.09.02.

⁷⁴¹ Véase carta de Telefónica del 21.07.06, página TFCA-4446 del expediente: "*El objetivo de este documento es servir de base de discusión para elaborar un marco de referencia que permita, a partir del mismo, elaborar documentos específicos, bien sea para presentar al Centro Corporativo, a analistas financieros u otros. Para ello se describe brevemente el escenario de Banda Ancha del Plan Estratégico de TdE y se analizan las principales variables económicas críticas del ADSL. En concreto el documento: Presenta el plan de despliegue que Telefónica de España ha previsto en su Plan Estratégico 2002-2005; analiza las principales variables económicas y el valor de los diferentes productos ADSL (GigADSL, Megabase y ADSL minorista para el escenario base [...] Introduce la primera versión del esquema de seguimiento (parámetros económicos) definido para garantizar el correcto desarrollo del plan; presenta una cuenta de resultados del negocio de ADSL incremental*".

- (708) TERRA ha sido siempre una filial propiedad al 100 % de Terra Networks S.A. adquirida por Telefónica en julio de 2005. Sin embargo, teniendo en cuenta las acciones de Terra Networks S.A. que estaban en manos de Telefónica desde septiembre de 2001 y la gran dispersión de las acciones restantes que daba de hecho a Telefónica una cómoda mayoría de votos, se considera que Telefónica pudo ejercer una influencia decisiva en la política y la estrategia comercial de su filial Terra Networks S.A. durante todo el periodo de investigación. A través del control que ejercía Telefónica en el consejo de accionistas de Terra Networks S.A.⁷⁴², Telefónica también ejerció realmente esta influencia decisiva sobre Terra.
- (709) La conducta conjunta de Telefónica S.A. y sus filiales TESAU, TDATA y TERRA como un único operador verticalmente integrado en los mercados españoles de banda ancha queda ilustrada asimismo por el tratamiento preferencial que TESAU concedió a TERRA en la provisión de servicios mayoristas en 2001 y 2002. Pese a que TESAU y TERRA ya comercializaban servicios minoristas de banda ancha sobre la base de ADSL-IP en septiembre de 2001⁷⁴³, éste se puso a disposición del resto de operadores sólo hacia mayo de 2002⁷⁴⁴ porque la CMT ordenó a TESAU que no discriminara a sus competidores en el ADSL minoristas⁷⁴⁵. TERRA disfrutó de un trato preferencial semejante cuando pudo comercializar servicios minoristas de banda ancha “auto-instalables” desde octubre de 2001, pese a que dicha posibilidad no se les ofreció a los competidores del grupo Telefónica hasta enero de 2002⁷⁴⁶.
- (710) Por lo tanto, cabe concluir que, desde septiembre de 2001, ni TESAU, TDATA ni tampoco TERRA actuaron con independencia unas de otras y de la sociedad matriz Telefónica S.A. sino que constituían una única entidad económica y actuaron como tal en los mercados españoles de banda ancha. Telefónica no ha cuestionado esta afirmación en su Contestación.
- (711) Sin embargo, teniendo en cuenta que TESAU y TDATA se fusionaron el 30 de junio del 2006 y constituyeron una entidad legal (TESAU) desde esa fecha y que TESAU y TERRA se fusionaron el 7 de Julio del 2006 y constituyen una sola entidad legal (TESAU), la responsabilidad de la infracción debe imputarse a Telefónica y TESAU.
- (712) Por lo tanto, Telefónica S.A. y Telefónica de España, S.A.U. son las destinatarias de la presente Decisión.

⁷⁴² Desde la creación de Terra Networks S.A., la mayoría de miembros del consejo de directores de TERRA Networks S.A. ha sido nombrado a propuesta de Telefónica y con los votos dados por Telefónica. Véase Considerandos 124 y 125 del PC.

⁷⁴³ Véase carta de TESAU de 18.07.05 (página TFCA-3262 del expediente).

⁷⁴⁴ Carta de Telefónica, 22.09.03 (véase las páginas TFCA-49 y TFCA-50 del expediente).

⁷⁴⁵ Decisión de la CMT OBA 2002.

⁷⁴⁶ Véase el Considerando.

IX. IMPOSICIÓN DE UNA MULTA

A. Apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 y apartado 2 del artículo 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003

- (713) De conformidad con el apartado 2 del artículo 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003 la Comisión, mediante decisión, podrá imponer multas a las empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan las disposiciones del artículo 82 del Tratado.
- (714) Con arreglo al apartado 2 del artículo 15 del Reglamento (CE) n° 17, de aplicación durante el periodo inicial de la infracción hasta el primero de mayo de 2003, la multa no excederá del 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior por cada una de las empresas. La misma limitación es de aplicación según el apartado 2 del artículo 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003.
- (715) De conformidad con el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 y con el apartado 3 del artículo 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003, a la hora de fijar el montante de la multa la Comisión debe tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes, concretamente la gravedad y duración de la infracción, que son los dos criterios a los que se refieren expresamente los reglamentos anteriores. De esta manera, la Comisión puede establecer las multas al nivel necesario para asegurar el efecto disuasorio de las mismas.
- (716) En su Contestación⁷⁴⁷, Telefónica alegó que la Comisión no debía imponer una multa debido a las siguientes razones:
- (717) En primer lugar, Telefónica alegó que no se podía sostener que la compañía hubiese actuado de manera deliberada o negligente al adoptar un comportamiento que la Comisión considera contrario al artículo 82 del Tratado.
- El comportamiento de Telefónica no fue deliberado ya que nunca podía haber estado al corriente de que sus prácticas pudiesen dar lugar a un estrechamiento de márgenes.
 - El comportamiento de Telefónica no fue negligente porque la compañía no podía haber previsto de manera razonable que su estructura de precios pudiera ser considerada contraria al artículo 82 del Tratado, y ello por tres razones: en primer término, la definición del mercado es contraria al marco regulador, tiene el efecto de exagerar la posición de Telefónica en cada uno de los mercados mayoristas y da lugar a un resultado erróneo del cálculo del estrechamiento de márgenes; en segundo término, Telefónica alegó que no había tenido suficiente capacidad de maniobra para evitar el estrechamiento de márgenes; y en tercer término, Telefónica alegó que no podría haber dudado de que sus prácticas, que fueron presuntamente aprobadas por la CMT, pudiesen acabar constituyendo una infracción del Derecho comunitario.

⁷⁴⁷ Véase contestación de Telefónica, páginas 185-190.

(718) En segundo lugar, Telefónica alegó que, de haber una infracción, ésta no sería característica ni estaría basada en un análisis previamente establecido. Telefónica alegó que la naturaleza de la infracción del artículo 82 del Tratado en el presente caso no es clara y que el análisis que realiza la Comisión está basado en elementos innovadores tales como: (i) una definición innovadora de mercados pertinentes; (ii) un análisis innovador de estrechamiento de márgenes; y (iii) una aplicación innovadora del análisis del estrechamiento de márgenes en relación con un mercado que es emergente y con un insumo que no es indispensable. Asimismo, Telefónica alegó que en el presente caso la Comisión con frecuencia basa sus alegaciones en la Decisión *Deutsche Telekom*, a pesar de que esta Decisión está actualmente recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia.

(719) Los argumentos de Telefónica no pueden ser tenidos en cuenta por las siguientes razones:

1 Intencionalidad o negligencia

(720) Los argumentos que presenta Telefónica y con base en los cuales concluye que no actuó negligentemente no son correctos.

(721) En primer lugar, en cuanto a la definición de mercado, se desprende de las alegaciones de Telefónica que no podía haber estado al corriente de su posición dominante. Esta alegación no se sostiene debido a que Telefónica, como operador económico diligente, tendría que haber estado familiarizada con los principios relativos a la definición de mercado en casos de competencia⁷⁴⁸. Al margen de la definición exacta de mercado, Telefónica no podía haber ignorado la posición que ostentaba como operador del monopolio histórico y como poseedor de la única infraestructura significativa con base en la cual se suministran los servicios mayoristas que son objeto de la presente Decisión⁷⁴⁹. Además este argumento se contradice con el hecho de que Telefónica fue considerada dominante por el regulador español en 1999, en el mercado de acceso mayorista indirecto al bucle local desagregado⁷⁵⁰. De hecho, dicha posición dominante es el origen de las obligaciones reglamentarias (en concreto, la obligación de suministrar acceso mayorista a nivel regional) impuestas a Telefónica.

⁷⁴⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DO C 372 de 9.12.1997.

⁷⁴⁹ Véase, por ejemplo, Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de abril de 2002 (Expte. 518/01 Internautas/Telefónica), p. 7, 21-23 (<http://www.tdcompetencia.es/PDFs/resoluciones/2002/1655.pdf>)

⁷⁵⁰ Orden de 26 de marzo de 1999 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de marzo de 1999, por el que se determinan los precios que los operadores autorizados deberán abonar a Telefónica, Sociedad Anónima, por la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red pública telefónica fija, hasta el 31 de diciembre del año 2000 – BOE 86 páginas 13513 to 13515 (véase página CMT-573 del expediente).

(722) Además, la alegación de Telefónica de que la definición de mercado es contraria al marco regulador, tampoco es correcta. Ya en 2000, en su Comunicación sobre el acceso al bucle local desagregado⁷⁵¹, la Comisión apuntó que el acceso mayorista de banda ancha (a nivel regional y nacional) debía ser considerado un complemento (y no un sustituto) del bucle local desagregado. Además, la conclusión de que el bucle local desagregado y el acceso mayorista regional no pertenecen al mismo mercado pertinente, es acorde con el marco regulador comunitario de las comunicaciones electrónicas. Según la Recomendación de la Comisión 2003/311/EC relativa a mercados pertinentes de productos y servicios del sector de las comunicaciones electrónicas susceptibles de regulación ex ante, el mercado para el acceso al bucle local desagregado⁷⁵² es un mercado diferente al mercado de acceso mayorista de banda ancha⁷⁵³. Esta es también la conclusión alcanzada por las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) de las comunicaciones electrónicas - incluida la CMT⁷⁵⁴ - que han analizado el mercado mayorista de banda ancha sobre la base de los principios del Derecho de competencia en sus respectivos países⁷⁵⁵. Asimismo, cabe recordar que, en su carta de septiembre de 2003, en respuesta a la denuncia que originó el presente procedimiento, la propia Telefónica consideró que había dos mercados mayoristas de referencia separados, a saber, el mercado de acceso desagregado al bucle local, por un lado, y los mercados mayoristas nacional y regional, por otro. (Véase Sección V.A.3).

⁷⁵¹ Comunicación de la Comisión sobre el acceso desagregado al bucle local (COM(2000) 237, 26.4.2000), Véase página 18.

⁷⁵² Mercado 11 de la Recomendación de la Comisión 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 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁷⁵³ Mercado 12 de la Recomendación de la Comisión 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 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁷⁵⁴ CMT, decisión de 1 de julio de 2006 en asunto AEM2005/1454, Resolución por la que se aprueba la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

⁷⁵⁵ Dentro del mecanismo de revisión establecido en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco de las Telecomunicaciones).

- (723) En cuanto a la distinción entre el mercado de acceso mayorista nacional y el mercado de acceso mayorista regional, la Comisión apunta que las ANR en Estados miembros donde el mercado de banda ancha tiene una estructura similar al español (existencia de acceso mayorista a nivel local, regional y nacional), en concreto ARCEP en Francia⁷⁵⁶ y OFTEL (en la actualidad OFCOM) en el Reino Unido⁷⁵⁷ también han concluido que no hay sustituibilidad entre estos productos mayoristas (acceso regional y acceso nacional). La CMT no sólo ha considerado siempre que el acceso mayorista regional y el bucle local desagregado no son sustituibles, sino que, en su decisión OM 2002/7330 de 10 de julio de 2003, consideró asimismo que el acceso mayorista regional y el acceso mayorista nacional no eran sustituibles⁷⁵⁸. En cualquier caso, la frontera concreta entre el mercado mayorista regional y el mercado mayorista nacional no es determinante debido a que Telefónica es dominante en ambos mercados, y la presente Decisión señala un estrechamiento de márgenes en relación a ambos mercados. Por lo tanto, es razonable concluir que Telefónica no podía haber ignorado la definición de mercado apropiada y no puede argumentar válidamente que no podía haber previsto que fuera a hallarse en posición dominante en un mercado pertinente definido de manera razonable.
- (724) En segundo lugar, no es correcto afirmar que Telefónica no tuvo suficiente capacidad de maniobra para evitar el estrechamiento de márgenes que se establece en el presente caso. Tal y como establece la sección VI.G, los precios del producto mayorista nacional de Telefónica no estuvieron regulados hasta diciembre de 2006. En cuanto al producto mayorista regional de Telefónica (GigADSL), como confirmó explícitamente la CMT, la regulación específica del sector sólo imponía un nivel máximo de precios a Telefónica y la compañía podía haber evitado el estrechamiento de márgenes a través de una bajada de los precios mayoristas. Se debe mencionar que Telefónica también tenía libertad para subir sus precios minoristas en cualquier momento (Sección VI.F.6).

⁷⁵⁶ En julio de 2005, la Comisión aprobó una notificación del regulador francés, ARCEP (antes ART) en la que este último definió un mercado mayorista nacional distinto del mercado mayorista regional (FR/2005/0206).

⁷⁵⁷ En diciembre de 2003, el regulador británico definió un mercado mayorista de originación de banda ancha (que se corresponde con el acceso mayorista regional en el presente caso) y un mercado mayorista de transporte de banda ancha (que se corresponde con el acceso mayorista nacional en el presente caso). Véase OFTEL, Wholesale Broadband Access Market, Identification and analysis of markets, Determination of market power and Setting of SMP conditions, Explanatory Statement and Notification; 16 de diciembre de 2003.

⁷⁵⁸ CMT, decisión de 10 de julio de 2003 en caso OM 2002/7330, Resolución sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL mayoristas.

- (725) En tercer lugar, en cuanto al argumento de Telefónica que de ninguna manera podía haber previsto que sus precios mayoristas y minoristas, que fueron aprobadas por la CMT, podían constituir una infracción del Derecho comunitario, la Comisión observa que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, para que se dé intención o negligencia no se requiere que la empresa de que se trate tenga conciencia de infringir las normas de competencia⁷⁵⁹. Para que una infracción pueda considerarse deliberada, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir la prohibición establecida en las normas sobre la competencia del Tratado aplicables a las empresas; es suficiente que no pudiera ignorar que la conducta imputada tenía por objeto o podía tener por efecto falsear la competencia en el mercado común⁷⁶⁰. Por lo tanto, la única cuestión pertinente es saber si la intervención de la autoridad reguladora nacional podía haber llevado a una empresa suficientemente diligente a creer que la relación entre sus precios mayoristas y sus precios minoristas no podría haber dado lugar a un estrechamiento de márgenes, (es decir, que los precios minoristas de Telefónica podían ser replicados por los operadores alternativos usando los productos mayoristas de Telefónica sin incurrir en pérdidas).
- (726) A este respecto, se recuerda que la CMT nunca ha analizado (*ex ante* o *ex post*) la existencia de un estrechamiento de márgenes en relación con los productos mayoristas nacionales de Telefónica (ADSL-IP y ADSL-IP Total) durante el periodo de investigación en causa. Por lo tanto, el argumento anterior (véase considerando (725)) es irrelevante en relación con el estrechamiento de márgenes entre los precios de los productos mayoristas nacionales y el producto minorista. Es además importante apuntar que los productos mayoristas nacionales gozaron de una mayor importancia que el producto mayorista regional durante el periodo de investigación en causa⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Sentencia del Tribunal de 1 de febrero de 1978 en el asunto 19/77, Miller/Comisión, Rec. 1978, p. 131, Considerando 18; sentencia de 8 de noviembre de 1983 en el asunto 96/82, IAZ/Comisión, Rec. 1983, p. 3369, Considerandos 43-45; sentencia de 6 de julio de 2000 en el asunto T-62/98, Volkswagen/Comisión, Rec. 2000, p. II-2707, Considerando 334.

⁷⁶⁰ Asunto T-65/89, BPB Industries and British Gypsum v. Commission, [1993] ECR II-389, Considerando 165, y Asunto T-15/89, Chemie Linz, [1992] ECR II-1275, Considerando 350.

⁷⁶¹ Los productos mayorista nacionales (ADSL-IP and ADSL-IP total) representaban el [...]% de los productos mayoristas a los que se refiere la decisión (ADSL-IP, ADSL-IP total y GigADSL) a finales de diciembre de 2006,, [...]% en junio de 2002, [...]% en diciembre de 2002, [...]% en diciembre de 2003, [...]% en diciembre de 2004, [...]% en diciembre de 2005 y [...]% en junio de 2006. Véase Cuadro 60.

(727) En cuanto al producto mayorista regional de Telefónica (GigADSL), la CMT nunca analizó la existencia de estrechamiento de márgenes entre este último y los productos minoristas de Telefónica sobre la base de los costes históricos reales de Telefónica. En concreto, las intervenciones de la CMT no se basaron en los datos contables conocidos por Telefónica y de los que dispuso la Comisión durante la presente investigación (véase Sección VI.D.1.4 y Cuadro 59), a saber, los cuadros de mando de Telefónica para su actividad de banda ancha de enero de 2002 a junio de 2006⁷⁶², el *Economics ADSL* para la actividad minorista ADSL de banda ancha de Telefónica de 2002 a 2006⁷⁶³, los cuadros de mando de las inversiones de red de Telefónica⁷⁶⁴ y los planes de negocio⁷⁶⁵ de fechas 16 de octubre de 2001 y 18 de abril de 2002, todos ellos basados en LRAIC⁷⁶⁶. La CMT solo calculó los precios máximos del acceso mayorista regional sobre la base de previsiones que la propia Telefónica facilitó en respuesta a un cuestionario enviado por la CMT el 19 de octubre de 2001. Tal y como se indica en el modelo de costes de la CMT de marzo de 2002⁷⁶⁷, la información sobre costes facilitada por Telefónica era relativa a una red con capacidad para [...] líneas⁷⁶⁸. Sin embargo, ya en octubre de 2001 tendría que haber sido evidente para Telefónica que sus previsiones no eran realistas, ya que su número de líneas había ya excedido las [...] líneas en septiembre de 2001, y la compañía ya había realizado en ese momento previsiones relativas a una red con una capacidad (al nivel de la Red IP) que superaba las [...] líneas a finales de 2001 y las [...] líneas a finales de 2005⁷⁶⁸.

⁷⁶² Véase sección VI.D.1.1.2.2 . Los costes incrementales que no son de redes ya estaban disponibles en el cuadro de mando mensual de enero de 2002 (véanse páginas TFCA-9696 a TFCA-9698 del expediente).

⁷⁶³ Véase sección VI.D.1.1.2.2 .

⁷⁶⁴ Véase sección VI.D.1.1.2.4 .

⁷⁶⁵ Véase sección VI.D.1.1.1 .

⁷⁶⁶ Véase sección VI.D.1.1 .

⁷⁶⁷ Véase modelo de costes ARCOME al que hace referencia el Considerando (497) .

⁷⁶⁸ Véase sección VI.D.1.4.1 .

(728) Además, tendría que haberse desprendido con claridad para Telefónica que los costes indicados en el modelo de costes de la CMT de 2002⁷⁶⁹ y 2004⁷⁷⁰ fueron significativamente inferiores a los costes incrementales indicados en el plan de negocio inicial de la compañía (plan de negocio de 16 de octubre de 2001) y su actualización (plan de negocio de 18 de abril de 2002⁷⁷¹) y que esos planes de negocios muestran explícitamente⁷⁷² que hubo un estrechamiento de márgenes entre el precio mayorista regional y los precios minoristas de la compañía. Telefónica no podía haber ignorado que los costes de red indicados en el modelo de costes de la CMT habían sido calculados como un porcentaje de sus ingresos⁷⁷³. También debería haber resultado evidente para Telefónica, por lo menos en abril de 2002, que los costes de red indicados en el modelo de costes de la CMT de marzo de 2002 no estaban siendo confirmados *ex post* y fueron significativamente más bajos que los costes incrementales efectivamente soportados⁷⁷⁴. Asimismo, se tendría que haber desprendido con claridad para Telefónica que sus cuadros de mando mensuales de febrero de 2002, abril de 2002, diciembre de 2002, diciembre de 2003, marzo de 2004 y diciembre de 2004 mostraban que la compañía soportó pérdidas a nivel descendente⁷⁷⁴. La Comisión confirma todo lo anterior a través de los cálculos de estrechamiento de márgenes llevados a cabo en la presente Decisión, que demuestran que Telefónica incurrió en pérdidas a nivel descendente desde septiembre de 2001 hasta diciembre de 2006⁷⁷⁵. Esto demuestra que Telefónica no podía haber ignorado que la conclusión a la que llegó la CMT, a saber, que no existía estrechamiento de márgenes entre los precios aprobados por esta última, no tuvo confirmación en la realidad. Por lo tanto, es razonable concluir que un operador económico diligente, que está en posesión de información detallada sobre los datos reales de sus costes e ingresos, debía haber observado que tales costes e ingresos eran substancialmente diferentes a los costes indicados en el modelo de costes de la CMT.

⁷⁶⁹ Véase modelo de costes ARCOME al que hace referencia el Considerando (493).

⁷⁷⁰ Véase modelo de costes ELMCO al que hace referencia el Considerando (493).

⁷⁷¹ Véase Sección VI.D.1.4.2.2.

⁷⁷² Plan de negocio de 16 de octubre de 2001: según los cálculos de la propia Telefónica, el VAN durante el [...] de una línea minorista era de [...] mientras que el VAN de una línea mayorista regional era de [...]. El VAN a lo largo de [...] de una línea minorista era de [...] y el VAN de una línea mayorista regional era de [...]. Véase página TFCA-4468 del expediente. Véase también sección VI.D.2.2.1.

El plan de negocio de 18 de abril de 2001: según los cálculos de la propia Telefónica, el VAN a lo largo de [...] de una línea minorista era de [...] mientras que el VAN de una línea mayorista regional era de [...]. Véase página TFCA-4502 del expediente.

⁷⁷³ Véase Sección VI.D.1.4.2.3.

⁷⁷⁴ Cuadros de mando mensuales de febrero de 2002, abril de 2002 y diciembre de 2002: la diferencia entre los precios minoristas y los precios mayoristas regionales es insuficiente para cubrir los costes operativos minoristas (sobre la base de las previsiones hechas por Telefónica o sobre la base de los costes efectivamente incurridos). Véanse las páginas TFCA-9701, TFCA-9703, TFCA-9712; TFCA-9714, TFCA-9759 y TFCA-9761 del expediente.

Cuadros de mando mensuales de junio de 2003 y de diciembre de 2003: la diferencia entre los precios minoristas y los precios mayoristas regionales es insuficiente para cubrir los costes minoristas incrementales, es decir los costes operativos más los costes de captación de clientes (amortizados a lo largo de [...]) y las inversiones de red (amortizadas a lo largo de [...] con un WACC de [...]). Véanse las páginas TFCA-9804, TFCA-9806 a TFCA-9808, TFCA-9852 y TFCA-9854 a TFCA-9856 del expediente.

Cuadros de mando mensuales de marzo de 2004 y de diciembre de 2004: la diferencia entre los precios minoristas y los precios mayoristas regionales es insuficiente para cubrir los costes minoristas incrementales. Véanse las páginas TFCA-12999 a TFCA-13000 y TFCA-13035 a TFCA-13037 del expediente.

⁷⁷⁵ Véase Sección VI.D.2.

Cuadro 59 – Datos de costes que demuestran que Telefónica no podía haber ignorado que los costes indicados en el modelo de costes de la CMT no se corresponderían y no se correspondieron con la realidad

ADSL-IP y ADSL-IP Total		GigADSL	
Datos usados por la CMT en su modelo de costes	Datos usados por la CMT en su modelo de costes	Información que muestra que Telefónica no podía haber ignorado que los costes usados por el modelo de costes de la CMT no se corresponderían y no se correspondieron con la realidad	Información que demuestra que Telefónica no podía haber ignorado que estaba incurriendo en pérdidas a nivel descendente
<p>No se calcula el estrechamiento de márgenes</p>	<p><u>El modelo de la CMT de marzo de 2002</u></p> <p>La CMT reconoce la falta de datos sobre costes⁷⁶⁸.</p> <p>Los costes de red estimados sobre la base de estimaciones de Telefónica relativas a una red con [...] líneas⁷⁶⁸ en respuesta a un cuestionario de 19 de octubre de 2001. Los ajustes de los costes se hicieron sin información precisa sobre la red⁷⁶⁸ de Telefónica y sin ningún dato de costes adicional de Telefónica⁷⁶⁸.</p> <p>Los costes de servicios estimados como un porcentaje de los ingresos de Telefónica no se justifican por ningún dato de costes⁷⁷³.</p>	<p><u>Plan de negocio</u></p> <p>16 octubre 2001: tamaño de la red es mucho mayor que [...] líneas⁷⁶⁸. Las previsiones de costes de red son mucho mayores que las usadas por la CMT⁷⁷¹.</p> <p>18 abril 2002: las inversiones de red históricas de 2001 son mayores que las inversiones acumuladas para el 2001-2002 usadas por la CMT⁷⁷¹. Las previsiones de costes de red para 2001-2002 son aun mayores⁷⁷¹.</p>	<p><u>Plan de negocio</u></p> <p>16 octubre 2001: una línea minorista genera (en el conjunto de sus actividades) menos valor que una línea mayorista⁷⁷². El cálculo FCD confirma la existencia de un estrechamiento de márgenes⁷⁷⁵.</p> <p>18 abril 2002: una línea minorista genera (en el conjunto de sus actividades) menos valor que una línea mayorista⁷⁷².</p>
	<p><u>Modelo de la CMT de marzo de 2004</u></p> <p>La CMT reconoce la falta de datos sobre costes⁷⁶⁸.</p> <p>Actualización de los costes de red en el modelo de 2002 sin datos adicionales de costes de Telefónica⁷⁶⁸.</p> <p>Actualización de los costes de servicio usados en el modelo de 2002 sin ninguna justificación⁷⁶⁹.</p>	<p><u>Cuadro de mando mensual</u></p> <p>Febrero 2002: los costes de red efectivamente incurridos por Telefónica exceden significativamente a aquellos usados por la CMT en su modelo de costes.⁷⁷¹</p> <p>Abril & diciembre 2002: idem⁷⁷¹</p> <p>Marzo & diciembre 2004: idem⁷⁷¹</p> <p>Diciembre 2004: idem⁷⁷¹</p> <p><u>Cuadro de mando de inversiones</u></p> <p>Febrero 2002: las inversiones efectivamente realizadas por Telefónica exceden significativamente aquellas usadas por la CMT en su modelo de costes.⁷⁷¹</p>	<p><u>Cuadro de mando mensual</u></p> <p>Febrero 2002: los costes e ingresos indicados en los cuadros de mando de Telefónica muestran (sin ningún tratamiento) la existencia de un estrechamiento de márgenes⁷⁷⁴.</p> <p>Abril & diciembre 2002: idem⁷⁷⁴.</p> <p>Junio & diciembre de 2003: idem⁷⁷⁴.</p> <p>Marzo y diciembre de 2004: idem⁷⁷⁴.</p>

- (729) En vista de lo anterior, es razonable concluir que Telefónica ha actuado de manera deliberada. En cuanto al producto mayorista GigADSL, se debe concluir que, incluso admitiendo una presunción favorable a Telefónica de que dicha empresa podía haber supuesto en un principio que el modelo de costes de la CMT se basaba en estimaciones realistas, muy pronto tendría que, o debería, haber tomado conciencia de que sus costes reales no se correspondían con tales estimaciones. La Comisión no concluye que Telefónica haya facilitado información falsa a la CMT (a pesar de que la información facilitada no se correspondía con la información indicada en su propio plan de negocio). Sin embargo, Telefónica no podía haber ignorado su capacidad real de red, así como la información sobre sus costes y beneficios reales a medida que iban siendo conocidos por dicha empresa. Telefónica no podía haber ignorado la naturaleza limitada y aproximativa de la información sobre costes utilizada por la CMT en su modelo *ex ante*, y tendría que haber estado alerta en relación con la evolución de la información sobre costes reales. Desde el punto de vista más favorable a Telefónica, cualquier confianza depositada por la misma en la exactitud de las estimaciones y cálculos de la CMT, a pesar de la acumulación de información que indica lo contrario, constituye – por lo menos – un comportamiento gravemente negligente.
- (730) Por lo tanto, visto que la intervención de la CMT sólo afectaba a uno de los productos (que fue además el de menor importancia a lo largo de todo el periodo), y se basaba en estimaciones *ex ante* que, tal y como Telefónica podía o debía muy pronto – si no inmediatamente – haber observado, no se correspondían con la información sobre costes reales que Telefónica poseía, la intervención de la CMT no puede proporcionar amparo alguno a Telefónica en relación a su estrechamiento de márgenes abusivo. En todo caso, en el supuesto de que la intervención de la CMT en relación con el producto mayorista regional pudiese considerarse como un elemento relevante en el presente caso, tal intervención sólo se consideraría como una circunstancia atenuante del comportamiento de Telefónica. (véase Sección C).

2 La infracción de Telefónica es un abuso característico, para el cual existen precedentes

- (731) Como se describe en la Sección VI, la presente Decisión está en línea con la jurisprudencia reiterada de los Tribunales comunitarios y con la práctica decisoria de la Comisión.

- (732) En primer lugar, se desprendía con claridad desde el principio del periodo en causa que el acceso mayorista de banda ancha (a nivel regional y nacional) debe ser considerado complementario (y no sustituto) del bucle local desagregado. La CMT no sólo ha considerado siempre que el acceso mayorista regional y el bucle local desagregado no son sustituibles, sino que en su decisión OM 2002/7330 de 10 de julio de 2003 la CMT consideró asimismo que el acceso mayorista regional y el acceso mayorista nacional no eran sustituibles⁷⁷⁶. En cualquier caso, como se explica anteriormente, la frontera entre el mercado mayorista nacional y el mercado mayorista regional no es determinante en el presente caso, ya que Telefónica es dominante en ambos mercados y la presente Decisión identifica un estrechamiento de márgenes en relación a ambos.
- (733) En segundo lugar, los cuatro ejes de la metodología usada por la Comisión (el principio de "operador igualmente eficaz", el uso de LRAIC, el enfoque periodo a periodo, y no combinar productos mayoristas) se desprendía n con claridad de la anterior práctica decisoria de la Comisión y de la jurisprudencia. El principio de "operador igualmente eficaz", el estándar de LRAIC y el enfoque periodo a periodo fueron utilizados en *Napier Brown*⁷⁷⁷. De la sentencia de *Industrie des Poudres Sphériques*, se desprende claramente que el análisis de estrechamiento de márgenes podía hacerse entre un solo producto ascendente y un producto descendente, sin tomar en cuenta ninguna combinación de productos ascendentes diferentes⁷⁷⁸. Además, la metodología usada en la presente Decisión no está en contradicción con la metodología utilizada en 2001 por la CMT en su modelo retail minus: el modelo de la CMT está igualmente basado en el principio del "operador igualmente eficaz", el estándar LRAIC y el enfoque "periodo a periodo". Como se explica anteriormente, el hecho de que la CMT y la Comisión alcancen conclusiones diferentes tras el análisis de estrechamiento de márgenes entre el precio mayorista regional y el precio minorista de Telefónica se debe al hecho de que los costes sobre los que se basó la CMT para llevar a cabo su análisis y los costes sobre los que se basa la Comisión en el presente caso son diferentes, pero la metodología usada por ambas es la misma: los costes estimados indicados en el modelo de costes de la CMT eran significativamente más bajos que los costes previstos y los costes históricos facilitados por Telefónica a la Comisión. En cualquier caso, incluso la aplicación de la metodología que propone Telefónica (el método FCD) da como resultado un estrechamiento de márgenes a lo largo del periodo de tiempo en causa.

⁷⁷⁶ Decisión de la CMT de 10 de julio de 2003 en asunto OM 2002/7330, Resolución sobre la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en la comercialización de servicios ADSL mayoristas.

⁷⁷⁷ Véase *Napier Brown- British Sugar* en Considerando 66 donde la Comisión se refiere al fracaso de una empresa dominante en reflejar sus propios costes de transformación de la materia prima en el producto derivado en el margen entre el precio ascendente y descendente.

⁷⁷⁸ *Industrie des Poudres Sphériques*, Considerando 178

(734) En tercer lugar, la Comisión no puede aceptar el argumento de Telefónica según el cual este caso se refiere a una aplicación innovadora del análisis de estrechamiento de márgenes en relación con un mercado emergente y con un insumo que no es indispensable. Telefónica no explica cómo la supuesta falta de madurez del sector de banda ancha español podría afectar a la conclusión que se alcanza en el presente caso, a saber, que Telefónica ha abusado de su posición dominante. Las pérdidas descendentes de Telefónica – desde septiembre de 2001 a diciembre de 2006 – no pueden ser caracterizadas como pérdidas a corto plazo que serían inevitables en el contexto de un supuesto mercado emergente, no sólo porque el cálculo de FCD da como resultado un VAN negativo a lo largo del indicado periodo. El mero hecho de que (i) Telefónica esperara un logro rápido de rentabilidad en el conjunto de sus actividades en su plan de negocio inicial⁷⁷⁹, (ii) que no contase con crecimiento futuro a partir de febrero de 2003⁷⁸⁰ para el logro de rentabilidad en el conjunto de sus actividades, y (iii) que la compañía es de hecho rentable en el conjunto de sus actividades pero todavía tendría pérdidas en 2006 – es decir, más de cinco años después del lanzamiento de su primera oferta minorista ADSL – si tuviera que pagar los precios mayoristas que ha estado cobrando a sus competidores descendentes – es un indicio claro de que las pérdidas descendentes de Telefónica no se pueden explicar por la falta de madurez del mercado español de banda ancha⁷⁸¹. En cualquier caso, el mercado de banda ancha español no podría bajo ninguna circunstancia ser considerado como un mercado emergente (véase sección VI.F.2.1) al principio del periodo de la infracción en causa. El argumento de Telefónica también debe de ser rechazado en la medida en que interpreta de forma no correcta la sentencia de *Oscar Bronner* y el estándar jurídico de aplicación en este caso. Sin perjuicio de que los insumos de Telefónica sean o no sean indispensables, se destaca que el análisis de alternativas al bucle local desagregado en *Deutsche Telekom*⁷⁸² se llevó a cabo con la finalidad de definir el mercado y que, en *Napier Brown*, la Comisión concluyó que existía un abuso de posición dominante en forma de estrechamiento de márgenes mientras que alternativas al producto ascendente (beet sugar), suministrado por British Sugar, en forma de azúcar de remolacha continental⁷⁸³ y el azúcar de caña de (British) Tate&Lyle estaban disponible⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ La compañía estimó en su plan de negocio que un break-even EBITDA y el break-even EBIT se alcanzarían en 2002. Véase anexo 10iii de la carta de Telefónica de 21.07.06: *Análisis de las variables económicas críticas del ADSL, Documento de trabajo, Resumen documento base*, página 35 (página TFCA-4480 del expediente).

⁷⁸⁰ La compañía estimó en su plan de negocio que el volumen break-even volumen para alcanzar la rentabilidad en el conjunto de sus actividades era 1 millón de usuarios finales de ADSL (véase anexo 11ii de la carta de Telefónica de 21.07.06: *La oportunidad de la Banda Ancha en las operadoras fijas*, página 46 en página TFCA-4549 del expediente), un volumen que se alcanzó en febrero de 2003.

⁷⁸¹ Como se establece en nota a pie de página 301, el hecho de que, en el presente caso, el volumen break even de la rentabilidad en el conjunto de las actividades de Telefónica se logró en [...] no justifica las pérdidas descendentes incurridas por la compañía antes de dicha fecha.

⁷⁸² Véanse Considerandos 83-91 de la decisión.

⁷⁸³ *Napier Brown*, Considerandos 23 y 44.

⁷⁸⁴ *Napier Brown*, Considerandos 50, 51.

- (735) En cualquier caso, la Decisión *Deutsche Telekom* constituye un claro precedente para este caso, aclarando en concreto las condiciones de aplicación del artículo 82 del Tratado en relación con una actividad económica objeto de regulación *ex ante* específica del sector. El hecho de que la Decisión *Deutsche Telekom* haya sido recurrida no implica que la metodología de estrechamiento de márgenes aplicada en dicha Decisión pueda ignorarse. Tampoco implica que el abuso en cuestión no pueda ser característico. El análisis aplicado en la presente Decisión tiene precedentes en jurisprudencia y decisiones de la Comisión anteriores a *Deutsche Telekom*. Además, la Decisión *Deutsche Telekom*, que fue publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* en octubre de 2003, debía haber sido suficiente para poner en aviso a la compañía de que el tipo de comportamiento que entabló constituía, en opinión de la Comisión, un abuso característico de posición dominante con arreglo al artículo 82 del Tratado.
- (736) En vista de lo anterior, los argumentos de Telefónica de que la infracción no puede considerarse ni característica ni basada en un análisis previamente establecido no pueden aceptarse. La Comisión concluye que, por lo menos desde octubre de 2003, el comportamiento de Telefónica constituía un abuso característico de posición dominante.

B. Importe de base de la multa

- (737) El importe de base de la multa se determina en función de la gravedad y de la duración de la infracción⁷⁸⁵. Al hacerlo, la Comisión puede fijar la multa en un nivel suficiente para sancionar el abuso y garantizar su efecto disuasorio.

1 Gravedad de la infracción

- (738) Al valorar la gravedad de la infracción, debe tomarse en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico de referencia⁷⁸⁶.

1.1 Naturaleza de las infracciones

- (739) El abuso cometido por Telefónica consiste en la imposición de precios no equitativos mediante un estrechamiento de márgenes en detrimento de sus competidores y, en última instancia, de los consumidores.
- (740) Tal y como establece la sección A.1, la infracción de Telefónica no es nueva sino todo lo contrario: un abuso característico del que existe precedente. En concreto, tras la Decisión *Deutsche Telekom*, las condiciones de aplicación del artículo 82 del Tratado a una actividad económica sujeta a una regulación *ex ante* habían sido aclaradas en su mayor parte y eran conocidas por Telefónica.

⁷⁸⁵ Apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y apartado 3 del artículo 23 del Reglamento (CE) nº 1/2003.

⁷⁸⁶ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del Apartado 5 del artículo del Tratado CECA DO 98/C 9/03 de 14.01.98.

- (741) Asimismo, en la presente Decisión se ha determinado que Telefónica ocupa una posición dominante e incluso de monopolio (100% de cuota de mercado) en el mercado mayorista del acceso de banda ancha a escala regional, que constituye un insumo necesario para que los operadores alternativos operen en el mercado mayorista nacional y en el mercado minorista.
- (742) Por tanto, el abuso de Telefónica constituye un abuso característico de una empresa que ostenta un monopolio virtual. Dicho abuso puede ser considerado como una infracción muy grave según las directrices de la Comisión para el cálculo de multas tal y como se aplican al periodo en cuestión.
- (743) Como ya indicó la Comisión en la Decisión *Deutsche Telekom*, el tipo de abuso cometido por Telefónica pone en peligro el objetivo de alcanzar un mercado interior europeo de redes de telecomunicaciones y servicios sin distorsiones de competencia, y puede ser calificado como una infracción muy grave⁷⁸⁷.
- (744) En *Deutsche Telekom*, sin embargo, la Comisión no calificó el abuso ejercido por aquella como muy grave por las siguientes razones: en primer lugar, el método que la Decisión aplicó para establecer el estrechamiento de márgenes no había sido utilizado previamente en ninguna decisión formal de la Comisión. En segundo lugar, *Deutsche Telekom* había reducido de manera constante el estrechamiento de márgenes ajustando sus tarifas mayoristas y minoristas desde al menos 1999. Además, desde 2002, el único medio legal del que *Deutsche Telekom* disponía para reducir el estrechamiento de márgenes se había limitado a incrementar las tarifas T-DSL (es decir, un solo producto minorista, en concreto el acceso minorista a banda ancha).
- (745) Ninguna de estas razones se aplica a este caso en concreto.
- (746) Como se indica anteriormente (véase Considerando (733)), la metodología del estrechamiento de márgenes utilizada en la presente Decisión se basa en metodologías empleadas en ocasiones anteriores por la Comisión. Además, el estrechamiento de márgenes también se establece sobre la base de la metodología propuesta por Telefónica.
- (747) A diferencia del comportamiento de *Deutsche Telekom*, Telefónica no ha ajustado sus tarifas mayoristas o minoristas con el fin de reducir (o eliminar) el estrechamiento de márgenes identificado. De hecho, el abuso finalizó gracias a la intervención del regulador español en diciembre de 2006, que redujo los precios mayoristas entre el 22% y el 61% (dependiendo de la velocidad de la oferta).

⁷⁸⁷ Véase *Deutsche Telekom*, Considerandos 203-204.

- (748) Sin embargo, Telefónica disponía de una amplia capacidad de maniobra para evitar los estrechamientos de márgenes (por un lado, entre el nivel mayorista nacional y el nivel minorista, y por otro, entre el nivel mayorista regional y el nivel minorista), simplemente reduciendo sus precios mayoristas. Es conveniente recordar que los precios mayoristas nacionales no habían sido nunca regulados hasta diciembre de 2006, y los precios regionales mayoristas estaban sujetos a un techo máximo. Por tanto, el margen de maniobra que la legislación otorgaba a Telefónica era mucho mayor que el reflejado en la Decisión *Deutsche Telekom*. Los precios mayoristas de *Deutsche Telekom* estaban fijados a un nivel orientado a costes y por tanto no podían reducirse. La mayoría de los precios minoristas estaban regulados mediante una fórmula de precios máximos. En enero de 2002, el margen de maniobra de *Deutsche Telekom* se encontraba limitado a un tercio de los precios minoristas. Por consiguiente, ninguna de las circunstancias del entorno regulador que restringían la capacidad de maniobra de *Deutsche Telekom* se daban en el caso de Telefónica.
- (749) La Comisión reitera que la naturaleza característica del abuso debía ser conocida por Telefónica durante todo el periodo en causa, y en cualquier caso, al menos desde octubre de 2003. Además, Telefónica no ajustó sus precios a pesar de la acumulación de datos históricos que apuntaban a la existencia constante de un estrechamiento de márgenes.
- (750) En conclusión, habida cuenta de las líneas directrices de la Comisión sobre el cálculo de las multas y la jurisprudencia aplicable, la Comisión concluye que, dadas las circunstancias específicas del presente caso y la gravedad general de la infracción, ésta debe ser considerada como muy grave. Sin embargo, la Comisión también tendrá en cuenta todos los factores mencionados anteriormente en el cálculo del importe de base de la multa.

1.2 Impacto en el mercado

- (751) Al determinar la gravedad de la infracción, la Comisión debe considerar que los mercados de referencia en esta Decisión son mercados de importancia económica considerable y que desempeñan un papel crucial en el desarrollo de la Sociedad de la Información. Las conexiones de banda ancha constituyen un requisito previo para poder prestar toda una gama de servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales.
- (752) El argumento de Telefónica de que su comportamiento no ha tenido efectos anticompetitivos en los mercados de referencia no es aceptable. El estrechamiento de márgenes impuesto por Telefónica ha tenido un efecto directo de exclusión en el mercado minorista de banda ancha desde 2001. Tal y como se explica en la Sección VI.E, el comportamiento de Telefónica ha restringido la capacidad de crecimiento sostenible de los operadores de ADSL en el mercado minorista, y parece ser un factor importante que condujo a que los precios minoristas españoles fuesen de los más altos de Europa, y por lo menos 20% superiores a la media de la Comunidad⁷⁸⁸. Ninguno de los factores de oferta o de demanda en el mercado español utilizados por Telefónica en su defensa pueden explicar satisfactoriamente el alto nivel de los precios minoristas en España. La práctica de Telefónica ha dado lugar a perjuicios muy significativos para los consumidores, dado que con el tiempo vino a afectar a varios millones de usuarios finales españoles (véase sección VI.E.2.2 sobre perjuicio a los consumidores).

⁷⁸⁸ Véase Sección VI.E.2.2 anterior.

- (753) En conclusión, la Comisión considera que el impacto del abuso de Telefónica en el mercado minorista ha sido significativo.

1.3 Dimensión del mercado geográfico de referencia

- (754) El mercado geográfico de la prestación de servicios de banda ancha mayoristas y minoristas abarca el territorio de España. Telefónica sostiene que una infracción del artículo 82 del Tratado que se limita a un solo Estado miembro no puede ser considerada grave. En términos de Derecho, dicha afirmación no es correcta. De hecho, está claro que la evaluación de la gravedad de una infracción debe hacerse a la luz de todas las circunstancias del caso. La Comisión toma en cuenta el tamaño del mercado geográfico de referencia junto con los demás factores y circunstancias y los valora en su conjunto.
- (755) El mercado español de banda ancha es el quinto en tamaño de la Comunidad⁷⁸⁹ y tiene un importante potencial de crecimiento, dado que la penetración de la banda ancha es menor que la media europea⁷⁹⁰. Además, en el mercado de las telecomunicaciones, los casos de estrechamiento de márgenes se limitan necesariamente a un solo Estado miembro (el ámbito geográfico de la red del operador incumbente), pero impide a nuevos actores de otros Estados miembros entrar en un mercado en expansión. Con ello, tal y como se indica anteriormente, se impide avanzar hacia el objetivo de establecer un mercado interior europeo de redes de telecomunicaciones y se deshace el camino marcado por el proceso de liberalización que comenzó en 1998.

1.4 Conclusión

- (756) A la luz de todos los factores examinados anteriormente, la infracción debe considerarse como muy grave, aunque puede que no tuviese el mismo nivel de gravedad durante todo el periodo considerado. Por tanto, el montante base de la multa debe tomar en consideración que la gravedad del abuso de Telefónica se hizo en cualquier caso manifiestamente claro tras la Decisión *Deutsche Telekom*.
- (757) El importe base de la multa que debe imponerse a Telefónica para reflejar la gravedad de la infracción debe fijarse, a la luz de las circunstancias del caso, en 90 000 000 euros.
- (758) En el cálculo del montante base de la multa, se debe tener en cuenta la necesidad de establecer la multa a un nivel que asegure un efecto disuasorio suficiente. Para ello, hay que determinar si un ajuste al alza es necesario. Dada la capacidad económica significativa de Telefónica⁷⁹¹, a fin de asegurar un efecto disuasorio suficiente para la empresa, el montante base debe ajustarse al alza por un factor de 1.25 hasta 112 500 000 euros.

⁷⁸⁹ Véase el anexo 2 del 12º Informe de implementación de la Comisión Europea (página 62) disponible en:
http://preprod.europa.info.cec.eu.int/information_society/policy/ecomms/doc/implementation_enforcement/annualreports/12threport/sec_2007_403_annex2.pdf

⁷⁹⁰ Véase sección VI.E.2.2.2.

⁷⁹¹ Telefónica es actualmente el incumbente de telecomunicaciones más grande de Europa en términos de capitalización bursátil (véase el informe anual de 2006 de Telefónica, página 22). Los recursos y beneficios de Telefónica son también significativos. El registro SEC de Telefónica para el año fiscal 2006 indica que dicha empresa poseía una tesorería (e inversiones financieras temporales) de 5 472

3 Duración

- (759) El comportamiento abusivo de Telefónica se inició en septiembre de 2001 y concluyó después de que la CMT, el 21 de diciembre de 2006, adoptara medidas provisionales que llevaron a reducciones sustanciales de los precios de los productos mayoristas regionales y nacionales, respectivamente (véase Sección IV.D.2.4). Habida cuenta de estos precios mayoristas, ha dejado de haber estrechamiento de márgenes en relación con estos mercados de productos. Por tanto, la duración total del abuso es de cinco años y cuatro meses, lo que se considera un abuso de larga duración⁷⁹².
- (760) En consecuencia, el importe de la multa que ha de imponerse sobre la base de la gravedad de la infracción ha de incrementarse en un 50% para tomar en consideración la duración de ésta. Al aplicar este incremento por la duración de la infracción, la Comisión no está tomando en consideración la variación de la gravedad a lo largo del periodo de la infracción, puesto que ya ha sido incluida en el cálculo del montante inicial.
- (761) En vista de lo anterior, el montante base de la multa se fija en 168 750 000 euros.

C. Circunstancias atenuantes

- (762) En su Contestación, Telefónica adujo que lo innovador de este caso constituye una circunstancia atenuante que debe tomarse en consideración al determinar el importe de la multa.
- (763) Como se ha establecido anteriormente, (véase Sección A), la presente Decisión no está basada en elementos innovadores. Como se ha mencionado anteriormente, la Decisión *Deutsche Telekom* debería haber aclarado a Telefónica, si es que le quedaba alguna duda, las condiciones de aplicación del artículo 82 del Tratado a una actividad económica que está sujeta a una regulación *ex ante* específica del sector. Por tanto, la Comisión no reconoce que existan circunstancias atenuantes a este respecto.
- (764) Como también se ha establecido anteriormente (véase sección A.1), Telefónica actuó deliberadamente o, al menos, con negligencia.
- (765) Sin embargo, basándose en las pruebas disponibles, la Comisión considera que en este caso particular existen circunstancias atenuantes, tomando el punto de vista más favorable a Telefónica (véanse Considerandos (727) a (729)). Las directrices de la Comisión para el cálculo de multas establecen que el importe de base de la multa se reducirá en caso de que la infracción se haya cometido por negligencia y no deliberadamente. En el presente caso, este tipo de circunstancia atenuante puede ser de aplicación, si es que lo es, en relación con uno de los productos afectados por la infracción. Asimismo, la negligencia de Telefónica tendría que haber sido de una gravedad extrema, debido a la extensa información sobre datos acumulada a lo largo del tiempo, que mostraba de manera constante divergencias entre los costes reales y las estimaciones utilizadas por la CMT en su análisis *ex ante*.

millones de euros en el 31 de diciembre de 2006. En cuanto a los beneficios, tal registro SEC indica que Telefónica obtuvo 6 579 millones de euros en beneficios e ingresos de 52 901 millones de euros en el año fiscal 2006.

⁷⁹² Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA; DO C 9 de 14.1.1998, p. 3.

- (766) Por tanto, en este caso procede una reducción del 10 % sobre el montante base de la multa mencionada en el Considerando (761), lo que implica un montante final de 151 875 000 euros.
- (767) Por último, Telefónica ha tratado de hacer valer su cooperación efectiva en este procedimiento como circunstancia atenuante. Sin embargo, la Comisión señala que la empresa se limitó a cumplir con normalidad las obligaciones que le incumben en aplicación del Reglamento nº 17 y del Reglamento (CE) nº 1/2003 en lo que respecta al suministro de información a la Comisión y, por lo tanto, tal cooperación no puede considerarse circunstancia atenuante.

D. Conclusión

- (768) A la luz de las consideraciones anteriores, es apropiado establecer un montante de la multa que ascienda a 151 875 000 euros respecto a Telefónica.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Telefónica S.A. y Telefónica de España S.A.U. han infringido el artículo 82 del Tratado CE al aplicar tarifas no equitativas a la prestación de servicios mayoristas y minoristas de acceso de banda ancha desde septiembre de 2001 hasta diciembre de 2006.

Artículo 2

Por la infracción contemplada en el artículo 1 se impone una multa de 151 875 000 euros a Telefónica S.A. solidariamente con Telefónica de España S.A.U.

La multa deberá pagarse en euros en el plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la presente Decisión, en la siguiente cuenta bancaria: cuenta nº 375-1017300-43 de la Comisión Europea en ING, Agence Bruxelles-Européenne, RP Schuman, B-1040 Bruxelles (Código IBAN: BE66 3751 0173 0043; Código SWIFT: BBRUBEBB).

Expirado dicho plazo, se devengarán automáticamente intereses al tipo aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación en el primer día del mes en el que se haya adoptado la presente Decisión, incrementado en 3,5 puntos porcentuales.

Artículo 3

Los destinatarios de la presente Decisión serán Telefónica S.A. (C/ Gran Vía 28, 28013 Madrid, España) y Telefónica de España S.A.U. (C/ Gran Vía 28, 28013 Madrid, España).

La presente Decisión constituirá título ejecutivo de conformidad con el artículo 256 del Tratado CE.

Hecho en Bruselas, el [...]

Por la Comisión
[...]
Miembro de la Comisión

ANEXOS

I. El mercado de masas minorista de banda ancha

Cuadro 60 – Tamaño del mercado minorista de referencia

(en miles de usuarios finales)	Dic 01	Jun 02	Dic 02	Dic 03	Sept 04	Dic 04	Jun 05	Dic 05	Jun 06	Dic 06
Líneas ADSL minoristas de Telefónica ⁷⁹³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Líneas ADSL mayoristas de Telefónica ⁷⁹⁴	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ADSL-IP y ADSL IP total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
GigADSL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Acceso compartido	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Líneas ADSL completamente desagregadas ⁷⁹⁵	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL segmento ADSL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Líneas minoristas cable-módem ⁷⁹⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL Mercado minorista de referencia	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁷⁹³ Hasta junio de 2006: véase *ADSL scorecard* (referido en la nota a pie de página 385) para TESAU y la carta de Telefónica de 28.7.2006 (páginas TFCA-4656 y TFCA-4657 del expediente) para TERRA.

Diciembre de 2006: véase Telefónica, Resultados Trimestrales enero-diciembre 2006 (página 20)

⁷⁹⁴ Véase la carta de Telefónica de 28.7.2006 (páginas TFCA-4653 a TFCA-4660 del expediente) y la nota mensual de la CMT de diciembre de 2006 (página 9)

⁷⁹⁵ Se excluyen las líneas completamente desagregadas de Auna (hoy Ono) no comercializadas en el mercado minorista de referencia. Véanse las cartas de Auna de 8.4.2005 (página ISP-339 del expediente) y de 4.7.2005 (página ISP-357 del expediente). Véanse también 'Q4 and full year 2006 results' de Ono (página 18).

⁷⁹⁶ Informes anuales de la CMT de 2002 (página 378), 2003 (página 360), 2004 (página 397), 2005 (página 367) y las 'estadísticas del sector' de los informes trimestrales de la CMT de septiembre de 2005 (página 31) y diciembre de 2006 (página 41).

II. Costes de Telefónica

1 Volúmenes minoristas de TESAU y TERRA

Cuadro 61 – TESAU: Media de abonados y abonados nuevos

	2001	2002	2003	2004	2005	S1 2006
Miles de usuarios finales ⁷⁹⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Básica ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Class ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Avanzada ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Premium ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Cuadro 62 – TESAU -Nuevos abonados adquiridos

hasta 30.04.02	2001	2002
	total	hasta abril
Miles de usuarios finales ⁷⁹⁹	[...]	[...]
Modalidad Básica ⁷⁹⁸	[...]	[...]
Kit ADSL ⁷⁹⁸	[...]	[...]
Modalidad Class ⁷⁹⁸	[...]	[...]
Modalidad Premium ⁷⁹⁸	[...]	[...]

desde 01.05.02	2002		2003	2004			2005	S1 2006
	desde mayo	total	total	hasta mayo	desde junio	total	total	total
Miles de usuarios finales ⁷⁹⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Línea RDSI ⁷⁹⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁷⁹⁷ Véase *ADSL scorecard* (referido en la nota a pie de página 385) para la evolución mensual del número de usuarios finales de TESAU. La media de abonados en el año es la media del número de abonados de cada mes (aproximada en tanto que semisuma del número de abonados al principio y al final del mes) (Según las explicaciones facilitadas por Telefónica en su Contestación (véase la página 328)).

⁷⁹⁸ Véase la carta de TESAU de 17.03.05 (página TFC- 1103 a TFCA-1114 del expediente), carta de Telefónica de 18.06.05 (página TFCA-3243 a TFCA-3248 del expediente) y anexo 1ª de la carta de Telefónica de 21.07.06 (página RFCA-4233 a TFCA-4244 del expediente)

⁷⁹⁹ Véase *ADSL scorecard* (referido en la nota a pie de página 385). Se excluyen las líneas transferidas de TDATA a TESAU en diciembre de 2001.

Cuadro 63 – TESAU – Ancho de banda reservado por línea ADSL minorista⁸⁰⁰

Kbps / línea	2001	2002	2003	2004	2005	S1 2006
TOTAL ADSL minorista	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Básica	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Class	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Avanzada	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Modalidad Premium	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰⁰

La media del ancho de banda reservado se calcula sobre la base de la media de líneas de cada modalidad GigADSL (véase Cuadro 61). El ancho de banda reservado para las cuatro modalidades respectivas es:

- antes de la duplicación de velocidades en septiembre de 2004: 12.8 – 51.2 – 102.4 – 204.8;
- después de la duplicación de velocidades en septiembre de 2004 y antes de la duplicación de velocidades en julio de 2005: 25.6 – 102.4 – 204.8 – 409.6;
- después de la duplicación de velocidades en julio de 2005: 50.0 – 204.8 – 409.6 – 711.25.

2 Costes de la red IP

Cuadro 64 – Red IP - Amortización del CAPEX

		2001	2002	2003	2004	2005	S1 2006
Inversiones ⁸⁰¹	millones de EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortización ⁸⁰²		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del CAPEX 2001	millones de EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del CAPEX 2002	millones de EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del CAPEX 2003	millones de EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del CAPEX 2004	millones de EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del CAPEX 2005	millones de EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del CAPEX 2006	millones de EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	millones de EUR	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	EUR/usuario/mes	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Media de usuarios ⁸⁰³	'000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Cuadro 65 – Red IP - Coste del capital

		2001	2002	2003	2004	2005	S1 2006
Valor neto contable ⁸⁰⁴	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Coste del capital ⁸⁰⁵	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰¹ Carta de Telefónica de 17.10.2006 (página TFCA-13127 del expediente).

⁸⁰² Suponiendo que se incurrió en el CAPEX del año N a mediados de año, el 10 % de este coste se asigna al año N, el 20 % al año N+1, el 20 % al año N+2, el 20 % al año N+3, el 20 % al año N+4 y el 10 % al año N+5.

⁸⁰³ Media de usuarios de la Red IP de TESAU calculada por la propia Telefónica. Véanse las cartas de Telefónica de 21.8.2006 (página TFCA-8949 del expediente) y de 17 de octubre de 2006 (véase la página TFCA-13120 del expediente).

⁸⁰⁴ CAPEX acumulado – Amortización acumulada.

	EUR/usuario/mes	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Media de usuarios ⁸⁰³		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

3 Costes netos de captación

Cuadro 66 – Amortización de los costes netos de captación (SAC) de TESAU (3 años)

		2001	2002	2003	2004	2005	S1 2006
Gasto ⁸⁰⁶	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortización (3 años) ⁸⁰⁷		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del SAC 2001	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del SAC 2002	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del SAC 2003	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del SAC 2004	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del SAC 2005	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
del SAC 2006	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	millones de euros	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	EUR/usuario/mes	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰⁵ Véase el considerando (447) .

⁸⁰⁶ Valor unitario x número de nuevos abonados adquiridos (véase Cuadro 29 y Cuadro 62)

⁸⁰⁷ Suponiendo que se incurrió en el SAC del año N a mediados de año, el 16 % del SAC se asigna al año N, el 33 % al año N+1, el 33 % al año N+2 y el 16 % al año N+3.

III. Cálculo del valor terminal en el análisis de los flujos de caja descontados (FCD)

1 El modelo FCD retrospectivo.

Cuadro 67 – Cálculo del valor terminal (CAPEX de red)

Millones de EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Inversión ⁸⁰⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortización (5 años) ⁸⁰²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Valor terminal	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰⁸ Véanse el CAPEX unitario (EUR/nuevo abonado) y el número de nuevos abonados en el Cuadro 41.

Cuadro 68 – Cálculo del valor terminal (Costes netos de captación)

Millones de EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Gasto ⁸⁰⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortización (3 años) ⁸⁰⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Valor terminal	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸⁰⁹ Véanse el SAC unitario neto (EUR/nuevo abonado) y el número de nuevos abonados en el Cuadro 41.

Cuadro 69 – Los beneficios esperados de Telefónica (sobre la base de ADSL-IP) en el periodo 2007-2011 generados por los abonados adquiridos en el periodo 2001-2006⁸¹⁰

Millones de euros	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ingresos ⁸¹¹		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifas mayoristas		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red(OPEX) ⁸¹⁶		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes PSI recurrentes ⁸¹⁶		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de adquisición netos		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EBIT ⁸¹²		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Impuestos sobre beneficios		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Flujo de caja neto		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VAN (excl. valor terminal)	[...]					
No. medio de usuarios ('000)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
No. de usuarios a final de año('000) ⁸¹³	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuevos usuarios adquiridos ('000) ⁸¹⁴	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸¹⁰ Este cálculo es similar al de Telefónica en su plan de negocio inicial donde la compañía hizo un calculo FCD para el periodo 2002-2011 que toma en consideración los beneficios generados durante el periodo 2006-2011 por los abonados adquiridos antes del 2006 pero excluye los beneficios generados por los abonados adquiridos después del 2006 (véase la carta de Telefónica de 27.09.06 en página TFCA-12988 del expediente).

⁸¹¹ Valor unitario × numero medio de usuarios finales × 12 (el valor unitario está indicado en Cuadro 41).

⁸¹² Ingresos – Costes de red (OPEX) –costes recurrentes PSI–costes de adquisición netos – Amortización. .

⁸¹³ El número de usuarios finales disminuye a lo largo del tiempo porque (i) abonados adquiridos después del 2006 se excluyen y (ii) los abonados adquiridos antes del 2006 se renuevan progresivamente (en 2006, 25% de los abonados al principio del año se fueron durante el año)

⁸¹⁴ Se excluyen los flujos de caja generados por los abonados adquiridos después del 2006..

Cuadro 70 – Los beneficios esperados de Telefónica (sobre la base de GigADSL) en el periodo 2007-2011 generados por los abonados adquiridos en el periodo 2001-2006⁸¹⁵

Millones euros	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ingresos ⁸¹⁶		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tarifas mayoristas		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes incrementales		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red (CAPEX)		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de red(OPEX)) ⁸¹⁶		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes PSI recurrentes ⁸¹⁶		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Costes de adquisición netos		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortización CAPEX de red ⁸¹⁷		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EBIT ⁸¹⁸		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Impuestos sobre beneficios		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Flujo de caja neto		[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VAN (excl. valor terminal)	[...]					
No. medio de usuarios ('000)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
No. de usuarios a final de año ('000) ⁸¹⁹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Nuevos usuarios adquiridos ('000) ⁸²⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸¹⁵ Este cálculo es similar al de Telefónica en su plan de negocio inicial donde la compañía hizo un cálculo FCD para el periodo 2002-2011 que toma en consideración los beneficios generados durante el periodo 2006-2011 por los abonados adquiridos antes del 2006 pero excluye los beneficios generados por los abonados adquiridos después del 2006 (véase la carta de Telefónica de 27.09.06 en página TFCA-12988 del expediente).

⁸¹⁶ Valor unitario × número medio de usuarios finales × 12 (el valor unitario está indicado en Cuadro 44).

⁸¹⁷ Véase Cuadro 67.

⁸¹⁸ Ingresos – Costes de red (OPEX) –costes recurrentes PSI–costes de adquisición netos – Amortización. .

⁸¹⁹ El número de usuarios finales disminuye a lo largo del tiempo porque (i) abonados adquiridos después del 2006 se excluyen y (ii) los abonados adquiridos antes del 2006 se renuevan progresivamente (en 2006, 25% de los abonados al principio del año se renovaron durante el año)

⁸²⁰ Se excluyen los flujos de caja generados por los abonados adquiridos después del 2006.

2 El modelo FCD prospectivo.

Cuadro 71 – Cálculo del valor terminal (CAPEX de red)

Millones EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Inversión ⁸²¹	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortización (5 años) ⁸⁰²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
CAPEX 2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Valor terminal	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Cuadro 72 – Cálculo del valor terminal (Costes netos de captación)

Millones EUR	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Gasto ⁸²²	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Amortización (3 años) ⁸⁰⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
SAC 2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Valor terminal	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸²¹ Véase CAPEX unitario (EUR/nuevo abonado) y número de nuevos abonados en Cuadro 50 .

⁸²² Véase SAC neto (EUR/nuevo abonado) y número de nuevos abonados en Cuadro 50 . e.

IV. La vida media de los abonados de Telefónica

(1) Telefónica estima⁸²³ la vida media de los abonados de la manera siguiente:

$$\left\{ \begin{array}{l} \text{Vida} = \frac{1}{\text{bajas sobre altas}} \\ \text{donde la tasa de bajas sobre altas es la media del año:} \\ \text{tasa de bajas sobre altas}_m = \frac{\text{Bajas en el mes } m}{\text{Abonados en el mes } m} \end{array} \right.$$

(2) Sobre la base de esta fórmula, la vida media de los abonados de TESAU se facilita en el cuadro que figura a continuación:

Cuadro 73 – Cálculo de la tasa de bajas sobre altas de TESAU con arreglo a la fórmula de la compañía⁸²⁴

[...]

⁸²³ Carta de TESAU de 26.3.2004 (véase la página TFCA-680 del expediente).

⁸²⁴ Las cifras se han extraído directamente del *Cuadro de mando ADSL* de Telefónica (véase la nota a pie de página 385).

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	PARTES EN EL PROCEDIMIENTO	5
A.	DESTINATARIOS DE LA DECISION.....	5
B.	DENUNCIANTE	6
III.	PROCEDIMIENTO	7
IV.	SERVICIOS CONTEMPLADOS EN LA DECISIÓN.....	8
A.	ACCESO DE BANDA ANCHA A INTERNET	8
1	<i>Introducción.....</i>	8
2	<i>Acceso de banda ancha a Internet en España.....</i>	8
3	<i>Línea digital de abonado (DSL).....</i>	9
4	<i>Cable-módem.....</i>	10
5	<i>Otras tecnologías.....</i>	11
B.	EL MERCADO DE MASAS DE ACCESO MINORISTA DE BANDA ANCHA A INTERNET	11
1	<i>Principales proveedores de servicios de Internet («PSI»).....</i>	11
2	<i>La oferta de banda ancha minorista en España.....</i>	12
C.	ACCESO DE BANDA ANCHA MAYORISTA	20
1	<i>Introducción.....</i>	20
2	<i>Descripción de los principales productos de banda ancha mayorista en España...21</i>	21
3	<i>Evolución del uso de los productos mayorista antes descritos</i>	29
D.	REGULACION DE LOS SERVICIOS AFECTADOS POR LA DECISION.....	30
1	<i>Regulación de los precios de los servicios de banda ancha minorista.....</i>	30
2	<i>Regulación de los precios de los servicios de banda ancha mayorista.....</i>	32
E.	EVOLUCION DE LOS PRECIOS MAYORISTAS DE TELEFONICA DESDE SEPTIEMBRE DE 2001	37
F.	DISPONIBILIDAD DE LA DESAGREGACION DEL BUCLE LOCAL DESDE 2001.....	40
V.	ESTABLECIMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE	45
A.	MERCADOS DE PRODUCTOS O SERVICIOS DE REFERENCIA	45
1	<i>Introducción.....</i>	45
2	<i>El mercado minorista de referencia</i>	46
3	<i>Los mercados mayoristas de referencia.....</i>	50
B.	MERCADO GEOGRAFICO DE REFERENCIA.....	65
C.	LA POSICION DOMINANTE DE TELEFONICA.....	67
1	<i>Posición dominante en el mercado mayorista regional.....</i>	67
2	<i>Posición dominante en el mercado mayorista nacional</i>	70
3	<i>Posición dominante en el mercado minorista</i>	74
VI.	EL ABUSO.....	86
A.	INTRODUCCION.....	86
B.	EL CONTEXTO REGULATORIO EN EL QUE TELEFONICA HA SUMINISTRADO ACCESO MAYORISTA A NIVEL REGIONAL Y NACIONAL	89

C.	METODO DE ANALISIS DE ESTRECHAMIENTO DE MARGENES.....	96
1	<i>Evaluación de la rentabilidad sobre la base de los costes descendentes de la empresa dominante – el análisis del «competidor igualmente eficiente»</i>	96
2	<i>Estándar de costes adecuado: costes incrementales medios a largo plazo (LRAIC)</i>	99
3	<i>Método adecuado para evaluar la rentabilidad a plazo</i>	102
4	<i>El insumo descendente para analizar la replicabilidad de los productos descendentes de Telefónica</i>	119
5	<i>Insumo ascendente al evaluar la posibilidad de replicar los productos descendentes de Telefónica</i>	120
D.	CALCULO DEL ESTRECHAMIENTO DE MARGENES	122
1	<i>Evaluación de los ingresos y costes incrementales en sentido descendente de Telefónica</i>	122
2	<i>Resultados del análisis de estrechamiento de márgenes</i>	162
3	<i>Conclusión general sobre la existencia de un estrechamiento de márgenes</i>	177
E.	IMPACTO EN LA COMPETENCIA	178
1	<i>El impacto probable del comportamiento de Telefónica en los mercados pertinentes y en los consumidores</i>	178
2	<i>El impacto de la conducta de Telefónica en los mercados pertinentes: prueba empírica</i>	182
3	<i>El estrechamiento de márgenes ha sido una estrategia racional y rentable para Telefónica</i>	200
4	<i>Conclusión relativa al efecto sobre la competencia y los consumidores</i>	201
F.	JUSTIFICACION OBJETIVA Y EFICIENCIAS	202
1	<i>Introducción</i>	202
2	<i>No existe justificación objetiva por razones de necesidad objetiva</i>	202
3	<i>Argumento de la reacción ante la competencia</i>	208
4	<i>Argumento de la eficiencia</i>	209
5	<i>La obligación de Telefónica de proporcionar acceso mayorista a sus competidores significa que su comportamiento no puede justificarse objetivamente</i>	212
6	<i>Conclusión sobre los argumentos de justificación objetiva y eficiencias</i>	213
G.	AUTONOMIA PARA EVITAR EL ESTRECHAMIENTO DE MARGENES	213
1	<i>Autonomía de Telefónica para fijar el nivel de los precios</i>	213
2	<i>Las resoluciones de la CMT en materia de estrechamiento de márgenes no eximen a Telefónica de la aplicación del artículo 82 del Tratado</i>	215
H.	CONCLUSIONES EN CUANTO AL ABUSO.....	218
VII.	EFFECTOS SOBRE EL COMERCIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS	221
VIII.	RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN Y DESTINATARIOS DE LA DECISIÓN.....	222
A.	LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA DESIGNACION DE LA ENTIDAD RESPONSABLE.....	222
B.	RESPONSABILIDAD POR LA INFRACCION.....	223
IX.	IMPOSICIÓN DE UNA MULTA	225
A.	APARTADO 2 DEL ARTICULO 15 DEL REGLAMENTO Nº 17 Y APARTADO 2 DEL ARTICULO 23 DEL REGLAMENTO (CE) Nº 1/2003	225
1	<i>Intencionalidad o negligencia</i>	226

2	<i>La infracción de Telefónica es un abuso característico, para el cual existen precedentes</i>	233
B.	IMPORTE DE BASE DE LA MULTA	236
1	<i>Gravedad de la infracción</i>	236
3	<i>Duración</i>	240
C.	CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	240
D.	CONCLUSION	241
ANEXOS.....		243
I.	EL MERCADO DE MASAS MINORISTA DE BANDA ANCHA	243
II.	COSTES DE TELEFONICA.....	244
1	<i>Volúmenes minoristas de TESAU y TERRA</i>	244
2	<i>Costes de la red IP</i>	246
3	COSTES NETOS DE CAPTACION.....	247
III.	CALCULO DEL VALOR TERMINAL EN EL ANALISIS DE LOS FLUJOS DE CAJA DESCONTADOS (FCD) 248	
1	<i>El modelo FCD retrospectivo</i>	248
2	<i>El modelo FCD prospectivo</i>	252
IV.	LA VIDA MEDIA DE LOS ABONADOS DE TELEFONICA.....	253