



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

### CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 01/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de enero de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A LA PROMOCIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. PARA LOS NUEVOS CLIENTES QUE CONTRATEN UNA LÍNEA INDIVIDUAL RTB O UN ACCESO BÁSICO RDSI CONSISTENTE EN UN DESCUENTO DEL 100% DEL IMPORTE DE LOS 120 PRIMEROS MINUTOS DE LAS LLAMADAS METROPOLITANAS**

Expediente AEM 2005/108

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Con fecha 29 de diciembre de 2004, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) un escrito remitido por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, TESAU) por el que, en virtud del punto 1.4 del Anexo 1 de la Orden PRE/3103 de 5 de noviembre de 2003, se comunica a esta Comisión su intención de aplicar, a los nuevos clientes que contraten una Línea Individual RTB o un Acceso Básico RDSI, un descuento del 100% en el importe de las llamadas metropolitanas con una duración máxima de 120 minutos (incluidos el establecimiento de la comunicación), excepto llamadas a números 908 y de Red Inteligente, hasta el 31 de diciembre de 2005, realizadas de líneas a domingo, las 24 horas del día, aplicable a las líneas objeto de la promoción. El tiempo que exceda de los primeros 120 minutos de cada llamada se facturará de acuerdo con las tarifas vigentes.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los clientes que se beneficiarán de dichos descuentos siempre y cuando contraten la nueva línea entre el 26 de enero de 2005 y 14 de febrero de 2005, ambos inclusive.

Al anterior Antecedente de Hecho le es de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I HABILITACIÓN COMPETENCIAL PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), la habilitación competencial de esta Comisión para la tramitación del presente procedimiento se encuentra recogida en el artículo 48.3. e) que establece que corresponde a esta Comisión “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 la red en condiciones de red abierta”.

Asimismo, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LJRPAC) de conformidad con el artículo 48.1. de la LGTel.

En relación a la competencia de esta Comisión para la adopción de medidas cautelares el artículo 48.12 de la LGTel establece que: *“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la CMT, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante RCMT), habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, “las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según el mismo artículo 31 del RCMT dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

De acuerdo con el artículo 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC.

Conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada LRJPAC,

*“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

## II CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE JUSTIFICAN LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

La presente Resolución tiene por objeto la adopción de una medida cautelar. Para poder adoptar la misma, es necesario que concurran en el presente expediente todos los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, y que vienen recogidos en el artículo 72 LRJPAC. Dichos elementos son los siguientes:

- La existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la citada medida cautelar;
- La necesidad de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer;
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares considerando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se tomen sin audiencia de las partes, siempre que:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Exista una norma jurídica que permita su adopción;
- Se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho; y
- Se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.

En los apartados posteriores se analizará la concurrencia en la situación planteada por el escrito de TESAU, con el fin de determinar la procedencia de la adopción de medidas cautelares.

### ***II.1 Razonabilidad y apariencia de buen derecho***

La Comisión Europea consideró en el caso Microsoft<sup>1</sup>, que para que un empaquetamiento sea ilícito deben darse las siguientes circunstancias:

- Existencia de dos mercados separados: en otro caso, existiría un único producto y no podría darse una venta empaquetada;
- La empresa debe ser dominante en el mercado que se empaqueta (en el mercado del producto empaquetado no es necesario): esta condición asegura que los empaquetamientos anticompetitivos conlleven una extensión de posición de dominio;
- La empresa dominante no ofrece la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete;
- El empaquetamiento cierra el mercado a la competencia.

De esta forma, el análisis del producto propuesto por TESAU debe determinar si se cumplen las anteriores previsiones. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia Tetra Pak International SA/ Comisión<sup>2</sup>, consideró que *“aun en el caso de que la venta asociada de dos productos sea conforme a los usos mercantiles o existe un vínculo natural entre los dos productos de que se trate, dicha venta puede sin embargo constituir un abuso a efectos del artículo 86, salvo si resulta objetivamente justificada”*. Por tanto, no sería suficiente que, en el caso de existir una venta empaquetada ilícita, se estuvieran comercializando productos similares en el mercado.

---

<sup>1</sup> Véase Asunto C-3/37.792.

<sup>2</sup> Véase Asunto C 333/94.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II.1.1 Existencia de mercados separados

En primer lugar, cabe señalar que el mercado el cual TESAU pretende dinamizar con el lanzamiento de esta promoción es el mercado de acceso.

No obstante, la promoción consistente en el descuento del 100% de los primeros 120 minutos en las llamadas metropolitanas afecta a otro mercado, esto es, el mercado del servicio telefónico desde ubicación fija.

Esta Comisión, en su Resolución de 22 de julio de 2004<sup>3</sup>, estableció que debían considerarse los mercados de acceso y de tráfico como independientes dado que *“la falta del mencionado acceso o la provisión restringida de dicho acceso supone para el cliente la imposibilidad de acceder al servicio telefónico fijo, consistiendo un mercado claramente diferenciado en tanto que no existen alternativas para los clientes”*. Así, no se encuentra para el presente caso sustituibilidad de la demanda con otros servicios distintos que satisfagan la misma necesidad específica del cliente, siendo precisamente en el acceso donde la competencia tiene mayores dificultades para establecerse sin que pueda considerarse que los usuarios dispongan por el momento de alternativa sustitutiva real y válida.

En resumen, la promoción afecta a dos mercados claramente diferenciados, el mercado de acceso y el mercado de servicio de tráfico telefónico.

### II.1.2 Dominancia en el mercado del producto que se empaqueta

El mercado de acceso, se ha caracterizado en los últimos años por el estancamiento. La tecnología predominante continúa siendo la de las redes telefónicas tradicionales, si bien el número de accesos comercializados por los operadores de cable ha seguido aumentando durante 2003, concretamente en torno al 30 por 100. El número de clientes de estos operadores ha ascendido aproximadamente a 1,5 millones, lo que representa casi el 11 por 100 del total de clientes de acceso directo.

En este contexto, TESAU mantiene una cuota de mercado elevada, superior al 93% en términos de ingresos y al 88% por clientes, como refleja la Tabla II.1.1.

---

<sup>3</sup> Resolución relativa al producto nueva Línea Hogar de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tabla II.1.1 Cuotas de mercado por clientes e ingresos

	2000		2001		2002		2003	
	Ingresos	Clientes	Ingresos	Clientes	Ingresos	Clientes	Ingresos	Clientes
Telefónica de España	99,13%	98,62%	97,79%	94,63%	95,18%	91,64%	93,43%	88,97%

Fuente: Datos del documento de análisis del servicio minorista de acceso directo a la red telefónica pública desde una ubicación fija, CMT.

Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado elevadas (superiores al 50%) atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante<sup>4</sup>.

Adicionalmente, puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene una posición dominante si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo<sup>5</sup>. La evolución de la cuota de mercado de TESAU a lo largo de los últimos años, si bien muestra un descenso, es claramente superior al umbral del 50% establecido por la jurisprudencia europea.

El análisis de otros criterios utilizados por las autoridades de competencia para medir la capacidad de una empresa para comportarse en medida apreciable con independencia de sus competidores, clientes y consumidores, no cambia de forma sensible las conclusiones anteriores. Así, la envergadura global de la empresa es importante, el poder compensatorio de la demanda es bajo o inexistente, TESAU tiene acceso privilegiado a los mercados de capital, cuenta con importantes economías de escala y alcance y es un operador verticalmente integrado, contando entre sus activos mayoristas con una red de acceso no reproducible fácilmente.

Por todo lo anterior, debe concluirse que TESAU es un operador dominante en el mercado de acceso desde ubicación fija.

### II.1.3 Posibilidad de contratación por separado del producto empaquetado

Una de las circunstancias para considerar un empaquetamiento de ilícito o anticompetitivo es que la empresa dominante no ofrezca la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete. Este no es el caso de la promoción que se propone, que sí permite comprar el acceso separadamente del tráfico telefónico.

---

<sup>4</sup> Asunto C-62/86, AKZO contra la Comisión.

<sup>5</sup> Asunto Hoffmann-La Roche contra la Comisión.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, en el caso Tetra Laval<sup>6</sup>, el Tribunal de Europeo de Justicia consideró que la extensión de la posición de dominio puede realizarse mediante dos tipos de prácticas: primero, mediante la venta empaquetada de los productos afectados y comercializados por la empresa dominante. Segundo, ofreciendo incentivos, tales como precios predatorios, guerras de precios o descuentos fidelizadores. Los últimos serían constitutivos de abuso de posición dado que no están justificados de forma objetiva.

En este caso, TESAU estaría extendiendo su posición de dominio en el mercado de acceso y en el mercado de tráfico mediante incentivos, con descuentos tan atractivos para el cliente final que provoca, de facto, que el cliente nunca considere la posibilidad de contratar el producto empaquetado por separado.

### II.1.4 Cierre de la competencia en el mercado debido a la comercialización de la oferta empaquetada

La promoción de TESAU, permitiría al beneficiario realizar los 120 minutos de todas las llamadas metropolitanas de forma gratuita, con el pago únicamente de la cuota mensual de la línea telefónica. En este sentido, hay que señalar que el análisis a realizar debe diferenciar claramente lo que es el pago por el servicio de acceso y lo que es el pago por el servicio de tráfico, dado que son dos mercados claramente diferenciados. Los costes por la prestación del servicio telefónico deben ser asignados exclusivamente al servicio de tráfico telefónico, nunca al servicio de acceso. En caso contrario, se estaría permitiendo la existencia de subvenciones cruzadas y que el mercado de tráfico telefónico no fuera concursable por terceros.

Por lo tanto, lo importante, es comprobar si un operador que solo ofrece servicios en el mercado de tráfico telefónico es capaz de emular o replicar la promoción de TESAU. Dado que hoy en día, el empaquetamiento de acceso y servicio telefónico por parte de un operador alternativo sin red de acceso solo sería posible mediante la desagregación del bucle, parece que no resulta fácilmente emulable el paquete que ofrece TESAU por parte de los operadores alternativos. En este sentido, cabe decir que los bucles totalmente desagregados suponen una proporción reducida del total de accesos en servicio (a noviembre de 2004 se contabilizaron en 70.836 bucles totalmente desagregados sobre un total de más de 17 millones de accesos instalados), circunstancia ésta que no parece probable que vaya a cambiar en un futuro inmediato.

---

<sup>6</sup> Párrafo 217-218, Asunto T-5/02, Tetra Laval contra Comisión.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, ni el más eficiente de los operadores alternativos podría replicar esta oferta, dado que se requiere de los ingresos obtenidos en el mercado de acceso, claramente controlado por TESAU, para obtener beneficios positivos de su comercialización. De esta forma, para cualquier operador alternativo, el intentar emular los descuentos en llamadas metropolitanas de TESAU, implica necesariamente incurrir en pérdidas, que difícilmente podrían recuperar en un futuro, visto la evolución decreciente de la demanda y, sobre todo, la reducción de los ingresos.

Ahora bien, dada la madurez del mercado de acceso y la debilidad en la demanda de nuevas líneas, no parece que el número de nuevos clientes que vayan a acogerse a la promoción vaya a ser muy significativa. No obstante, las pérdidas asumidas por TESAU de todos los nuevos clientes adheridas a la promoción, acumuladas durante más de 10 meses pueden resultar considerables.

La promoción propuesta por TESAU es, por tanto, contraria a la competencia, puesto que produce un estrechamiento de márgenes en el servicio telefónico al ofrecer servicios de tráfico telefónicos por debajo de costes, con el consiguiente peligro de “cierre de mercado” o expulsión de operadores alternativos (sobre todo los de acceso indirecto), que verían como pierden clientes ante la incapacidad de emular y de competir con la oferta de TESAU.

En conclusión, se ha constatado que en la propuesta de TESAU concurren las circunstancias necesarias para englobarla en un caso de empaquetamiento ilícito:

- Existencia de dos mercados separados: el mercado de acceso telefónico desde ubicación fija y el mercado de tráfico telefónico desde ubicación fija.
- TESAU es claramente dominante en el mercado de acceso telefónico desde ubicación fija.
- La promoción de TESAU es tan atractiva que ningún cliente compraría por separado los productos ofrecidos.
- El empaquetamiento cierra el mercado a la competencia.

Una promoción que en principio puede resultar beneficioso para el consumidor, en el largo plazo se podría volver perjudicial, pues con el cierre de mercado y la consiguiente desaparición de operadores de tráfico telefónico y por tanto de ofertas y posibilidad de elección para el consumidor, desaparecerían también





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las fuerzas competitivas que disciplinan el comportamiento del operador dominante.

En consecuencia, se propone la adopción de medidas cautelares para impedir la comercialización de la promoción propuesta por parte de TESAU, visto los serios problemas que para la competencia presenta.

### ***II.2 Necesidad y urgencia de la medida***

Las medidas cautelares aprobadas en la presente resolución son necesarias y urgentes para asegurar la eficacia de la resolución definitiva que se adopte en el procedimiento en el cual se enmarcan, existiendo elementos de juicio suficientes para ello, tal y como ya se ha expresado, y según exige el artículo 72 de la LRJPAC y 31 del RCMT.

En efecto, la adopción de las presentes medidas resulta necesaria para la salvaguardia de la competencia. La oferta empaquetada de TESAU no es replicable dado que actualmente los bucles totalmente desagregados no están lo suficientemente implementados, mientras que es claro que no se puede emular los descuentos de TESAU en las llamadas metropolitanas al ofrecerse el servicio a precio medio cero.

Asimismo, permitir el lanzamiento de la oferta significaría permitir a TESAU lanzar ofertas similares en el futuro. En estas circunstancias, el daño que puede sufrir la competencia en el mercado de servicios tráfico telefónico se vería muy incrementado, sobre todo si se considera el gran potencial comercial de TESAU, que le puede permitir conseguir un número significativo de clientes en ese periodo más prolongado. En este caso, el efecto de “cierre de mercado” para los operadores alternativos se vería claramente incrementada.

Así las cosas, es evidente la necesidad y urgencia inaplazable de las medidas que aquí se establecen, a fin de garantizar que el efecto de la resolución que se dicte finalmente no quede mermado en lo referente a los mercados analizados.

### ***II.3 Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes***

La adopción de esta medida cautelar no supone para TESAU un perjuicio de imposible o difícil reparación a tenor del periodo promocional limitado (desde el 26 de enero al 14 de febrero) y de la evolución de la demanda de los servicios de acceso.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esto es, al ser la promoción limitada en el tiempo y en un mercado con escaso crecimiento, el número de clientes nuevos que contraten una línea debido a la promoción no será muy elevado, por lo que el perjuicio que supone para TESAU no implica una merma en su capacidad de competir, dado que posee todavía una clarísima posición de dominio en el mercado de acceso. En contraposición, dejar que TESAU aplicara la promoción supondría serios perjuicios para aquellos operadores alternativos de servicios de tráfico telefónico dado que no serían capaz de emular la oferta de TESAU en sus descuentos de llamadas metropolitanas.

De este modo, la paralización temporal de las promociones objeto de estudio no supondrá una merma en la capacidad de competir de TESAU ni un perjuicio irrecuperable para TESAU.

En razón de las consideraciones de Hecho y de Derecho esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

### ACUERDA

**Primero.** La promoción propuesta por TESAU consistente en un descuento del 100% del importe de los 120 primeros minutos de las llamadas metropolitanas para los nuevos clientes que contraten una línea individual RTB o Acceso Básico RDSI suponen un abaratamiento sobre producto del cual esta Comisión no ha podido constatar su emulabilidad por parte de los operadores alternativos.

**Segundo.** Se impone a TESAU, en sede cautelar, la paralización de la aplicación del descuento del 100% del importe de las llamadas metropolitanas con una duración máxima de 120 minutos (incluido el establecimiento de la llamada) para los clientes nuevos que contraten una Línea Individual RTB o un Acceso Básico RDSI, con el fin de poder determinar si se está ante una situación de estrechamiento de márgenes y su efecto negativo sobre la competencia.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real