



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión núm. 41/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de noviembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa relativo a la denuncia de France Telecom España, S.A. sobre determinadas ofertas de banda ancha de TESAU (AEM 2012/1918).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de denuncia de France Telecom España, S.A. sobre una oferta de banda ancha de Telefónica de España, S.A.U.

Con fecha 24 de agosto de 2012 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, FTES) por el que denuncia la existencia de prácticas contrarias a la regulación vigente en la comercialización de diversas ofertas de Telefónica de España, S.A. (en adelante, TESAU). En concreto, FTES se refiere a la oferta relativa a la fijación de una cuota mensual de 19,90 euros, con carácter indefinido, para los clientes del *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb* cuando el cliente lo es a su vez de Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME). Igualmente se hace referencia a la rebaja a 19,90 de la cuota mensual del *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb*, únicamente durante los 12 primeros meses de contratación, aplicables a aquellos clientes que no tengan contratado el servicio móvil con TME.

Por otro lado, FTES denuncia la aplicación de un descuento adicional del 20% compatible con las promociones anteriores y que se extendería a la cuota de línea de acceso RTB. Para justificar la aplicación de este descuento adicional, FTES adjunta a su escrito de denuncia la grabación de una llamada de unos de sus clientes al Servicio de Atención al Cliente del operador.

A través del escrito presentado, FTES solicita a la CMT que paralice la comercialización de las promociones que rebajan durante doce meses el *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb* a los clientes



sin contrato móvil, así como el supuesto descuento adicional y acumulable del 20% sobre el servicio de banda ancha y la línea de acceso RTB, instando asimismo a la CMT a que proceda a la reducción de los precios mayoristas de acceso indirecto al bucle, en sus modalidades GigADSL y ADSL-IP.

SEGUNDO.- Apertura del periodo de información previa

A la vista del escrito y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 7 de septiembre de 2012 se dispuso la apertura de un periodo de información previa (AEM 2012/1918) a fin de conocer las circunstancias del caso concreto y determinar si TESAU ha incumplido las obligaciones a las que está sujeta en virtud de las Resoluciones dictadas a estos efectos por la CMT, incluyendo la metodología de análisis ex ante de ofertas comerciales de TESAU (MTZ 2006/1486).

TERCERO.- Escrito de alegaciones a la denuncia de FTES de TESAU

Con fecha 21 de septiembre de 2012, TESAU presentó un escrito a esta Comisión respondiendo la denuncia presentada por FTES. En dicho escrito, el operador exponía que todas las ofertas que son comercializadas han sido previamente comunicadas a la CMT garantizándose de esta forma la replicabilidad de las mismas.

CUARTO.- Segundo escrito de FTES

Con fecha 10 de octubre de 2012 FTES amplió la información aportada en el primer escrito y presentó en el registro de esta Comisión una nueva grabación de una conversación de un cliente en la cual se le oferta una promoción diferente a la recogida en la primera grabación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), *“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 y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Por su parte, el artículo 48.4 de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función:



“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.”

En uso de la habilitación competencial citada, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) aprobó con fecha 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626) la definición y el análisis del mercado de acceso al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Mercados 4 y 5 de la Recomendación de la CE de 2007). En dicha Resolución, tras definir y analizar el citado mercado, se concluyó que no es realmente competitivo y se identificó una vez más a TESAU como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndosele las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentra la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha (con velocidad nominal hasta 30 Mbit/s) a todos los operadores.

Asimismo, se impuso a TESAU la prohibición de realizar prácticas anticompetitivas señalándose que *“la CMT realizará el análisis de las eventuales prácticas anticompetitivas anteriores de acuerdo con los procedimientos de valoración propios de la intervención ex ante que las ANR tienen atribuidos. En particular, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones”*.

Por otro lado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene atribuida, de conformidad con el artículo 48.4.e) de la LGTel, la competencia para *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, 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 servicios”*.

II DESCUENTOS QUE REBAJAN A 19,90 EUROS LA CUOTA MENSUAL DE LOS DÚOS 10Mb/Hasta 10Mb

II.1 Sobre la replicabilidad de la oferta

Como se ha mencionado, FTES denuncia la falta de replicabilidad de la oferta que rebaja la cuota mensual del *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb* a 19,90 euros. La cuota mensual rebajada resulta aplicable únicamente durante los 12 primeros meses de contratación del producto, salvo en el caso de clientes con Contrato Móvil de TME, que disfrutan de la cuota mensual de 19,90 euros mensuales con carácter indefinido. A estas cantidades habría que añadir los 13,97 euros correspondientes a la cuota de línea de acceso RTB, que también sería abonada por el cliente.

Para justificar la presunta irreplicabilidad de la oferta, FTES parte de los VAN que figuran en la Resolución de esta Comisión dictada el 21 de diciembre de 2011 y elimina el efecto de la promoción que regala el módem router y las cuotas de alta de la línea RTB y del servicio de banda ancha. El operador determina un VAN residual de 11,37 euros para el *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb* con Contrato Móvil Movistar y de 78,86 euros para la modalidad general



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb*¹. Este último VAN residual resulta insuficiente para ofrecer una rebaja de 10 euros en la cuota mensual durante 12 meses.

De acuerdo a las estimaciones anteriores FTES concluye que, en el caso de la modalidad general *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb*, TESAU estaría incurriendo en márgenes negativos durante el primer año de contratación. A este respecto FTES considera inaceptable *“la compensación de márgenes negativos durante el primer año que dura el compromiso de permanencia con hipótesis de ingresos en el segundo año que nada tiene que ver con la realidad de las ofertas y las promociones que vienen a ofrecer precios siempre inferiores a los nominales”*.

Esta Comisión no comparte la apreciación de FTES. En el momento de captación del cliente, los operadores que compiten en el mercado minorista de banda ancha habitualmente subvencionan el equipamiento o rebajan la cuota mensual durante los primeros meses de contratación del servicio. Para que el servicio de banda ancha resulte rentable al operador, esta inversión inicial ha de ser recuperada a lo largo del periodo de permanencia del cliente. La propia FTES rebaja la cuota mensual de su servicio de banda ancha a 13,95 euros mensuales durante los 12 primeros meses, para luego pasar a ser 25,95 euros. Asimismo, en el momento de la contratación, el cliente de banda ancha de FTES se beneficia de la gratuidad tanto de la cuota de alta como del router.

Este planteamiento es el que justifica la adopción del método de flujos de caja descontados utilizado en los análisis de replicabilidad. De esta manera, en Resolución de 26 de julio de 2007 se establece que el método de flujos de caja descontados empleado por la CMT en los análisis de replicabilidad tiene como objeto *“reproducir de la manera más adecuada posible la dinámica que siguen las compañías para valorar la viabilidad económica y comercial del lanzamiento de un producto o servicio concreto. Por tanto, se considera que la inversión intangible que supone un nuevo producto o servicio lanzado al mercado, básicamente constituye un proceso de acumulación de capital con la esperanza de obtener unos beneficios futuros”*.

A partir de los criterios establecidos en la metodología, esta Comisión realiza un seguimiento exhaustivo de los ingresos y costes asociados a cada producto de TESAU a lo largo de todo el horizonte temporal de permanencia de sus clientes, atendiendo a: (i) los precios nominales de los productos (ii) las promociones de captación de nuevos clientes (iii) las promociones de retención y fidelización de clientes en planta. A este respecto, cabe recordar que las promociones dirigidas a clientes en planta son comunicadas por TESAU y analizadas por los Servicios de esta Comisión teniendo en cuenta la existencia de una promoción de captación previa, según se detalla en la Resolución de 1 de octubre de 2009². Por tanto, los análisis de replicabilidad que lleva a cabo esta Comisión se enmarca en la realidad de mercado a la que hace referencia FTES.

¹ En la Resolución AEM 2011/896, de revisión de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU se determinó agrupar aquellos productos del catálogo de TESAU que ofrecen las mismas prestaciones a diferentes precios con el fin de evitar comportamientos estratégicos del operador. En consecuencia, el análisis del *Dúo 10Mb* se asimila al del *Dúo hasta 10Mb*.

² Resolución sobre la actualización de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (AEM 2009/1106).



Según se establece en la más reciente actualización de la metodología³, el VAN de la modalidad general del *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb* es de 362,66 euros, por lo que esta Comisión lo considera económicamente emulable por un operador alternativo. En cuanto a la promoción para nuevos clientes consistente en la reducción de las 12 primeras cuotas de este servicio a 19,90 euros, su coste es de 260,09 euros⁴, inferior al límite promocional.

Por su parte, el VAN del *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb* para clientes con *Contrato Móvil* asciende a 373,74 euros, por lo que su comercialización es compatible con las exigencias de la metodología.

II.2 Sobre la presunta vulneración del principio de no discriminación en el mercado mayorista de acceso indirecto como consecuencia de la oferta

FTES sostiene que la rebaja de la cuota mensual del *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb* constituye una reducción de los márgenes de su servicio minorista de banda ancha, hasta el punto que el margen que obtiene por la comercialización de su servicio minorista de banda ancha es inferior al margen que obtiene por la comercialización del servicio mayorista de acceso indirecto⁵. En opinión del operador denunciante, esta circunstancia supone *“la vulneración del principio de no discriminación impuesta a Telefónica en el ámbito del mercado 5”*. Para corregir la situación descrita, FTES solicita que se reduzcan de manera cautelara los precios de acceso indirecto en un 10%.

En relación con esta alegación de FTES es preciso recordar las obligaciones impuestas a TESAU en el marco de los análisis de los mercados 4 y 5 en relación con los precios mayoristas y su relación con los minoristas. De acuerdo con el Anexo 3 de la citada Resolución de 22 de enero de 2009, TESAU debe *“ofrecer sus servicios mayoristas de banda ancha a precios orientados a los costes de producción”*. Por otra parte, las reducciones de precios anticompetitivas (estrechamiento de márgenes o precios predatorios) quedan prohibidas de acuerdo con el punto 1.b) de dicho Anexo.

Además, esta Comisión impuso a TESAU la obligación de no discriminación que, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Directiva de Acceso⁶ supone que *“[l]as obligaciones de no discriminación garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”*.

Esta Comisión considera que la obligación de no discriminación debe considerarse de forma conjunta con el resto de medidas impuestas de forma que su conjunto sea consistente. Así,

³ Resolución de 26 de abril de 2012, por la que se actualizan determinados parámetros de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (AEM 2012/469).

⁴ Este coste es el resultado de regalar la cuota de alta del RTB (83,53 euros), el alta en el servicio de Banda Ancha (38,10 euros), el módem Router (18,46 euros) y el descuento en la cuota de 10 euros durante 12 meses (120 euros).

⁵ FTES estima el margen del *Dúo 10Mb/Hasta 10Mb* de TESAU a partir del ingreso medio del servicio de banda ancha que figura en el Informe Anual 2010 de la CMT y de los datos de la contabilidad de TESAU. Para estimar el margen del servicio mayorista, FTES compara la información procedente de la contabilidad de costes de TESAU con los precios de los servicios mayoristas de acceso indirecto GigADSL en sus modalidades N y E.



por una parte, los márgenes que TESAU obtiene en los servicios mayoristas queda fijado por las decisiones de esta Comisión en relación a los precios mayoristas incluidos en el mercado 5 en aplicación de la obligación de orientación a costes. Por otra parte, los precios minoristas vienen fijados por la libre competencia en el nivel minorista dado que no es un mercado regulado. Sin embargo, dado el nivel de precios adoptado por TESAU, esta Comisión analiza si un operador alternativo eficiente que utilice los servicios mayoristas regulados tendría margen suficiente para competir.

En definitiva, esta Comisión considera que los niveles de márgenes obtenidos por TESAU a nivel minorista serán el resultado de la presión competitiva que afronte, dado que será ésta la que obligue al operador a reducir los precios de sus clientes finales. Por el contrario, es esta Comisión la que determina los márgenes mayoristas. En la medida en que las reducciones minoristas sean compatibles con el test de estrechamiento de márgenes determinados por esta Comisión en la Metodología, como es este el caso, no puede concluirse que el libre juego competitivo sea contrario al principio de no discriminación, dado que limitaría de forma injustificada su capacidad de competir en beneficio de los usuarios finales.

III PROMOCIONES ADICIONALES OFRECIDAS POR EL CANAL TELEVENTA

En su escrito, FTES denuncia que a través del canal de televenta, TESAU estaría ofreciendo las promociones publicadas en su página web (y que son objeto de análisis en el actual expediente), con un descuento adicional del 20% sobre los importes de la cuota de acceso y ADSL, durante el primer año.

Para acreditar esta práctica, FTES aporta dos grabaciones de conversaciones mantenidas entre clientes de FTES y su Servicio de Atención al Cliente (departamento de gestiones especiales), y donde los usuarios indican que ha recibido mejores condiciones comerciales por parte de TESAU, lo que motiva su decisión de permanecer con TESAU o migrarse a dicho operador.

La oferta denunciada por FTES no ha sido notificada a la CMT, ni está disponible a través de la página web de TESAU. En su escrito de contestación a la denuncia de FTES, TESAU desmiente sin embargo que los canales de televenta de este operador tengan disponibles la oferta mencionada, en virtud de la cual se efectuaría un descuento adicional del 20% sobre la oferta analizada en este procedimiento. Según afirma TESAU, *“no existe ni ha existido ninguna promoción en su catálogo comercial que cumpla con las características de la denunciada. En ningún caso además, ha podido ser aplicada por TESAU, ya que en sus sistemas comerciales corporativos no ha habido ni ha sido posible efectuar una parametrización de la misma que hubiese permitido su contratación”*.

A este respecto, es preciso concluir que la información aportada por FTES se revela insuficiente como para considerar que existen indicios que acrediten la existencia de la práctica denunciada. En particular, debe tomarse en consideración que las grabaciones aportadas por FTES se refieren a dos únicas instancias, donde los clientes de FTES mantienen una conversación telefónica con el departamento comercial de este mismo agente – y no de TESAU – relativa a la supuesta existencia de una oferta efectuada a través del canal de televenta de TESAU.

Es decir, la grabación de voz se produce entre un usuario y el operador denunciante, por lo que el usuario ha podido omitir (o haber añadido) cierta información en aras de conseguir la mejor oferta disponible del operador con el que tiene contratado el servicio (FTES). A mayor abundamiento, a partir de la información facilitada, no ha podido determinarse el contexto en el que en teoría se produjeron las llamadas y mejores ofertas de TESAU, ni tan siquiera si



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dichas llamadas por parte de TESAU se han llevado efectivamente a cabo. Es más, una de las dos grabaciones aportadas por FTES hace referencia a la existencia de una mejor oferta por parte de TESAU, sin que sin embargo las condiciones expuestas en la conversación aportada a la CMT sean equivalentes a las condiciones que son objeto de denuncia por parte de FTES en el marco de este expediente⁷.

Dadas estas consideraciones, procede desestimar las alegaciones de FTES relativas a la supuesta existencia de una oferta no notificada a la CMT, y proceder al archivo del expediente en relación con esta cuestión.

En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, el Consejo de la Comisión del Mercado las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO.- Proceder al archivo del expediente en relación a la denuncia de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., relativa a las ofertas de banda ancha de TESAU, y declarar concluso el periodo de información previa de referencia.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra el presente acto 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 48.12 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.

⁷ En la conversación con el departamento de atención al cliente de FTES, el usuario se refiere a la existencia de una oferta de TESAU en virtud de la cual **CONFIDENCIAL** [].



**Anexo I: Análisis de replicabilidad de los productos
[Confidencial]**