



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. 43/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de diciembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa relativa a la denuncia de France Telecom España, S.A. relativa a la oferta de banda ancha de TESAU para sus clientes de móvil (AEM 2011/2639).

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 25 de noviembre de 2011 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 una oferta de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU). La oferta recae sobre el *Dúo ADSL 10Mb*, que ve rebajada su cuota mensual a 19,90 euros de manera definitiva siempre que el cliente que la contrate lo sea a su vez del servicio de telefonía móvil de Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME). A través del escrito presentado, FTES solicita a la CMT que paralice su comercialización.

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 13 de diciembre de 2011 se dispuso la apertura de un periodo de información previa (AEM 2011/2639) 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 la metodología de análisis ex ante de ofertas comerciales de TESAU (MTZ 2006/1486).



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 DENUNCIA PLANTEADA POR FTES

II.1 Descripción de la oferta

FTES denuncia la oferta del *Dúo Hasta 10Mb* de TESAU dirigida a los clientes que tengan contratado el servicio de telefonía móvil de TME. Como se ha mencionado, la oferta consiste en una rebaja de la cuota mensual a 19,90 euros de manera permanente, más la exención de la cuota de alta del servicio y la gratuidad del módem-router. A esta cantidad habría que añadir los 13,97 euros correspondientes a la cuota de línea de acceso RTB, que también sería abonada por el cliente.

En caso de no contar con servicios de telefonía móvil de TME, la cuota de 19,90 euros mensuales se mantiene únicamente durante los 6 primeros meses de contratación, para pasar posteriormente al precio nominal de la modalidad de banda ancha correspondiente (29,90 euros mensuales para la modalidad *Dúo ADSL Hasta 10Mb*).

II.2 Consideraciones de FTES

FTES denuncia el carácter anticompetitivo que, en su opinión, presenta la oferta anterior. De acuerdo con este operador, una cuota definitiva de 19,90 euros mensuales genera a TESAU unos ingresos que se sitúan por debajo de los costes que afronta el propio incumbente, de manera que el margen obtenido sería negativo y TESAU incurriría en una “*práctica predatoria*”. FTES realiza sus estimaciones apoyándose en los ingresos medios del servicio de banda ancha publicados por esta Comisión en su Informe Anual 2009 y en los márgenes corrientes procedentes de la contabilidad de costes de TESAU correspondientes a ese mismo año.

Por otro lado, el operador denunciante considera el margen que obtiene TESAU por la prestación del servicio minorista – el estimado por FTES conforme a las consideraciones anteriores – es menor que el margen que le reportan los servicios mayoristas correspondientes. FTES sostiene que esta circunstancia constituye una “*discriminación abusiva de precios*” entre los clientes mayoristas y minoristas de TESAU.

Amparándose en los argumentos anteriores, FTES solicita a esta Comisión, en primer lugar, la paralización de la oferta denunciada y, en segundo lugar, la adopción de medidas cautelares para la modificación inmediata de los precios mayoristas de acceso indirecto.

III ANÁLISIS DE LA DENUNCIA DE FTES

III.1 Comunicación de la oferta a esta Comisión.

Los empaquetamientos de servicios de acceso a Internet de banda ancha que incluyen el servicio de telefonía móvil de TME (en adelante, paquetes *con Contrato Móvil*) fueron comunicados a esta Comisión el día 17 de julio de 2011. Estos paquetes veían reducida su cuota mensual en una cantidad de entre 5 y 16 euros con respecto a la cuota de la modalidad de banda ancha equivalente pero sin el servicio de telefonía móvil. En el caso concreto del *Dúo Hasta 10Mb con Contrato Móvil*, el precio del empaquetamiento es de 19,90 euros mensuales.

El *Dúo Hasta 10Mb con Contrato Móvil* se enmarca en la tendencia observada entre los principales operadores de banda ancha, incluida la propia Orange, consistente en rebajar la cuota mensual de manera permanente para aquellos clientes que tengan contratado con



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ellos el servicio de telefonía móvil. El siguiente cuadro muestra las principales ofertas de los operadores de banda ancha vigentes a diciembre de 2011.

| Operador | Velocidad máxima de descarga | Cuota banda ancha general | Cuota de alta para clientes de móvil | Precio de línea de acceso RTB (adicionales a la cuota de banda ancha) | Tarifas de voz móvil compatibles con la oferta |
|---------------------------------|------------------------------|---------------------------|--------------------------------------|---|--|
| Vodafone ADSL Máxima Velocidad. | 20 Mb | 24,9 €/mes | 14,90€/mes | 15,00 €/mes | Todas, excepto la tarifa XS |
| Orange ADSL máxima velocidad | 20 Mb | 25,95 €/mes | 15,95€/mes | 15,00 €/mes | Todas aquellas con una cuota mensual superior a 20 €/mes |
| Movistar ADSL hasta 10 Mb | 10 Mb | 29,90 €/mes | 19,90€/mes | 13,97 €/mes | Todas las tarifas de postpago |

Por otro lado, TESAU también se dirige a clientes que no tienen contratados los servicios de voz móvil de TME (esto es, clientes sin *Contrato Móvil*). En este caso, TESAU promociona el *Dúo Hasta 10Mb* ofreciendo una rebaja a 19,90 euros en las seis primeras cuotas mensuales, en lugar de los 29,90 que constan como precio del empaquetamiento cuando no se incluye el servicio de telefonía móvil. Tal promoción fue también comunicada a la CMT con fecha 8 de noviembre de 2011, en el marco de la obligación de comunicación ex ante de ofertas y promociones a la que está sometida TESAU.

III.2 Replicabilidad del *Dúo Hasta 10Mb con Contrato Móvil*

En la revisión de la metodología aprobada mediante Resolución de 1 de octubre de 2009, esta Comisión determinó que las ofertas empaquetadas que incluyen servicios de telefonía y/o banda ancha móvil junto a servicios de banda ancha presentaban un grado de competencia generalizada, de manera que cabía concluir la suficiencia de un test de replicabilidad conjunta a la hora de analizarlo conforme a la metodología.

De manera más específica, la Resolución de 3 de marzo de 2011¹ abordó el tratamiento regulatorio de los servicios prestados sobre redes de telefonía móvil cuando éstos están incluidos en empaquetamientos de servicios de acceso telefónico fijo o de aquéllos que requieren de los servicios mayoristas incluidos en los mercados 4 y 5. El *Dúo Hasta 10Mb con Contrato Movistar* encuentra correspondencia con los empaquetamientos que fueron objeto de estudio en la citada Resolución, de manera que resultan aplicables sus previsiones.

¹ Resolución relativa a la denuncia interpuesta por Jazztel contra Vodafone por el lanzamiento de su oferta "Vodafone ADSL 6 Mb + tarifa plana + router Wifi + Módem USB" (AEM 2010/1191).



Consecuentemente, el análisis de emulabilidad efectuado utiliza un test de replicabilidad conjunta de los diferentes servicios que integran el paquete (es decir, voz fija, banda ancha sobre red fija, voz móvil y banda ancha móvil), de forma que se consideran tanto los ingresos generados por la totalidad de los servicios incluidos como sus correspondientes costes. En lo que respecta a los costes imputables a los servicios prestados por TME, se utilizan como referencia, de forma consistente con la citada Resolución, las condiciones económicas más desfavorables de entre los contratos mayoristas suscritos por este operador con sus operadores móviles virtuales completos (OMVC)².

El Anexo I detalla el cálculo relativo a la emulabilidad del *Dúo 10Mb con Contrato Móvil*, que establece un VAN de 155,15 euros para este empaquetamiento. Dado que el VAN resulta positivo, de acuerdo a la metodología el *Dúo 10Mb con Contrato Móvil* se considera económicamente replicable por un operador alternativo que recurra a los servicios mayoristas necesarios. Los cálculos realizados incorporan, además de los aspectos ya señalados, los criterios y parámetros actualizados en la Resolución de 3 de noviembre de 2011 (AEM 2011/896)³.

Como apunte adicional cabe señalar que el límite promocional es suficiente para que TESAU pueda ofrecer, en su caso, el alta en el servicio de banda ancha y en el servicio de acceso RTB, así como la gratuidad del módem router.

III.3 Replicabilidad de la promoción sobre *Dúo Hasta 10Mb sin contrato móvil*

La Resolución de 3 de noviembre de 2011 establece un VAN para *Dúo Hasta 10Mb –sin Contrato Móvil–* de 342,96 euros. La oferta de captación se valora en 202,05 euros⁴, cantidad ésta que se sitúa por debajo del VAN. En consecuencia, tanto el paquete como la promoción que recae sobre el mismo resultarían replicables para un operador alternativo que recurriera a los servicios mayoristas de TESAU.

III.4 Consideraciones adicionales

En primer lugar, el hecho de que los productos analizados superen el test de replicabilidad de la metodología garantiza, de por sí, su carácter no predatorio. No obstante, dejando a un lado la valoración que se pudiera realizar sobre el análisis de márgenes que realiza FTES – por ejemplo, en lo relativo al servicio mayorista de referencia⁵–, es preciso resaltar que los paquetes denunciados integran servicios de tráfico de voz fija y móvil. Estos servicios no son

² De acuerdo con la citada Resolución de 3 de marzo de 2011, el precio mayorista de referencia (OMVC u operadores revendedores) debía decidirse en función del servicio minorista que pretendiera replicarse. En relación con el caso particular aquí analizado son perfectamente aplicables las consideraciones incluidas en dicha Resolución: "(...), en el caso particular la oferta denunciada por Jazztel es, como se ha dicho, una oferta convergente. Esto es, el consumidor potencial de la misma demanda tanto servicios de telefonía fija y móvil como el acceso fijo a Internet de banda ancha. Un operador que pretenda ofrecer este amplio rango de servicios deberá contar con un desarrollo de red suficiente para ello. Actualmente únicamente los operadores de cable o aquéllos que están accediendo a los servicios mayoristas de acceso desagregado al bucle o de banda ancha son capaces de configurar dichas ofertas convergentes".

³ Resolución por la que se revisa la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (AEM 2011/896).

⁴ Esta cantidad resulta de agregar el descuento mensual en el servicio de banda ancha, el alta del servicio de acceso RTB, el alta en el servicio de banda ancha de TESAU y la gratuidad del módem router.

⁵ A propósito del servicios mayorista de referencia y el uso de un mix de servicios mayoristas, no cabe sino remitirse a la Resolución de 22 de mayo de 2008, por la que se actualizan determinados parámetros de la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de TESAU (AEM 2008/215).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

considerados por el operador denunciante en su estimación, a pesar de que generan a TESAU unos márgenes positivos que resultan determinantes a la hora de poder extraer conclusiones relativas a la replicabilidad de los paquetes. La omisión de estos elementos invalidaría las conclusiones que en las que se basa la denuncia.

En cuanto a la discriminación abusiva también apuntada por FTES, ésta se fundamenta en la estimación de FTES del margen que, como se ha visto, resulta incompleta. No cabe, por tanto, entrar a valorar cuestiones de fondo al respecto.

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 la oferta de banda ancha de TESAU para sus clientes de móvil, 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, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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.



Anexo I: Análisis de replicabilidad de los productos

[CONFIDENCIAL]