



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de julio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS POSIBLES DESCUENTOS ENCUBIERTOS POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN LA CAMPAÑA “FACTURA CERO”.

(OM 2002/6641)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 17 de abril de 2002 se recibió escrito del Ministerio de Ciencia y Tecnología poniendo en conocimiento de esta Comisión la falta de aprobación, por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de la nueva oferta de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), “Factura Cero”. Mediante esta oferta, determinados abonados al servicio telefónico pueden obtener facturas gratis por la prestación de dicho servicio.

Segundo.- De conformidad con el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC), y mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 24 de abril de 2002, se procedió a abrir un periodo de información previa con el fin de esclarecer si TESAU incumple la normativa de precios vigentes al lanzar su promoción “Factura Cero” y de determinar la conveniencia o no de iniciar un procedimiento administrativo.

Tercero.- En el marco del período de información previa, y acogiéndose a su habilitación competencial así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, precepto que faculta a la Comisión para: *“recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, que estarán obligados a suministrarla”*, mediante escrito notificado el 25 de abril de 2002, se procedió a solicitar de TESAU la remisión de la siguiente información:

- *“Copia de las Bases del concurso “Factura Cero”.*
- *Copia de los anuncios de la campaña publicitaria de dicho concurso.*
- *Finalidad del concurso “Factura Cero”.*

Cuarto.- Con fecha 9 de mayo de 2002, se recibió en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de TESAU, por el que se solicita la ampliación del plazo concedido a la misma para el envío de la información solicitada.

Quinto.- En virtud de lo establecido en el artículo 49 de la LRJPAC, por medio de escrito notificado el 10 de mayo de 2002, se concede a TESAU cinco días adicionales de plazo para la remisión de la información solicitada.

Sexto.- En cumplimiento del requerimiento, con fecha de 15 de mayo de 2002, entró en el registro de esta Comisión escrito de TESAU en virtud del cual contesta a la información solicitada, con el resultado siguiente:

- Copia de las Bases del Concurso. TESAU aporta las bases de la promoción “Factura Cero”, que como indicaba la publicidad de la misma, están depositadas ante notario. Mediante esta campaña, TESAU ofrece la posibilidad de ganar diversos premios consistentes en la obtención de la factura telefónica gratis durante un año o para toda la vida¹.

¹ Las Bases del Concurso definen la expresión “para toda la vida” como un máximo de 50 años.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Vídeo con los anuncios de televisión, CD con los anuncios de radio, carteles promocionales y carta de presentación del concurso.
- Finalidad de la campaña "Factura Cero". Según TESAU, se desea fomentar la adscripción de sus clientes a los servicios de contestador e identificación de llamada, mediante un mecanismo relativamente novedoso en este mercado (aunque no así en otros): el concurso "Factura Cero". Ahora bien, y también según la operadora, el objetivo último de esta campaña es reforzar la imagen de marca de TESAU de una manera genérica.

Séptimo.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 27 de mayo de 2002, y en virtud de la información recibida de TESAU, esta Comisión ha considerado pertinente la apertura de oficio de un procedimiento administrativo con el objeto de analizar la promoción "Factura Cero" y deducir las consecuencias que, en su caso, se desprendan de la normativa vigente.

Octavo.- En el marco del procedimiento administrativo, y acogiéndose a su citada habilitación competencial así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, mediante escrito notificado el 11 de junio de 2002, se procedió a solicitar de TESAU la remisión de la siguiente información:

- *"Cronología de las prácticas publicitarias de la campaña asociada a la promoción "Factura Cero".*
- *Costes estimados de dicha campaña.*
- *Costes publicitarios acumulados del ejercicio 2002 y presupuestados para todo el ejercicio.*
- *Ingresos anuales estimados de los servicios anunciados, es decir, Servicio Contestador e Identificación de Llamadas.*
- *Medios informativos a través de los cuales se canalizará la campaña publicitaria. Número, frecuencia, duración y franja horaria de las emisiones publicitarias en cada uno de los medios.*
- *Costes estimados de las 10 mayores campañas acometidas por TESAU desde el 1 de enero de 2001. Medios informativos a través de los cuales se canalizaron dichas campañas publicitarias. Número, frecuencia, duración y franja horaria de las emisiones publicitarias en cada uno de los medios de todas las campañas.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Presupuesto publicitario de TESAU del año 2001. Número total de campañas llevadas a cabo durante ese ejercicio.”*

Noveno.- En cumplimiento del requerimiento, con fecha de 26 de junio de 2002, entró en el registro de esta Comisión escrito de TESAU en virtud del cual contesta a la información solicitada, con el resultado siguiente:

- TESAU aporta los costes de la campaña publicitaria “Factura Cero”, así como los medios informativos a través de los cuales se canalizó, número, frecuencia, duración y franja horaria de las emisiones en cada uno de los medios. El coste de dicha campaña ascendió a un total de [CONFIDENCIAL].
- Según TESAU los efectos positivos de uno de los servicios promocionados mediante esta campaña, esto es, el Servicio Contestador y Servicio de Identificación de la llamada, sobrepasan a la propia operadora. Según la operadora, es suficiente un incremento de los ingresos derivados del tráfico de tan solo un [CONFIDENCIAL] para cubrir ampliamente los costes asociados a la campaña.
- TESAU no obtiene ningún ingreso directo del Servicio de Identificación de la llamada, dado que desde el día 1 de marzo de 2001, se inició una promoción que dura hasta la actualidad, consistente en la exención para todos los clientes de las cuotas fijas del servicio y de la cuota de alta. Según la operadora, el conocimiento del número llamante por parte del cliente tiene efectos positivos sobre el tráfico difícilmente cuantificables.
- En cuanto al Servicio Contestador, la operadora tampoco recibe ningún ingreso directamente del servicio, dado que las cuotas recurrentes y de alta son gratuitas. Ahora bien, este servicio ofrece ingresos derivados del tráfico cursado, dado que no se pierde de completar ninguna llamada. Si bien para la operadora no es posible determinar los ingresos del total de llamadas recibidas por el Servicio Contestador, debido a la heterogeneidad de los ámbitos de las llamadas, sí aporta datos sobre el total depositadas en el Servicio [CONFIDENCIAL] y de clientes adscritos al servicio [CONFIDENCIAL].

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su artículo 1.Dos.1, establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado, y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

Para el cumplimiento de los objetos señalados, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de diversas funciones, entre ellas:

- a) Letra c) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias.
- b) Letra f) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y el suministro de red en condiciones de red abierta, así como la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios.
- c) Letra h) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: informar las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicación prestados en exclusiva y en aquellos casos en los que exista una posición de dominio en el mercado, a fin de salvaguardar el principio de competencia efectiva ente los operadores. Con el mismo fin, informará preceptivamente toda propuesta de determinación de tarifas, sean éstas fijas, máximas o mínimas o de regulación de precios de servicios de telecomunicación. La Comisión vigilará la debida aplicación de estas tarifas por parte de los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan.

II.2. Descripción del concurso “Factura Cero”.

TESAU ha lanzado una agresiva campaña publicitaria con el fin de dar a conocer la promoción que, bajo el lema “No me ha venido”, busca incentivar el uso de las facilidades de contestador automático e identificación de llamada.

“Factura Cero” es un concurso que ofrece la posibilidad de ganar diferentes premios, a todos los clientes que tengan contratados los servicios de contestador e identificación de llamada. Hay dos tipos de premios, en función de su cuantía:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Tipo A: 5 premios consistentes en la factura de teléfono gratis durante 50 años con un máximo de 300 euros/bimestrales, impuestos indirectos incluidos.
- Tipo B: 200 premios consistentes en la factura de teléfono gratis durante un año con un máximo de 300 euros/bimestrales, impuestos indirectos incluidos.

La mecánica del concurso es la siguiente: podrán participar todos los titulares de líneas de servicio telefónico fijo de TESAÚ² que concurran con todas las líneas de las que sean titulares y que tengan contratado alguno de los siguientes servicios:

- El Servicio Contestador.
- El Servicio de Identificación de Llamadas.
- El Servicio Contestador con Identificación de Llamadas.

Asimismo, el cliente obtendrá una participación por cada llamada no gratuita ni dirigida a Red Inteligente realizada desde la línea inscrita entre el 15 de abril hasta el 15 de junio de 2002. Esta participación se multiplicará por el número de productos dentro de la promoción contratados por el cliente.

Primero.- Normativa de precios aplicable.

En términos generales, el principio de regulación de precios se encuentra recogido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), conforme a la cual *“La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá fijar transitoriamente, precios máximos y mínimos o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Para determinar el citado grado de concurrencia, se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles (...)”*.

Este régimen de regulación de precios está desarrollado en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (en adelante, CDGAE) de 10 de mayo de 2001, por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000 por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios

² Con clasificación de uso telefónico como particular.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para los servicios prestados por TESAU (en adelante, Orden de 10 de mayo). El punto 3 del ANEXO establece que *“Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal deberá presentar a los Ministerios de Economía y Ciencia y Tecnología sus propuestas para los precios de las llamadas de acceso a Internet, de los paquetes de los servicios, de los bonos, de los planes, y los programas de descuentos, para su aprobación (...)”*.

Así mismo, el punto 4 del ANEXO también obliga a TESAU a presentar para su autorización los nuevos servicios y facilidades que desee prestar, de acuerdo con la disposición transitoria cuarta de la LGT.

Finalmente, en el punto 8 del ANEXO se establece la obligación a TESAU de comunicar las modificaciones en los precios incluidos en las diferentes cestas y subcestas, así como, en los porcentajes de los planes de descuento que se vean afectados por las mismas. Asimismo, podrá comunicar la solicitud de nuevos planes que cumplan con los requisitos del apartado 3 del ANEXO, esto es: descuentos sobre las tarifas nominales que no excedan el 15%, en los ámbitos provincial, interprovincial e internacional y que no sean compatibles con otros planes vigentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Respecto al posible incumplimiento de la Regulación de Precios por parte de TESAU en su campaña “Factura Cero”.

Una vez analizado la mecánica del concurso y la legislación de precios vigente, resulta necesario estudiar si TESAU la ha incumplido al comercializar, sin aprobación o notificación previa, el concurso “Factura Cero”. Para que TESAU debiera haber sometido a aprobación la “Factura Cero”, esta debería ser bien un nuevo servicio o bien alguno de los siguientes conceptos: *“precios de las llamadas de acceso a Internet, de los paquetes de los servicios, de los bonos, de los planes, y los programas de descuentos”*.

La promoción “Factura Cero” supone el regalo de todos los servicios incluidos en la factura telefónica de un consumidor. Como quiera que dichos servicios ya se están prestando en la actualidad por parte de TESAU, no se trata de un supuesto de puesta en el mercado de un nuevo servicio, por lo que no resultaría necesario su aprobación por parte de CDGAE.

Por otra parte, el hecho de que la reducción del precio sea consecuencia del azar y que TESAU no esté obligada a concederlo, a pesar de que se cumplan los requisitos de participación por parte del usuario, -en este caso, el alta en los servicios descritos anteriormente,- hace imposible la calificación de la “Factura Cero” como descuento. Las razones que sustentan esta afirmación se exponen a continuación.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que lo que ofrece esta campaña es, tal y como se describe en las Bases del Concurso, *“la oportunidad de ganar diversos premios (...)”*. Este hecho demuestra que esta promoción no implica un descuento sobre las tarifas nominales de TESAU sino un regalo por parte de esta compañía a determinados usuarios seleccionados mediante un proceso de sorteo.

En segundo lugar, los consumidores que accederán al premio no serán todos los que cumplan los requisitos para tomar parte en el concurso, es decir, todos los que estén adscritos a los servicios contestador e identificación de llamada. Únicamente 205 de ellos serán beneficiarios, mediante un sorteo, de los mencionados premios. Este hecho no se puede tildar de discriminatorio, dado que todos los consumidores tienen idéntica probabilidad de obtener el premio, si bien esta probabilidad se ve incrementada en función del número de llamadas cursadas a través de TESAU originadas en la línea adscrita al concurso, lo cual constituye un criterio objetivo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En tercer lugar, TESAU declara en su escrito de 14 de mayo de 2002 que:

“Fiscalmente, se aplicará a todos los ingresos y pagos derivados de este concurso la normativa fiscal vigente en cada momento. Por ejemplo, el IVA de las facturas bonificadas se liquidará con la periodicidad marcada en la legislación tributaria vigente”.

Este hecho indica que TESAU está considerando la promoción como un premio, dado que, tal y como se establece en el artículo 78.Tres.2. de la Ley 37/92, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, *“no se incluirán en la base imponible: Los descuentos y bonificaciones que se justifiquen por cualquier medio de prueba admitido en derecho y que se conceda previa o simultáneamente al momento en que la operación se realice y en función de ella”*. Luego si están sujetos a IVA, no puede tratarse de un descuento, según la calificación fiscal a la que se encuentran estos sometidos.

Finalmente, y tal como se encuentra recogido en la disposición transitoria cuarta de la LGT, la CDGAE podrá fijar los precios *“de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles (...)”*.

Así, a la vista de la cuantía de los premios, la cantidad de los mismos y la forma de su adjudicación, se observa que no se da ninguna de las anteriores premisas que sustenta el control de los precios *ex ante*. Sin embargo, lo que sí sería posible es que esta Comisión, en función de sus efectos sobre el mercado, prohibiera esta conducta con el fin de salvaguardar la libre competencia, pero en ningún caso debiera ser la CDGAE la que lo hiciera ejerciendo la regulación de precios, diseñada para fines totalmente distintos.

Por tanto, y sobre la base de las razones expuestas, puede concluirse que no resulta necesario que el concurso “Factura Cero” analizado sea sometido a aprobación por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Por otra parte, no sería tampoco este el caso de una modificación de los precios incluidos en las cestas definidas en la orden de 10 de mayo, ni de descuentos que cumplan con los requisitos del apartado 3 del ANEXO. En consecuencia, también estaría TESAU exenta de la exigencia de realizar una notificación previa a la CDGAE, considerando lo dispuesto en el punto 8 del ANEXO.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Respecto a las posibles conductas anticompetitivas por parte de TESAU en la promoción “Factura Cero”.

▪ Identificación del mercado de referencia

La promoción “Factura Cero”, tal como está formulada, pretende fomentar la suscripción de los usuarios de líneas fijas de TESAU a las facilidades suplementarias contestador automático e identificación de llamada. No obstante, si bien el concurso únicamente requiere del alta en alguno de estos servicios, la probabilidad de ser el ganador depende de la cantidad de llamadas cursadas originadas en la línea inscrita, durante el período comprendido entre el 15 de abril y el 15 de junio. Por tanto, el mercado afectado por la promoción es el mercado telefónico fijo, donde TESAU cuenta con una cuota de mercado, a diciembre de 2001³, del 87,60%⁴, lo cual le otorga la posición de dominio en dicho mercado a efectos de la regulación sectorial vigente.

▪ Impacto en el mercado de la promoción “Factura Cero”

De forma previa, cabe señalar que este tipo de promociones están ampliamente extendidas en múltiples mercados, teniendo como finalidad incentivar el consumo de un producto o servicio determinado. Ahora bien, dado lo particular del mercado de referencia y la posición que en él ostenta TESAU, se hace necesario realizar un análisis más detallado acerca del posible impacto en el mismo de la aparición de tales iniciativas, en especial si son llevadas a cabo por un operador considerado dominante.

Corresponde examinar si el establecimiento y aplicación de esta promoción puede generar efectos sobre los competidores o un reforzamiento de la posición de dominio de TESAU.

Desde esta perspectiva, se observa que el principal efecto que podría derivarse de esta promoción es la fidelización de los clientes, y ello por dos causas. La primera es porque el premio fideliza durante un año o durante 50 a los clientes premiados. Asimismo, y dado que TESAU ha vinculado la probabilidad de ganar el concurso con el número de llamadas que curse, los usuarios podrían tener ciertos incentivos para concentrar todo su tráfico de origen con esta operadora.

³ Datos provisionales.

⁴ Cuota de mercado según facturación total.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En orden a evaluar lo anterior, hay que tener en cuenta que los potenciales efectos de esta promoción sobre el mercado vienen determinados por la dimensión económica de la misma. Para observar este aspecto, resulta adecuado examinar los siguientes indicadores:

- **Importe de los premios.** Como se ha comentado con anterioridad, la promoción “Factura Cero” da la oportunidad a los usuarios que se adscriban de ganar 5 premios Tipo A y 200 del Tipo B. El coste total de la promoción para TESAÚ es, como máximo⁵:

Tipo A⁶:

300 euros/bimestre x 6 bimestres = 1.800 euros/anuales

1.800 euros/anuales x 50 años = 90.000 euros por premio

90.000 euros x 5 premios = 450.000 euros en total

Tipo B:

300 euros/bimestre x 6 bimestres = 1.800 euros por premio

1.800 euros x 200 premios = 360.000 euros en total

Para evaluar el impacto del coste total de la promoción, que alcanza los 810.000 euros (450.000+360.000), debe compararse esta cifra con el tamaño total del mercado de referencia.

Según datos del año 2001, la facturación total del mercado de telefonía fija ascendió a 8.687,67 millones de euros. Por tanto, la promoción supone un 0,0093% de la facturación total del año pasado. Se debe tener en cuenta que el premio Tipo A se reparte durante 50 años, con lo que el valor imputable a un año sería muy inferior a esta cifra.

Así, se observa que la proporción del coste total de la promoción sobre el conjunto del mercado de referencia no es lo suficientemente elevada como para considerar que su impacto tenga trascendencia alguna sobre el mismo. Tampoco lo es para la propia operadora, si se compara dicho coste con los ingresos que obtuvo en el mercado de telefonía fija en el año 2001, que ascendieron a 7.610,17 millones

⁵ Se entiende que el máximo consistiría en que el consumidor agotase los 300 euros/bimestrales, y en el caso del premio Tipo A, que agotase los 50 años de duración.

⁶ Dado el importe total del premio, no se ha considerado necesario tomar en cuenta una tasa de descuento para calcular el valor actual neto del mismo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de euros. Con ello, TESAU compromete, como consecuencia de la puesta en el mercado de esta promoción, el 0,01% de sus ingresos del pasado año.

- **Probabilidad de obtención del Premio.** Otro aspecto importante de esta promoción que conviene examinar consiste en la probabilidad, a priori, que un usuario tiene de ser premiado. En el año 2001³, TESAU contaba con 11.708.102 clientes residenciales, susceptibles, por tanto, de participar en el concurso. La probabilidad de cada uno de ellos es:

Tipo A:	5 premios / 11.708.102 clientes = 0,000043%
Tipo B:	200 premios / 11.708.102 clientes = 0,0017%
Total:	205 premios / 11.708.102 clientes = 0,00175%

La proporción de usuarios premiados en relación con el total es muy reducida, por lo que desde este punto de vista tampoco tendría efectos sobre el mercado que pudieran tildarse de significativos.

- **Descuento esperado.** Finalmente, de la combinación de la cuantía del premio y la probabilidad de ser premiado se puede obtener el valor esperado del concurso para un usuario que participe en él. Este indicador resulta de utilidad para medir el valor real percibido por el usuario del hecho de participar en el concurso.

Definiendo el valor esperado de obtención de un premio como:

[Valor Esperado = Importe del Premio x Probabilidad de obtenerlo]

la aplicación de esta fórmula a los diferentes premios daría como resultado los siguientes valores esperados de la participación en el citado concurso:

Tipo A: 90.000 euros x 0,000043% = 0,0387 euros

Tipo B: 1.800 euros x 0,0017% = 0,0306 euros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Total: 90.000 euros x 0,000043% + 1.800 euros x 0,0017%
= 0,0693 euros

Así, un consumidor racional percibiría que el **valor justo del concurso** es de **0,0693 euros**. Dicho de otra forma, un jugador de una hipotética lotería que ofreciera los mismos premios, no debería pagar más de esa cantidad por participar en el sorteo. Podría razonarse que esta cantidad es insuficiente como para alterar decisiones ya tomadas por los consumidores, como sería la contratación de servicios de tráfico de llamadas con otro operador distinto de TESAU o el cambio de operador preseleccionado para sus llamadas.

En este sentido, puede concluirse que la puesta en el mercado del concurso “Factura Cero” no plantea problemas de fidelización de los clientes.

Además de los premios, la promoción establece que el consumidor podrá incrementar la probabilidad de ganar el concurso en función del número de llamadas que curse a través de la línea adscrita en el periodo comprendido entre el 15 de abril y el 15 de junio.

Con relación a esta cuestión, cabe inferir que la duración de este periodo no es lo suficientemente prolongada como para suponer efectos fidelizadores sobre los clientes, lo cual viene a reforzar los argumentos expuestos más arriba. En la misma línea se halla la evidencia de que únicamente consumos por encima de la media suponen incrementos reales en las probabilidades de ser premiado. Por tanto, se puede concluir que los incentivos reales para modificar las conductas de los consumidores son extremadamente reducidos.

En conclusión, a pesar de los potenciales efectos que una promoción de este tipo podría tener sobre la competencia en el mercado de telefonía fija, las condiciones particulares de la misma hacen que tales efectos sean mínimos. La magnitud y la cantidad de los premios de la “Factura Cero” no hacen previsible un cambio en la conducta de los consumidores, por lo que no tendrían efectos que pudieran tildarse de fidelizadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Respecto al cumplimiento por parte de TESAU, en su campaña “Factura Cero”, de la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de posición de dominio (en adelante, Circular 1/1998).

Además de los anteriores análisis, la campaña publicitaria “Factura Cero” también debe analizarse desde la perspectiva del cumplimiento de la Circular 1/1998. La Circular anteriormente citada considera que *“la publicidad efectuada por los operadores dominantes es susceptible de constituir un abuso contrario a la libre competencia cuando presenta una particular relevancia, provocando un impacto sensible sobre los mercados afectados. La apreciación de dicho efecto está ligada a la valoración de la posible existencia de barreras de entrada, erigidas éstas por los operadores dominantes a través de las realización de gastos publicitarios excesivos.”*

Bajo este prisma y a partir de la información remitida por TESAU, se procede a realizar el análisis dirigido a determinar si la campaña “Factura Cero” ha estado encaminada a crear barreras a la entrada. Para este análisis, la Circular 1/1998 considera conformes a la libre competencia aquellas campañas que no supongan un “gasto excesivo”, entendiéndose por tales aquellos que:

- a) Tengan por objeto reforzar la fidelidad de sus clientes, inhibiendo de forma sensible la contratación de potenciales clientes con los nuevos operadores y configurando así mercados cautivos.

Sobre este particular se debe resaltar que para que una campaña publicitaria tenga efectos fidelizadores sobre los clientes, inhibiendo la contratación con los nuevos operadores, es necesario que los servicios promocionados sean sustituibles por otros de los competidores. En la actualidad, son únicamente los operadores de acceso directo (y en particular, los operadores de cable) los que ofrecen servicios similares al Servicio Contestador e Identificación de Llamada. Por tanto, no puede calificarse la campaña “Factura Cero” como *fidelizadora* en el sentido que le da la Circular 1/1998 con respecto a los operadores de acceso indirecto, ya que TESAU se ha limitado a poner de manifiesto las condiciones objetivamente más atractivas de sus servicios. Es decir, TESAU no podría inhibir, mediante una campaña publicitaria, la contratación de servicios no ofertados por sus competidores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al caso de los operadores que ofrecen una alternativa real a TESAU en acceso directo (en general, operadores de cable), es excesivo considerar que la promoción de estos servicios de TESAU sea inhibidora de la contratación de sus servicios. Las ofertas de estos operadores están dirigidas a consumidores con una demanda relativamente sofisticada de servicios de telecomunicaciones, con elevados requerimientos de ancho de banda, televisión... Por tanto, no es creíble que la gratuidad de estos servicios y su promoción mediante una campaña publicitaria sea suficiente para limitar la contratación de los productos integrados de telefonía, Internet y televisión por parte de los potenciales clientes de estos operadores.

Esta Comisión debe, por tanto, concluir que la campaña publicitaria “Factura Cero” no ha supuesto una barrera a la entrada para nuevos operadores mediante la fidelización de sus clientes potenciales.

- b) Resulten desproporcionados respecto a la magnitud económica, que, con arreglo a criterios generalmente aceptados en el mercado relevante, pudiera tener un operador entrante para poder competir de forma eficiente.

En este punto, la Circular pretende evaluar la proporcionalidad del gasto publicitario. Está generalmente aceptado que la existencia de una posición dominante no puede en principio privar a la empresa que la ostenta de velar por sus intereses comerciales⁹. Por tanto, para analizar la campaña publicitaria “Factura Cero” se debe poner en relación el coste de la misma con los gastos publicitarios de los operadores presentes en el mercado de referencia, siempre teniendo presente las diferencias económicas entre ellos. La tabla 1 [ANEXO CONFIDENCIAL PARA EL CONSEJO] muestra datos de los gastos totales de los siete operadores con mayor presupuesto publicitario en el año 2001¹¹.

Es en el contexto de los anteriores datos donde se debe ubicar el coste de la campaña publicitaria “Factura Cero” y determinar su proporcionalidad. El coste de esta promoción fue para TESAU equivalente al [CONFIDENCIAL] del total de sus gastos publicitarios. Por tanto, no se puede considerar que esta haya sido desproporcionada para la magnitud global del gasto del operador dominante. Tampoco así para el resto de operadores, con presupuestos sensiblemente superiores al coste de la campaña analizada.

⁹ Ver Asunto 27/76, United Brands.

¹⁰ Resolución en el expediente sobre la solicitud de actuación presentada por Cádiz de Cable y Televisión S.A., Región de Murcia de Cable S.A. y Valencia de Cable S.A., en relación con la campaña publicitaria de los programas de descuento asociados al servicio telefónico básico denominados “Amigos y familia inerprovincial”.

¹¹ Datos aportados por los operadores para la realización del Informe Anual 2001.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, la campaña “Factura Cero” de TESAU se enmarca en las prácticas comerciales generales que practica la propia operadora y sus competidores en el mercado de telefonía fija, a la vista de los prepuestos de estos en el año 2001.

- c) Priven a los operadores entrantes de un legítimo margen de respuesta, exponiéndolos a la necesidad de efectuar elevadas inversiones que resulten inviables o seriamente gravosas para su economía, así como a un proceso de posicionamiento más lento y difícil, al tener que hacer frente a hábitos de consumo y asociaciones de ideas fortalecidos ambos a través de la correspondiente campaña publicitaria.

El último parámetro para el análisis, presente en la Circular 1/1998, exige determinar si, dada la situación económica de los operadores en el mercado de referencia, estos tienen el potencial económico suficiente como para replicar el gasto de TESAU en esta campaña. De nuevo, hay que contextualizar los presupuestos de publicidad con la importancia económica de los agentes que los realizan.

En la tabla 2 [ANEXO CONFIDENCIAL PARA EL CONSEJO] se detallan los ingresos por operaciones de los operadores anteriormente citados así como la proporción del gasto de la campaña “Factura Cero” sobre el total de ingresos por operaciones¹¹ de cada uno de ellos.

Del análisis de los anteriores datos se puede concluir que, en general, todos los operadores tienen el potencial económico suficiente como para realizar una campaña publicitaria similar. Destaca el caso de Tele 2, con una proporción mucho mayor al resto. Ahora bien, este operador, como se puede comprobar en la tabla 1, desarrolla una estrategia comercial muy superior a la media, considerando sus ingresos. Este hecho da muestras que la estrategia de marketing de un operador también puede ser, hasta cierto punto, independiente de los ingresos reales del operador. De la misma forma, operadores con ingresos superiores a este, como BT Ignite o Colt, realizan un esfuerzo comercial mucho menor.

Otro parámetro a analizar, tal como se realizó en la Resolución de esta Comisión anteriormente citada de 6 de septiembre de 1998¹⁰, es el respaldo financiero con que cuentan las operadoras en el mercado. Este proviene, en general, de la composición accionarial con que cuentan. En general, los operadores citados con anterioridad tienen accionistas de referencia con la suficiente solvencia como para hacer frente al gasto publicitario que se analiza en el marco del presente procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la luz de los datos, no se puede considerar que la campaña publicitaria “Factura Cero” de TESAU haya supuesto un gasto excesivo que por su magnitud haya privado a los operadores de su legítimo margen de respuesta.

Como consideración final, el gasto incurrido por TESAU en esta promoción es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados. Los beneficios de esta campaña tienen dos componentes claramente diferenciadas. Por una parte, la que reporta ingresos reales al mercado, ya que como señala TESAU, la terminación de todas las llamadas no solo revierte en los beneficios de esta operadora. Por otra, la imagen de marca que comporta, difícilmente cuantificable.

Una aproximación conservadora de los ingresos que obtiene el mercado derivados del Servicio Contestador es suponer que el ingreso medio de una llamada a este servicio es de 0,068515 euros (precio del establecimiento de la comunicación de una llamada metropolitana). Considerando el volumen de llamadas recibidas por este servicio, el ingreso anual para los operadores de telecomunicaciones asciende a [CONFIDENCIAL]. Si a este dato se le agregan los beneficios intangibles ya mencionados, en términos de imagen de marca, el resultado no puede ser otro que considerar que TESAU no ha obrado de forma desproporcionada al promocionar sus servicios Contestador e Identificación de llamada.

En conclusión, se estima que la campaña publicitaria “Factura Cero” de TESAU no es contraria a la competencia, dado que no supone un gasto excesivo y es acorde con la magnitud económica de los servicios promocionados.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

1. Analizadas las Bases de Concurso “Factura Cero”, se considera que TESAU no ha incumplido el régimen de regulación de precios establecido en el ANEXO de la Orden Ministerial de 10 de mayo.
2. Por lo que se refiere a los efectos de la promoción “Factura Cero” sobre el mercado, no se ha identificado la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de TESAU.
3. No se considera que la campaña “Factura Cero” haya constituido un *gasto excesivo*, según se define en la Circular 1/1998, y no constituye un abuso de su posición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^º Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes