



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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de octubre de 2004, 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. SOBRE LOS PRODUCTOS "ADSL TIEMPO LIBRE" Y "ADSL A TU MEDIDA"

Expediente AEM 2004/1620

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de septiembre 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 de la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la que se modificó la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), se comunica a esta Comisión su intención de comercializar una nueva modalidad de facturación ADSL bajo la denominación "ADSL a tu medida" a partir del 14 de octubre de 2004.

Según expone TESAU, esta nueva modalidad de facturación ADSL se va a aplicar a la inferior de las velocidades ADSL que va a comercializar TESAU, que es la mayoritariamente utilizada en el mercado residencial (512/128 Kbit/s soportado sobre la modalidad O del servicio GigADSL). Podrá ser contratable tanto en alta nueva con kit/línea ADSL (equipamiento: USB o Módem Router Wi-Fi), como en postventa, es decir para usuarios que ya son clientes ADSL de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las nuevas modalidades propuestas eran las siguientes:

Combinaciones	Descripción	Precio
Contrato Base	Incluye 11 horas de navegación a consumir en cualquier horario	9,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Fines de Semana	Incluye franquicia desde el viernes a las 21 horas hasta el lunes a las 8 horas + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches	Incluye franquicia de lunes a domingo desde las 21 horas hasta las 8 horas del día siguiente + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches+Pack Fines de Semana	Incluye franquicia los fines de semana y las tardes-noches + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	29,7 euros/mes (*)

(*) Al agregar las tres opciones disponibles se hace un descuento del 12,4%

La cuota de alta será de 38,10 euros, y la tarificación de consumos adicionales de 1,45 euros/hora, con un límite de facturación mensual de 45 euros/mes para la opción básica y 42 euros/mes para el resto de combinaciones posibles (incluyendo módulo de tarde y noche, módulo de fin de semana o ambos a la vez).

SEGUNDO.- Con fecha 7 de octubre de 2004, esta Comisión aprobó la Resolución, por la que se pone fin al periodo de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL a tu medida”. En el Resuelve de dicha Resolución se estimó que:

“Primero.- Esta Comisión no ha advertido la necesidad de paralizar en este momento la oferta “ADSL a tu medida” presentada por Telefónica de España, S.A.U., en lo relativo a las siguientes configuraciones:

Configuración	Descripción	Precio
Contrato Base+Pack Fines de Semana	Incluye franquicia desde el viernes a las 21 horas hasta el lunes a las 8 horas + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches	Incluye franquicia de lunes a domingo desde las 21 horas hasta las 8 horas del día siguiente + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	21,9 euros/mes
Contrato Base+Pack Tardes-Noches+Pack Fines de Semana	Incluye franquicia los fines de semana y las tardes-noches + 11 horas adicionales a consumir fuera del horario franquiciado	29,7 euros/mes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Por lo que se refiere a la configuración denominada “Contrato Base”, cuyas características se muestran a continuación, Telefónica de España, S.A.U. deberá presentar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con carácter previo a su comercialización, una propuesta de modificación del servicio mayorista GigADSL incluido en su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado que permita a los operadores alternativos competir en condiciones de igualdad.

Configuración	Descripción	Precio
Contrato Base	Incluye 11 horas de navegación a consumir en cualquier horario	9,9 euros/mes

”

TERCERO.- La Orden PRE/3028/2003, de 30 de octubre, por la que se dispone la publicación del acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, aprueba la liberalización de los precios minoristas de los servicios ADSL prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.

Así, la liberalización de precios que contempla la Orden anteriormente indicada supone que los precios de los servicios ADSL minoristas prestados por TESAU dejan de estar sujetos a un régimen de precios autorizados administrativamente, y quedan sometidos al régimen de comunicación, bastando para la modificación de los citados precios, una comunicación de Telefónica de España a los Ministerios de Economía y de Hacienda, y de Industria, Turismo y Comercio, así como a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y al Consejo de Consumidores y Usuarios con, al menos, diez días de antelación a su aplicación efectiva.

QUARTO.- En cumplimiento de la anterior Orden, y con fecha 15 de octubre de 2004, tuvieron entrada en el registro de esta Comisión escritos de TESAU en el que comunica su intención de realizar las siguientes promociones sobre los siguientes productos ya comercializados:

[CONFIDENCIAL]

La comercialización de las anteriores promociones será válida a partir del próximo 30 de octubre de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son 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, LJPAC) 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”.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 concurren 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:

- Exista una norma jurídica que permita su adopción;
- Se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho; y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 los escritos de TESAU, con el fin de determinar la procedencia de la adopción de medidas cautelares.

II.1 Razonabilidad y apariencia de buen derecho

En la Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004, sobre la modificación de la OBA de TESAU, se anticipaba la problemática derivada de una posible introducción de nuevas estructuras de precios minoristas ADSL por parte de TESAU, y se determinaba el procedimiento a seguir para analizar si dichas estructuras de precios justificaban o no la necesidad de modificar la OBA.

Cabe recordar que la cuota mensual por conexión de línea de abonado en el servicio mayorista GigADSL está referenciada al precio minorista de TESAU. Por tanto, la introducción de una nueva estructura de precios de los servicios minoristas podría requerir la incorporación los equivalentes precios mayoristas fijados mediante *retail-minus*. En la Resolución de 31 de marzo de 2004 ya se anticipaban las dificultades que plantearían estas nuevas estructuras de precios de TESAU para el cálculo del precio mayorista con el método de *retail-minus*, que se deben en primer lugar a las dudas que pueden surgir en relación con la validez de emplear estos mismos conceptos facturables en el servicio mayorista, y, en segundo lugar, a la posible ausencia de mecanismos que permitan la correcta medición de las unidades consumidas en la componente variable del precio.

Por otra parte, en la citada Resolución de 7 de octubre de 2004¹ se analizaron algunas de las ofertas objeto de promoción objeto de estudio así como un producto adicional, denominado “Contrato Base” que incluía 11 horas de navegación a consumir en cualquier horario al precio mensual de 9,9 euros.

Asimismo se analizaron las estimaciones aportadas por TESAU relativas a la emulabilidad de las nuevas modalidades por parte de un operador alternativo y se consideró que *“en opinión de esta Comisión, este análisis de replicabilidad asentado en estimaciones no se sostiene debidamente, o cuando menos a priori no puede ser aceptado en estos momentos (sin datos reales) sin incurrir*

¹ Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL a tu medida”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en un acto de fe. (...) Por ello y en estos momentos, no resulta posible aceptar como cifra de ARPU esperada la ofrecida por TESAU”.

Sobre la base anterior, y con respecto a las configuraciones de la oferta “ADSL a tu medida”, se concluyó que *“el análisis de la replicabilidad no podrá realizarse en tanto no se disponga de información histórica que permita estimar el ARPU para cada opción con un mínimo nivel de fiabilidad. Con la información periódica que esta Comisión recabe de TESAU, y una vez se despejen las incógnitas sobre la evolución del servicio “ADSL a tu medida”, se podrá llevar a cabo el análisis de replicabilidad para dichas configuraciones que permita determinar si es o no necesario proceder a la modificación de los servicios GigADSL incluidos en la OBA”.*

Es a partir de las anteriores consideraciones sobre las que deben evaluarse las promociones que ahora presenta TESAU. A este respecto cabe hacer una distinción entre los cuatro productos promocionados:

- **ADSL “Tiempo Libre”.** Esta modalidad de ADSL comenzó su comercialización el 15 de enero de 2004 como respuesta al lanzamiento de ofertas similares por parte de los principales competidores de TESAU (Wanadoo en particular). Ahora bien, esta modalidad no ha sido objeto de especial promoción durante este periodo por parte de TESAU, por lo que, a pesar del tiempo transcurrido desde su lanzamiento, su impacto en el mercado ha sido reducido.
- **ADSL “A tu medida”.** Como se ha descrito anteriormente, el 7 de octubre de 2004, esta Comisión resolvió el expediente de información previa relativo a la necesidad de modificar la OBA como consecuencia del lanzamiento de estas promociones. Como resultado de la aprobación por parte de esta Comisión, ha aparecido en los medios de comunicación el lanzamiento comercial del producto “ADSL a tu medida” a partir del 15 de octubre de 2004.

Como ya se ha descrito anteriormente, en la citada Resolución de 7 de octubre de 2004 se preveía la necesidad de analizar los datos reales respecto al ingreso efectivo de las usuarios adscritos a ofertas ADSL que implicaran ingresos adicionales por tráfico como paso previo a la determinación de la posible emulabilidad por parte de los operadores alternativos. Es evidente que desde el momento del lanzamiento hasta la fecha que se propone la actual promoción no ha transcurrido el tiempo necesario para que esta Comisión analice dichos ingresos adicionales. Por tanto, esta Comisión no puede hacer un juicio sobre la replicabilidad de las promociones propuestas y el eventual impacto en el mercado derivado de su comercialización.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, esta Comisión sí cuenta con el precedente respecto al “Contrato Base” analizado en la citada Resolución de 7 de octubre 2004, que consideraba que debía modificarse la OBA como requisito previo a su comercialización, dado que *“no sería replicable por un operador alternativo, mayoritariamente instalado en el servicio mayorista de acceso indirecto, dada la enorme desproporción existente entre ese ingreso real y el coste del servicio mayorista de acceso indirecto al bucle”*. Si bien este producto no era una promoción, su precio era también 9,90 euros/mes e incluía un consumo potencial mucho menor al considerado en el marco de los productos actuales (sólo 11 horas mensuales).

De lo anterior debe concluirse que esta Comisión, consciente de las dudas respecto a la replicabilidad de este tipo de productos, decidió permitir su comercialización esperando obtener datos reales y decidir sobre la eventual necesidad de modificar la OBA. Asimismo, se decidió que la emulabilidad del producto “Contrato Base” no era posible con las actuales modalidades incluidas en la OBA.

Por tanto, y siguiendo con el mismo razonamiento, no parece apropiado que TESAU comercialice promociones como las propuestas en un plazo tan breve de tiempo y que, como se observa en la tabla siguiente, suponen descuentos relevantes sobre las cuotas de abono:

[CONFIDENCIAL]

Si adicionalmente se tiene en cuenta que la promoción propuesta tiene una duración relativamente larga ([CONFIDENCIAL]) el riesgo potencial respecto a la falta de emulabilidad conllevaría un impacto mayor sobre el mercado.

Por todo lo anterior, esta Comisión estima necesario el análisis de la emulabilidad de los productos “ADSL a tu medida” y “ADSL tiempo libre” a partir de datos reales de ingresos como paso previo a la autorización de promociones sobre dicho productos minoristas.

Por otra parte, una oferta comercial tan completa como la planteada por TESAU, basada en franquicias en determinados horarios y en consumos adicionales fuera de los mismos es novedosa y, actualmente no se comercializa por otros operadores. Asimismo, los precios promocionales propuestos por TESAU tampoco están presentes actualmente en el mercado.

Este aspecto es importante dado que el Tribunal de Justicia Europeo consideró que no constituía una conducta anticompetitiva realizar promociones que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

igualen a las ofrecidas por los competidores mientras que un operador dominante no debería liderar las reducciones de precios². En efecto, la promoción analizada en esta ocasión no parece constituir una respuesta a los competidores, a la vista de las ofertas existentes en el mercado.

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 establecer las condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de TESAÚ por parte de los operadores alternativos, con el fin de articular los mecanismos que hagan posible la prestación de servicios ADSL en condiciones competitivas adecuadas.

El daño que puede sufrir la competencia en el mercado de servicios minoristas ADSL se vería muy incrementado si se retrasan las posibilidades de competir en las mismas condiciones de los posibles operadores alternativos, sobre todo si se considera el gran potencial comercial de TESAÚ, que le puede permitir conseguir un gran número de clientes en ese periodo de dilación. Hay que tener en cuenta las dificultades que se encuentra un operador para conseguir que un cliente de otro cambie de proveedor, y más en un mercado como el objetivo de la oferta minorista de ADSL. Si adicionalmente se tiene en cuenta, como se ha comentado anteriormente, la duración de la promoción propuesta (**[CONFIDENCIAL]**) el impacto en el mercado de la falta de emulabilidad sería muy elevado.

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 eventualmente no quede mermado en lo referente al mercado minorista de ADSL.

² Caso T-228/97 Irish Sugar vs Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 de la evolución de los servicios ADSL hasta el momento.

Así, los productos “ADSL a tu medida” y “ADSL tiempo libre” suponen de por sí una reducción sensible sobre el precio minorista efectivo vigente en el mercado en la actualidad. Adicionalmente, tres de los cuatro productos que se pretenden promocionar han sido lanzados comercialmente el día 15 de octubre de 2004, tiempo insuficiente para determinar su aceptación en el mercado. Adicionalmente, este operador ha mantenido el índice de captación de nuevos clientes y su cuota de mercado ha permanecido constante durante 2004 sin las promociones objeto de este informe.

De todo lo anterior cabe concluir que 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. Las promociones propuestas por TESAU respecto a las modalidades “ADSL a tu medida” y “ADSL tiempo libre” suponen un abaratamiento sobre productos de los cuales 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 las promociones sobre los productos incluidos en la modalidad “ADSL a tu medida” y la modalidad “ADSL tiempo libre” 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.

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,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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