



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ ODRIOZOLA, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de diciembre de 1997, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION EN EL EXPEDIENTE SOBRE PLAN DE AHORRO EN EL SERVICIO TELEFONICO BASICO PARA AMBITOS PROVINCIAL, INTERPROVINCIAL E INTERNACIONAL

HECHOS

Primero Con fecha 1 de septiembre del año en curso, se anunció por TELEFONICA DE ESPAÑA SA el inicio de un denominado "Plan de Ahorro" consistente en la comercialización de dos nuevas tarifas del servicio telefónico básico para los ámbitos interprovincial e internacional.

Segundo El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus competencias, acordó la apertura de un expediente informativo en relación al mencionado "Plan de Ahorro", cuya comercialización parecía haberse iniciado a través del servicio "004".

Tercero Con fecha 19 de septiembre, el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones formuló requerimiento de información a Telefónica solicitando se remitiera a dicha entidad de derecho público en un plazo de cinco días:

- condiciones detalladas de la oferta en que se concreta el Plan de Ahorro.
- contestación a un cuestionario que se adjuntaba como anexos 1 y 2.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto Mediante escrito de fecha 24 de septiembre, se concede nuevo plazo de cinco días ante la advertencia de un error en el cuestionario remitido.

Quinto Con fecha 1 de octubre, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. cumplimentando parcialmente el requerimiento de información, remite un documento a la Comisión en el que se contiene, según señala dicha entidad, la descripción de las condiciones generales del Plan de Ahorro.

En la información remitida por Telefónica se describen las características generales de los que denomina “Planes Personales” sin recoger los términos concretos (con expresión de cifras) que habían aparecido publicadas en los medios de comunicación social.

No obstante, de la descripción realizada resultan los siguientes aspectos reseñables:

- las propuestas permiten “obtener consumo adicional por más consumo, dependiendo del horario del mismo” (párrafo 5º de la página 1ª de dicha descripción).
- para el tráfico provincial “presenta al cliente una propuesta de consumo adicional, con distinto volumen según sea horario diurno o nocturno como incentivo por el compromiso de un consumo mínimo..... conforme al perfil ya señalado de consumo de cada cliente”
- para el tráfico interprovincial la oferta supone “obtener consumos adicionales en diferente volumen según sea horario diurno o nocturno. La formula de los compromisos mínimos de consumo aceptados por el cliente se establece igualmente sobre un estudio pormenorizado de consumos históricos, alteraciones puntuales, potencial de crecimiento y desplazamientos horarios.”
- finalmente, para el tráfico internacional se trata de una prolongación de los programas de descuentos ya autorizados.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo y objetivo de la oferta, ésta se vincula solamente a los clientes que dispongan de historial de consumo con facturación detallada y se circunscribe al tráfico de voz, quedando explícitamente excluidos Infovía e Internet, tráfico de datos, y acceso a Red Digital de Servicios Integrados (RDSI).

Además Telefónica manifiesta que desde los últimos días de agosto y durante el mes de septiembre está procediendo a lo que denomina “la evaluación y test con los clientes”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último afirma que se trata de “ofertas personalizadas que no alteran la actual estructura tarifaria”.

Sexto En la sesión del 9.10.97, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó la apertura de un procedimiento para la adopción de las medidas previstas en los apartados c), f) y h) del artículo 1º. Dos.2 de la Ley 12/1997 y adoptó asimismo en dicha sesión la medida cautelar consistente en la orden de cesación de la actividad de promoción y comercialización de dicho Plan de Ahorro.

Séptimo Posteriormente, con fecha 17.10.97, el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones volvió a requerir información a Telefónica quién respondió a dicho requerimiento mediante escrito de fecha 21.10.97.

Con fecha 20.10.97, el Subdirector General de Estudios Técnicos y Económicos de los operadores de telecomunicaciones, de la Secretaría General de Comunicaciones remite copia del escrito remitido a Telefónica de España, S.A. por el Secretario General de Comunicaciones por el que se advierte a Telefónica de España, S.A. que la prestación de servicios sometidos a régimen de precios autorizados sin la correspondiente aprobación tarifaria se considera infracción muy grave.

Octavo Con fecha 3 de noviembre, la Dirección de Mercados de la Comisión, emite informe en relación con los siguientes puntos:

- mercado relevante.
- descripción del Plan de Ahorro basada en la información aportada por Telefónica de España, S.A.
- régimen de precios del Servicio Telefónico Básico.
- análisis de los diferentes aspectos del Plan de Ahorro de Telefónica de España, S.A. en relación con la salvaguarda de las normas de competencia y el régimen de precios regulados.

En el mencionado informe se señalan los siguientes efectos posibles del citado Plan:

- I) Creación de un vínculo de dependencia para los clientes con respecto a Telefónica.
- II) Creación de impedimentos de entrada de operadores en el mercado español de telefonía de larga distancia.
- III) Discriminación, en la aplicación a terceros de condiciones desiguales para prestaciones idénticas.
- IV) Reforzamiento de la posición de dominio de Telefónica.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Noveno Otorgado trámite de audiencia, presentan alegaciones en el expediente, las siguientes entidades RETEVISION y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.

RETEVISION, S.A., manifiesta que:

- ◆ El denominado “Plan de Ahorro”, supone una modificación no autorizada, y por tanto ilegal y susceptible de sanción, de las tarifas aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos Económicos, al tiempo que implica una práctica del operador dominante contraria a la libre competencia al constituir una barrera de entrada al mercado de los competidores de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.
- ◆ RETEVISION, S.A. no ha tenido acceso al Plan de Ahorro, por tener la mayor parte de la documentación presentada por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A., el carácter de confidencial. Sin perjuicio de lo anterior, entiende conveniente destacar, su indefensión ante prácticas no transparentes del operador dominante que carentes de toda fundamentación jurídica parecen ir destinadas a fidelizar a sus clientes abusando, de esta forma, de su posición de dominio.
- ◆ Existe discriminación adicional hacia los usuarios, dejando la puerta abierta a hacer propuestas incluso a clientes que no cumplen las restantes condiciones con el solo fin de fidelizarlos antes de la entrada de la competencia.
- ◆ Ese consumo adicional se ofrece al precio de otro servicio sobre el que Telefónica reclama estar soportando pérdidas. Este aspecto niega en sí mismo el supuesto déficit de ese servicio, supone un engaño a los usuarios para estimularles el consumo incontrolado, ya que propicia la no distinción tarifaria.
- ◆ No existe un contrato de servicio, lo que supone un abuso de las condiciones contractuales de prestación del servicio final de telefonía fija que debe cumplir el operador dominante.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- ◆ El “Plan de Ahorro” puede tener como efecto que un cambio no programado en los precios finales de los servicios de larga distancia, en valor, estructura, o aplicación, como es el caso de referencia, las tarifas de Interconexión definidas por Orden Ministerial de 18 de marzo deberían de ser modificadas relativamente en igual cuantía, estructura o aplicación. Nunca deberán de ser superiores a los precios al detalle. Asimismo, la relación directa entre los costes por uso de la red y el volumen de tráfico cursado por la misma, trae como consecuencia que las tarifas de interconexión, que deben de estar orientadas a costes, estén directamente relacionadas con esos volúmenes de tráfico. Un cambio en los flujos de tráfico, como es el caso con este Plan de Ahorro, se debería recalcular los costes de uso de la red y revisar consecuentemente las tarifas de interconexión.
- ◆ Las bases contables para el cálculo de los precios de los servicios, así como la asignación de los costes comunes, compartidos y variables a esos precios, deben de ser las mismas que las aplicadas a definir las tarifas de interconexión y los supuestos déficits de acceso o del servicio universal.
- ◆ El uso de información de consumos históricos para definir cualquier tipo de oferta comercial de servicios básicos, discrimina selectivamente a los usuarios, y constituye un atentado a la competencia al no estar esta información disponible para otros operadores.
- ◆ Ha tenido dificultades a la hora de valorar el Plan de Ahorro presentado.
- ◆ Suspendida cautelarmente la publicidad y comercialización de tales ofertas, ha podido constatar la publicidad televisiva durante bastantes días después de tal suspensión.
- ◆ A los abonados que ya habían contratado la oferta se les ha mantenido ese servicio durante el mes de octubre y noviembre, la suspensión del servicio se relaciona no con una actuación no autorizada por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. sino como una consecuencia derivada de la liberalización de los mercados y entiende necesario que se adopten medidas por parte de la autoridad competente que permitan dar a conocer a los clientes la verdadera razón de la suspensión del servicio ofertado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., manifiesta que:

- En la Orden Ministerial del 18 de marzo de 1997 por la que se determinan las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica, se fijan las tarifas de interconexión “con arreglo a un cálculo de costes realistas. Las tarifas de interconexión establecidas permiten, debido a sus importantes diferencias con las tarifas a clientes autorizadas a Telefónica, una oportunidad de oferta al segundo operador muy atractiva en términos de precios, de forma que se puedan conseguir significativas rebajas sin importantes inversiones por parte de los nuevos operadores.
- Telefónica, ante la imposibilidad de actuar en materia de tarifas, **al no haberle sido autorizada la consideración de sus tarifas como máximas**, de acuerdo a su solicitud de 27 de enero de 1997 presentada a la Delegación del Gobierno en Telefónica, se ve en la obligación de adecuar su política comercial a las nuevas condiciones establecidas para propiciar la competencia, de forma que no ponga en peligro su obligación de servicio universal, la provisión de servicios a las operadoras entrantes; la calidad de las comunicaciones y por último su propia viabilidad económica.
- El objetivo interno principal es, **además de conseguir compromisos fundamentales** de servicio, la optimización de los recursos disponibles. Los principios de la nueva política comercial son:
 - Neutralidad respecto a las tarifas establecidas
 - Incentivación del consumo
 - Racionalización de la estructura de utilización de los servicios
 - Universalidad y no discriminación
 - Objetividad de la oferta
 - Voluntariedad de incorporación, sin subordinación en relaciones sucesivas
 - Sin obligaciones adicionales para los clientes.
- **Los mejores clientes de Telefónica obtendrían con una agresiva política de precios del competidor una opción incuestionable para cursar la mayoría de su tráfico de larga distancia a través del nuevo operador**, quedando en Telefónica los pequeños consumidores, fundamentalmente consumidores de tráfico local, con lo que esto supondría de grave desequilibrio económico para la operadora dominante. **Los Planes Personales se basan en el estudio, caso a caso**, de acuerdo con parámetros universales y no discriminatorios, **del potencial de cada cliente**, poniendo a disposición del mismo, a su solicitud, fórmulas que le permitan racionalizar su consumo y poder consumir más por poco más coste, de acuerdo con las tarifas vigentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En concreto Telefónica es perfectamente consciente que el servicio telefónico básico está sujeto a un régimen de precios autorizados, pero entiende que tampoco debe olvidarse que la propia Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones establece los **presupuestos para que el Gobierno pueda establecer un régimen más flexible en la aplicación de precios y tarifas**. En este sentido se solicitó el 27 de enero de 1997, a la Delegación del Gobierno en Telefónica la consideración de carácter de máximas a las tarifas existentes.
Al no haberse producido dicha autorización se diseñan los Planes Personales.
- Tienen **carácter general y objetivo**, con una única restricción técnica, la disponibilidad de facturación detallada.
- La incorporación de un cliente a los Planes Personales es **voluntaria**, a su solicitud y puede ser cancelada en cualquier momento.
- No suponen una barrera de entrada para otros operadores pues **en ningún caso se produce un descuento global sobre el pago históricamente realizado** por el cliente.
- La relación establecida entre Planes Personales y tarifas de interconexión es inexacta, ya que, por una parte, las tarifas afectadas por los Planes Personales cuentan con una **importante diferencia entre tarifas de interconexión y tarifas finales a clientes**, lo que hace posible cualquier empaquetamiento o en el caso de las operadoras entrantes descuentos. Por otra parte, **la reestructuración de los consumos afectados por los Planes permite componer costes de acuerdo con las distintas tarifas fijadas para cada periodo horario**.
- Respecto a las alegaciones presentadas por Retevisión, S.A., considera que se alcanzan **conclusiones inexactas**, sobre todo en lo tocante a la generalización de la oferta, elasticidad y sustitución de tráfico nocturno. **No existen estudios concluyentes** sobre el comportamiento de tráfico al no haber precedentes de este tipo de programas, siendo necesario un análisis pormenorizados de los mismos en su fase de test comercial. Respecto a la distinción entre costes históricos y costes marginales, las tarifas de interconexión fueron establecidas por el Ministerio de Fomento en relación con los costes reales.
- **El Plan Personal Provincial se basa en un compromiso de pago igual al gasto histórico** que se ve premiado por más consumo, dependiendo de su estructura.
- Solicita la más rápida decisión que permitirán volver a comercializar dichos Planes Personales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Está dispuesta a hacer las aclaraciones adicionales necesarias para el buen fin del expediente y/o modificar cuantos aspectos concretos se entienda por esa Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que deban ser cambiados para asegurar la más escrupulosa aplicación de la normativa vigente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Sobre el cumplimiento de las normas relativas a la aplicación y aprobación de tarifas por parte de Telefónica de España, S.A.

Es éste un ámbito en el que la ilegalidad del Plan examinado ha quedado descrita en el fundamento segundo de la resolución de la Comisión de fecha 8 de octubre, obrante en el expediente, a la que ha venido a incorporarse además la resolución del Secretario General de Comunicaciones de fecha 9 del mismo mes.

Así, según lo previsto en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica los precios del servicio telefónico básico –cualquiera que sea su ámbito– están sujetos al régimen de precios autorizados (artículo 16. Tres en relación con el punto 7 del anexo 1). La misma disposición legislativa establece que corresponde a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos la aprobación de las variaciones del servicio telefónico básico (artículo 16. Siete).

Además no puede ignorarse que por Orden Ministerial de 18 de marzo de 1997, han quedado fijados los porcentajes de rebaja en las tarifas del servicio telefónico básico a lo largo de los ejercicios 1998 y 1999, incluidas las afectadas por el Plan de Ahorro y que esa Orden fija también el momento en que podrán producirse, especificándose además que ello deberá realizarse “con sujeción a los trámites legales establecidos” lo que supone la remisión al procedimiento de autorización previa. Es así que, una oferta que suponga dichas rebajas, además de la vulneración del procedimiento legalmente establecido, supone la alteración del término temporal fijado ya por la citada Orden, y por tanto, una alteración directa de ésta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II

Sobre la posición de dominio de Telefónica en el mercado de servicios de telefonía básica.

El segundo ámbito en el que es preciso el análisis de la oferta de Telefónica de España es el de la salvaguarda de la competencia el cual exige, en primer término, definir la posición de la operadora en el mercado por cuanto la concreta conducta examinada deberá calificarse precisamente a la luz de esa posición.

Es constante la jurisprudencia tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia, como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (que aquél recoge reiteradamente en sus resoluciones), cuando definen las condiciones que permiten considerar a una empresa en posición de dominio en el mercado.

Dichas condiciones se concretan en las siguientes: el mercado relevante geográfico y del producto; la existencia de la posición de dominio y eventualmente, la descripción de la conducta abusiva (Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre 1995 “Roca Radiadores”; de 8 de julio de 1996 “A.E., S.A.” y de 4 de febrero de 1997 “Servicom” entre otras).

El mercado relevante

De acuerdo con lo señalado en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia recogida en las Resoluciones citadas anteriormente y que se remiten a su vez a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “es preciso determinar con el mayor grado de precisión posible el mercado relevante geográfico y del producto” en orden a comprobar que se dan “las condiciones objetivas y homogéneas para los productos que exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencias, entre otras, de 14 de febrero de 1978, As. 27/76, United Brands/Comisión Rep. pg. 207; 9 de noviembre de 1983, As. 322/81, Michelin/Comisión” Rep. pg. 3461.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio telefónico básico en los ámbitos provincial, interprovincial e internacional, también llamado servicio telefónico de larga distancia, es según el artículo 13.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones – un servicio final que consiste en la explotación comercial para el público de la transmisión directa de la voz en tiempo real a través de redes públicas conmutadas, que permita a cualquier usuario, utilizando un equipo conectado a un punto de terminación de red, comunicarse con otro usuario de un equipo conectado a otro punto de terminación. En el caso que nos ocupa el tipo de llamadas o comunicaciones cubiertas por el Plan de Ahorro serían, por exclusión, todas las posibles excepto las metropolitanas o urbanas; también, como dijimos al principio, se las podría denominar como llamadas de larga distancia.

Telefónica ha disfrutado de un monopolio legal en este mercado hasta el 9 de junio de 1.996 fecha en que, como consecuencia de la publicación del Real Decreto-Ley 6/1996, se otorga a RETEVISIÓN título habilitante para prestarlo (Artículo 4.1). Esta empresa ha sido privatizada recientemente y se ha venido preparando para su entrada real en el mercado, cosa que ha anunciado hará en fechas próximas, y está negociando con Telefónica los acuerdos de interconexión al amparo de las disposiciones al efecto.

Asimismo, las entidades que tuvieran concesión para operar redes de cable podrían empezar a prestar el servicio telefónico básico en sus demarcaciones a partir del próximo 1.1.98 siempre que reunieran las condiciones al efecto, según lo establecido en la Disposición transitoria segunda de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por cable según la modificación introducida por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Así pues, el mercado de las llamadas telefónicas de larga distancia en España se encuentra en la fase crítica de apertura a la competencia, desde una situación de monopolio legal, y de entrada de nuevos operadores en el mercado.

Para que la competencia entre operadores de larga distancia sea lo más activa posible es necesario que cualquier abonado al servicio telefónico independientemente de la empresa que le de línea o acceso básico, pueda seleccionar en cualquier momento el operador de larga distancia que él quiere que transporte sus llamadas.

Si importante es introducir esas facilidades y posibilidades de elección para el abonado, no lo será menos el evitar conductas de los operadores, en particular del dominante, que traten de impedir o debilitar su efectividad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El mercado geográfico a considerar sería el del territorio nacional español por cuanto es en esta área donde se dan las condiciones de homogeneidad y diferenciación en las condiciones de competencia en relación con otros territorios vecinos y por cuanto es en este territorio donde Telefónica interviene en la oferta del servicio telefónico básico.

Posición de dominio

En cuanto a la caracterización de la posición de dominio de una empresa, el Tribunal de Defensa de la Competencia hace también suyos los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia comunitario el cual, en sus sentencias de 21 de febrero de 1973 (As. 6/72, Continental Can, Rep. pg. XVIII-2, 215); 16 de diciembre de 1975 (Ass. acumulados 40 a 48/73, Industria europea del azúcar, P. 1663); 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, Hoffmann-La Roche, Rep. p. 461) y 14 – febrero 1978 (As. 27/76, United Brands, Rep. pg. 207) ha establecido que “la posición de dominio se refiere a una situación de poder económico ostentado por una empresa que le da la **capacidad para obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado** en cuestión, proporcionándole la posibilidad de un **comportamiento independiente** en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y finalmente de los consumidores”. Además el Tribunal marca la diferencia entre la posición de dominio y la de monopolio, indicando que la primera “**no excluye la existencia de una cierta competencia** pero coloca a la compañía que se beneficia de ella en la posibilidad, si no de decidir, al menos de influir notablemente en las condiciones en que esa competencia se desarrollará y, en todo caso, de comportarse en gran medida, sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que esta actitud le ocasione perjuicio”. (En el mismo sentido Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, “Roca Radiadores”, fundamento cuarto).

Para examinar si una empresa goza de posición de dominio, deben tenerse en consideración las **condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda** en el mercado, de manera que la existencia de esa posición puede resultar de diversos factores que tomados aisladamente no serían necesariamente determinantes pero que, en función de esa estructura pueden resultar definitivos.

De este modo la posesión de una parte del mercado extremadamente importante coloca a la empresa que la ostenta durante un periodo de una cierta duración, **por el volumen de producción y de oferta que ella representa** –sin que los que ostentan partes sensiblemente más reducidas tengan la posibilidad de satisfacer rápidamente la demanda que deseara emigrar– en una situación de fuerza que le asegura, cuando menos, durante periodos relativamente largos la independencia de comportamiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

característica de la posición de dominio, manteniendo, a pesar de una competencia fuerte, partes importantes del mercado intactas para ella.

Que los rasgos definitorios de una posición de dominio se dan en el caso de Telefónica de España, S.A. no ofrece lugar a duda y ya ha sido descrita en el epígrafe anterior. Telefónica de España, S.A. ha mantenido el monopolio de las telecomunicaciones en España hasta la promulgación del Real Decreto-Ley 6/1996, de 6 de abril por cuya virtud se otorgó a Retevisión, S.A. título habilitante para la prestación del servicio final de telefonía básica y el servicio portador soporte del mismo de ámbito nacional, debiendo interconectarse con la red adscrita el servicio público de telefonía básica en las condiciones fijadas por la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1997, red que explota el operador explícitamente definido allí como dominante.

Ello sitúa a la operadora en una posición que la habilita para actuar en las condiciones definidas en la jurisprudencia invocada.

Ahora bien, **ni la legislación nacional, ni la comunitaria proscriben, en su mera existencia, la situación de dominio.** Así, el Tribunal de Justicia, de nuevo en la jurisprudencia citada, señala que “la constatación de una posición dominante no implica per se ningún reproche para la empresa concernida, sino que significa solamente que a ella le incumbe, independientemente de las causas de tal posición, una **responsabilidad particular de no atentar con su comportamiento contra una competencia efectiva** y no falseada en el mercado” (S. “Michelin”) y Resolución “Roca Radiadores” fundamento quinto; Resolución de 27 julio 1995, “SENASA”, fundamento tercero, entre otras, del Tribunal de Defensa de la Competencia).

De este modo, **sólo el abuso en esa posición de dominio aparece como conducta prohibida en una y otra legislación.**

Como señala la Comisión Europea en su XXIV Informe sobre Política de Competencia: “La existencia de la posición de dominio no es en sí misma contraria a las reglas de competencia, “sino” las conductas de la empresa dominante diseñadas para mantener su dominio, por lo general directamente contra competidores o nuevos entrantes los cuales normalmente aportarían la competencia efectiva y el nivel de precios con ella asociado. Por tanto, una empresa dominante tiene una obligación especial de no hacer nada que pueda deteriorar aún más la ya frágil estructura de competencia o impedir deslealmente la emergencia y crecimiento de competidores nuevos o existentes que pudieran desafiar ese dominio y aportar el establecimiento de una competencia efectiva”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, será preciso determinar las condiciones en que, en una tal posición, Telefónica incide en la conducta prohibida, y que deberán resultar modificadas para restablecer una competencia no falseada en beneficio de los usuarios. Ello exige el examen de la oferta de que se trata desde varios puntos de vista que a continuación se exponen.

III

Sobre las condiciones del “abuso de posición de dominio”

De acuerdo con el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia “queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”, concretando dicho precepto que, tal abuso “podrá consistir, en particular, en :

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

(.....)

- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”.

Por su parte, el Tratado de la Comunidad Europea establece en su artículo 86 que “Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

Las autoridades competentes de los Estados miembros para la salvaguarda de las condiciones de competencia lo son también para garantizar el respeto de estas previsiones del Tratado ya que, visto lo concluido por el propio Tribunal de Justicia en la sentencia Michelin, “se debe constatar que cuando quien está en posición de dominio obstaculiza el acceso al mercado a los competidores, es indiferente el que este comportamiento tenga lugar únicamente en el territorio de un Estado Miembro, por cuanto es susceptible de tener repercusiones sobre las corrientes comerciales y sobre la competencia en el mercado común”.

Corresponde por tanto, examinar en este epígrafe las condiciones que pueden determinar la existencia de una explotación abusiva de la posición de dominio en la jurisprudencia, para abordar después, a la vista de las condiciones del Plan examinado, las modificaciones necesarias para evitar que ello se produzca.

Constituyen una explotación abusiva de la posición de dominio los comportamientos que son susceptibles de **influir en la estructura** de un mercado en el que, precisamente como consecuencia de la presencia de la empresa en cuestión, **el grado de concurrencia está ya debilitado** y que **tienen como efecto, obstaculizar**, el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el desarrollo de ella, por la vía del **recurso a medios distintos de los que gobiernan una competencia normal** de productos y servicios sobre la base de las prestaciones ofrecidas por los operadores económicos.

La primera posibilidad de ejercicio de una posición de dominio es la relativa a los precios. Una **política de precios** puede tener por finalidad el **acaparamiento del mercado**; una vez acaparado éste, la fijación del precio puede hacerse de forma no equitativa.

Cuando se establece una **correlación entre los precios** de una parte, y **el volumen de la producción y los costes, de otra, y no entre precios y presión de la competencia** que los fuerce a la baja, ello supone que la compañía está, por su posición, en condiciones de adoptar una política de precios destinada a prevenir dicha competencia, por cuanto que se encuentra en una situación privilegiada frente a sus competidores. Así la **proporción entre las partes de mercado** ocupadas por la operadora y las ocupadas por sus competidores; la ventaja tecnológica que una empresa posee en relación a sus competidores o **la existencia de una red comercial extremadamente perfeccionada** o **la disponibilidad de**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información comercial resultante de su posición dominante en el mercado son elementos que constituyen por sí mismos ventajas técnicas o comerciales características de la posición de dominio que no pueden constituirse en barreras a la entrada de nuevos competidores.

Para definir si un **sistema de primas** resulta una explotación abusiva en este sentido, es preciso apreciar el conjunto de circunstancias, y especialmente, **los criterios y modalidades para su otorgamiento**, y examinar si la prima tiende, mediante una ventaja que no descansa sobre ninguna prestación económica que la justifique, bien a impedir o restringir al usuario sus posibilidades de elección de sus fuentes de aprovisionamiento, bien a establecer **barreras en el acceso al mercado** por parte de los competidores, bien a **reforzar la posición de dominio**.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido diferenciando lo que denomina “**primas de cantidad**”, de lo que denomina “**primas de fidelización**”. Las primeras, exclusivamente vinculadas al volumen de consumo, son admisibles cuando se fijan **objetivamente** y son válidas **para el conjunto de los eventuales consumidores**; las segundas se calculan caso por caso en función de las necesidades de los clientes y tienden a impedir la competencia en la medida en que estas prácticas, considera el Tribunal, en manos de una empresa en posición dominante, y **particularmente en un mercado en expansión**, tienden a reforzar su posición mediante una competencia no fundada en las prestaciones y por tanto, falseada.

Asimismo, el Tribunal ha examinado formas de prima que, aun conteniendo elementos que, a primera vista, parecen puramente cuantitativos, resultan, en el fondo, formas particularmente elaboradas de primas de fidelización.

Los rasgos que permiten definir los sistemas de descuentos o de primas como de “fidelización” y, por tanto, como prohibidos son las siguientes:

- **Compromisos de compra**

La jurisprudencia comunitaria entiende que el hecho de que una empresa en posición dominante en el mercado, vincule a sus clientes - **aunque sea a petición de ellos mismos**- con una **obligación o compromiso de proveerse en todo o en una parte considerable** de sus necesidades, exclusivamente a través de la citada empresa, constituye una explotación abusiva de una posición de dominio, independientemente de la existencia de contrapartida por la vía de descuentos o de primas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y ello es así **igualmente cuando** la empresa, sin vincular a los clientes mediante una obligación formal **aplica, bien en virtud de acuerdos con sus clientes, bien unilateralmente un sistema de primas de fidelización**, es decir, descuentos vinculados a la condición de que el cliente se provea exclusivamente para el todo o una parte importante de sus necesidades, de la empresa dominante.

Efectivamente el otorgamiento de primas de fidelización para incitar al cliente a proveerse exclusivamente en la empresa dominante son incompatibles con el objetivo de una competencia no falseada.

▪ **Discriminación:**

Las primas de fidelización suponen que dos clientes de una misma cantidad de un mismo producto pagan un precio diferente según que se provean exclusivamente de la empresa dominante o que diversifiquen sus fuentes de aprovisionamiento, introduciendo un elemento discriminatorio característico de ésta figura y que determina que, a diferencia de las primas de cantidad ligadas exclusivamente al volumen de compras, las primas de fidelización se consideren como conductas abusivas.

De acuerdo con el art. 16.1 de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia desleal, el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.

▪ **Personalización:**

Así, cuando los descuentos no son función de cantidades fijadas objetivamente y **válidas para el conjunto de los eventuales clientes**, sino estimaciones establecidas caso por caso para cada cliente en función de la capacidad de absorción que se le presume, el objetivo contemplado no es cubrir el máximo de cantidad, sino el máximo de necesidades de los clientes y por tanto de fidelización de éstos.

▪ **Transparencia:**

Por último la **falta de transparencia** ha sido también tenida como relevante a la hora de determinar la existencia o no de explotación abusiva de una posición de dominio. En su sentencia "Michelin", el Tribunal de Justicia señala que la falta de transparencia de un sistema de descuentos tiene por efecto que los destinatarios de ella se encuentren en una situación de **inseguridad** y no pueden generalmente **prever con certeza las consecuencias** que tendrá su aplicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, incluso si la inobservancia por el cliente de su compromiso de consumo exclusivo no le expone sino a la pérdida del beneficio del descuento prometido, esos contratos supondrán siempre una **incitación suficiente** a reservar la exclusividad al proveedor.

- **Irrelevancia de las llamadas “cláusulas inglesas”**

El carácter anticompetitivo de esta figura no resulta eliminado por la llamada “cláusula inglesa”, en virtud de la cual la empresa en posición dominante se compromete a igualar cualquier mejor oferta o liberar al cliente de su compromiso.

Ahora bien, no es posible olvidar que esta caracterización de las primas de fidelización y su prohibición responden a un objetivo fundamental cual que evitar que la empresa en posición de dominio, mediante el recurso a medios distintos de los que gobiernan una competencia normal y en razón de la posición privilegiada que ocupa en el mercado pueda establecer barreras de acceso a los nuevos operadores o bien reforzar su posición de dominio. Por tanto, será preciso examinar la posición de Telefónica y las consecuencias de la oferta examinada para sus competidores.

IV

Sobre las condiciones del “Plan de Ahorro” de Telefónica

De acuerdo con la descripción que Telefónica hace de su “Plan de Ahorro” éste presenta como características fundamentales las siguientes:

- se basa en la posibilidad de un uso más racional de la red, **optimizando las inversiones** realizadas.
- oferta **de forma individualizada y personal** planes de consumo a clientes de “Gran Público”.

Ello supone la accesibilidad limitada (no se ofertaría en ningún caso a los clientes que hubieran tenido incidencias en el cobro o de los que no se dispusiera de un año de facturación detallada) y la selección previa del destinatario de la oferta de descuento (según ella misma informa, Telefónica estudia y “eventualmente” hace la oferta).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- los criterios para la selección de clientes beneficiarios son su **consumo histórico** y su **potencial de incremento de consumo** y la disponibilidad de **facturación detallada**. El mínimo de consumo obligatorio y/o los porcentajes de descuento en que resultarían las ofertas son establecidos por Telefónica caso por caso. Además ella conserva la capacidad de modificarlos.
- las **condiciones** de la oferta **no son generales**. No existe ningún documento en que se relacionen a los clientes las condiciones de la oferta que se les somete.
- es común a todos los casos la exigencia de **compromisos de un consumo mínimo**.
Para el tráfico **provincial**, se ofrece consumo adicional (con distinto volumen según horario) como incentivo por el compromiso de un consumo mínimo. Este acuerdo de mínimo se establecería, para cada caso, según el perfil de consumo del cliente.
Para el tráfico **interprovincial**, el criterio es similar.
Para el tráfico **internacional**, se ofrecería como incentivo un descuento general (10% en diurno y 40% en nocturno) sobre las llamadas a unos números determinados de antemano. A cambio debería abonarse una cantidad por cada número predeterminado.
- Se limita al **tráfico de voz**.

Pues bien, se trata aquí de opciones comerciales ya examinadas y calificadas en la jurisprudencia que hemos venido citando, de manera que para su adecuación a las exigencias de la protección de la competencia, será precisa la reformulación de sus condiciones.

- **Compromiso de consumo mínimo**

En principio, no estaríamos ante un plan de descuentos por cantidad ligado exclusivamente al volumen de las compras de los clientes por cuanto los descuentos resultantes para cantidades comparables nunca serían idénticos ni comparables.

Por otra parte, Telefónica no exige un compromiso de exclusividad de las llamadas telefónicas de larga distancia del cliente; sin embargo, no puede ignorarse que el compromiso de alcanzar un mínimo de consumo bimensual en las llamadas de larga distancia para poder acceder al descuento (o a su equivalente, el tráfico adicional gratuito) es un compromiso de cubrir una parte sustancial de las necesidades del cliente en este tipo de llamadas. Desde este punto de vista, el Plan de ahorro



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

debería ser considerado, sin necesidad de mayor análisis o examen, como descuento o prima de fidelidad, esto es, creador de un vínculo de dependencia entre los clientes y un proveedor en posición de dominio, y su aplicación por Telefónica constituiría un abuso en el sentido de los artículos 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 86 del Tratado de la Comunidad Europea.

No cabe duda de que un sistema de descuentos como el ofrecido por Telefónica, basado en compromisos individuales del cliente de superar objetivos de consumo para su aplicación, ejerce en el cliente una fuerte presión para incitarle a hacer las llamadas de larga distancia siempre a través de Telefónica ante el riesgo de no alcanzar ese umbral mínimo de consumo que establece la propia Telefónica tras estudio individual. Esta presión vendría acentuada por la falta de transparencia e información en que se desarrollaría o aplicaría el Plan de Ahorro.

La situación en que se encontraría un cliente de Telefónica podría eliminar su capacidad de elegir, en todo momento y en función de la situación del mercado, el poder llevar a cabo una llamada de larga distancia a través de Telefónica o de cualquier otro operador de larga distancia.

De esta suerte se restringe la posibilidad de elección por los clientes en lo que se refiere a los operadores de larga distancia y hace más difícil el acceso al mercado de los competidores de Telefónica.

▪ **Discriminación**

La aplicación a terceros de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes por parte de Telefónica al aplicar el Plan de ahorro se da en razón de las condiciones y modalidades de propio Plan y de las condiciones para acceder:

- En primer lugar, porque no todos los clientes de la compañía pueden acceder por razones varias (existencias de incidencias en el cobro, no disponibilidad de facturación detallada durante el año anterior).
- En segundo lugar, por cuanto, al parecer, es Telefónica quien “eventualmente” hace la oferta de Plan al cliente. Es decir, queda completamente a discreción de Telefónica quien puede acceder a los descuentos y quién no.
- Asimismo, queda a discreción de Telefónica el establecimiento y modificación del mínimo de consumo bimensual de tráfico de larga distancia que permite al cliente acceder automáticamente a los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

descuentos. Ese umbral se fijaría mediante la apreciación unilateral y selectiva de Telefónica del consumo histórico, el perfil y el potencial de crecimiento de consumo de cada cliente.

En estas condiciones, es presumible que dos clientes de Telefónica que llevaran a cabo consumos de larga distancia idénticos, en condiciones similares, tuvieran descuentos distintos (aún más, pudiera ser que uno tuviera descuentos y el otro no) en razón de la apreciación que Telefónica pudiera hacer en cada caso y en razón de la aplicación de criterios o condiciones desiguales no justificadas en consideraciones comerciales legítimas.

▪ **Personalización**

De la propia descripción del Plan de Ahorro efectuado por Telefónica y de las características mencionadas anteriormente resulta que se trata de ofertas **individualizadas** y **personalizadas** en función del consumo histórico del cliente y su potencial de incremento estructura del consumo y siempre que se disponga de historial de consumo con facturación detallada (al menos de un año) y sin incidencias en el cobro.

Son, por tanto, como ya ha quedado dicho, ofertas de accesibilidad limitada, con selección previa del destinatario que efectúa la propia compañía caso por caso.

▪ **Transparencia**

De acuerdo con la información remitida por Telefónica de España, S.A., no existe documento alguno que recoja las condiciones de la oferta, habiéndose establecido la relación con el cliente a través de telemarketing, conservando además la compañía la capacidad de modificar los porcentajes de descuento y los mínimos de consumo mínimo obligatorio.

En definitiva se produce la imposibilidad de prever con certeza, tanto la recepción de la propia oferta, como los términos de su aplicación y el impacto beneficioso o no para el cliente, resultante de la misma.

▪ **Irrelevancia de la “cláusula inglesa”**

La inclusión de la posibilidad para el cliente de renunciar en cualquier momento a la oferta no altera el carácter anticompetitivo que la misma tiene, como se ha visto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

▪ **Descuentos selectivos en función del tipo de uso de la red**

Telefónica explicita que su oferta sólo es aplicable al tráfico de voz lo que representa además una vulneración de lo establecido en la Directiva 95/62/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal cuyo artículo 12.3 señala que “las tarifas de acceso y uso de la red telefónica fija pública deberán ser independientes de la aplicación que los usuarios hagan excepto en la medida en que requieran diferentes servicios o facilidades”.

▪ **Uso de información de consumo histórico**

Tal y como señala Retevisión en sus alegaciones, el uso de información sobre consumos históricos resultante de su posición de ex-monopolista, no disponible para otros operadores coloca a éstos en situación de inferioridad no pudiendo estructurar una oferta competitiva ni conseguir compromisos de consumo con riesgo controlado.

Ello determina de nuevo, una barrera a la entrada de éstos en el mercado.

En definitiva, de los criterios y modalidades de otorgamiento del descuento resulta que el Plan de Ahorro, no se funda en ninguna prestación económica que los justifique puesto que no se produce ningún ahorro de los costes de Telefónica, ahorro –éste sí- que podría y debería repercutirse en los clientes.

Por el contrario, reúne todos los caracteres propios de las primas de fidelización consideradas abusivas según la jurisprudencia examinada. Queda ya solamente por describir el doble efecto que sobre los competidores puede generar una oferta de esta naturaleza, visto ya el de fidelización de clientes.

▪ **Creación de barreras a la entrada de operadores al mercado español de telefonía de larga distancia**

El establecimiento y aplicación del Plan de Ahorro podría tener como efecto la creación de otro tipo de barreras de entrada al mercado de los competidores de Telefónica, alguna de estas barreras insalvables o de tal dimensión que pudiera impedir por completo la entrada de nuevos operadores justamente en el momento crítico en que nos hallamos de apertura a la competencia desde una situación de monopolio legal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Un competidor de Telefónica que quisiera proponer a un cliente de Telefónica una mejora competitiva para que aquél la tuviera en consideración al efectuar llamadas de larga distancia –lo que se llama igualar la oferta- debería tener en cuenta el valor absoluto del descuento el cual, obligadamente, en términos relativos (esto es, con respecto al volumen mucho más reducido de las llamadas de ese cliente que el competidor transporta) serían de un porcentaje muy elevado.

Así, aún cuando el porcentaje de descuento que ofreciera Telefónica fuera muy pequeño, sería muy difícil que los competidores pudieran compensar a los clientes las ventajas o las pérdidas resultantes de que ese consumo alcanzara o no el mínimo exigido por Telefónica para acceder al descuento (o, de otra manera equivalente, al consumo adicional gratuito).

▪ **Reforzamiento de la posición de dominio de Telefónica**

Telefónica con esta oferta, reforzaría o endurecería su posición única y de dominio en el mercado de llamadas telefónicas de larga distancia, en estos momentos, ante el próximo desafío de los operadores entrantes. Este mercado aún presenta desequilibrios que tienen su origen en la etapa monopolística que se está cerrando; desajustes entre precios y costes, en especial en las llamadas provinciales e interprovinciales, teniendo previsto el Gobierno una reducción general del precio fijo de las mismas en dos etapas: un 15% en 1998 y un 20% en 1999 sobre las tarifas existentes el 1.1.98.

Este mismo desajuste y la necesidad de disponer de tiempo para eliminarlo, motivaron la concesión de un periodo adicional para la apertura total del mercado de larga distancia en España.

La consecuencia de ello es que Telefónica, sin esperar a la finalización del proceso escalonado de ajuste, aprovecharía esa fuente de rentas monopolísticas para reforzar su posición de dominio antes de que un mínimo de competencia hubiera podido desarrollarse y ni tan siquiera instalarse.

▪ **Efectos inducidos de la aplicación del Plan de Ahorro en los acuerdos de interconexión**

Las dificultades con que se encontrarían los competidores para poder “igualar” cada una de las ofertas de Telefónica se verían incrementadas si una hipotética aplicación del Plan de Ahorro no hubiera sido contemplada o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tenida en cuenta en los acuerdos de interconexión entre los operadores y Telefónica, en especial a la hora de acordar los precios de interconexión.

Para los operadores, incluso para la propia Telefónica, en cuanto que tiene que tener separadas las cuentas de su negocio de interconexión y del resto de servicios, estos precios de interconexión son una parte, sin duda la fundamental, de los costes asociados a los servicios de larga distancia. En consecuencia, cualquier oferta de Telefónica resultante en un descuento en los precios finales de los servicios de larga distancia debería venir acompañada inexorablemente de la correspondiente reducción o descuento equivalente en los precios e interconexión que ofrece a los operadores. De otra suerte, estos nunca podrían intentar igualar la oferta de Telefónica.

Tal y como manifiesta Retevisión en sus alegaciones, la relación directa entre los costes por uso de la red y el volumen de tráfico cursado por la misma, trae como consecuencia que las tarifas de interconexión, que deben estar orientadas a costes, están directamente relacionadas con esos volúmenes de tráfico, y un cambio en los flujos de tráfico, tiene una incidencia fundamental en dichos costes y, por ende, en las tarifas de interconexión.

V

Sobre las condiciones de adaptación del “Plan de Ahorro” a las reglas de competencia. Transformación de las primas de fidelización en primas de cantidad.

Teniendo en cuenta que solamente aquellas ofertas que fomentan la competencia real pueden producir un impacto beneficioso para el usuario no sólo a un plazo inmediato sino con un carácter perdurable en el tiempo, y que éste es el objetivo que debe guiar la actuación de la Comisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización e las Telecomunicaciones, es preciso establecer las condiciones que, garantizando el acceso al mercado de los nuevos operadores, permitan el mantenimiento de la oferta examinada asegurando además su generalización para los usuarios, en beneficio de éstos.

Con la incorporación de dichas condiciones, que a continuación se describen, quedará garantizado un beneficio real y permanente en el tiempo para el mercado y los usuarios, permitiendo a los nuevos operadores contribuir a un descenso generalizado de precios que, a su vez, constituye un objetivo prioritario de la introducción de competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esas condiciones se refieren, por un lado, a los abonados para eliminar los efectos discriminatorios y de fidelización que el Plan diseñado inicialmente produciría, y por otro, a los nuevos operadores con el fin de recoger en sus precios de interconexión el impacto reductor de precios al usuario final que la oferta produce y permitirles también en estos ámbitos competir realmente.

1) Condiciones para los abonados

▪ Compromiso de consumo.

Será preciso eliminar cualquier vínculo del abonado que le pueda impedir seleccionar libremente el operador en todo momento a la luz de la situación de mercado más favorable; para ello sería necesario incorporar las siguientes modificaciones:

- 1º que se lleve a cabo un simple descuento por volumen sin condicionarlo a un consumo anterior).
- 2º eliminar la personalización en las ofertas.

▪ Generalización de la oferta.

Será preciso asegurar la plena accesibilidad de todos los clientes de Telefónica de España, S.A. al Plan de Ahorro; para ello son necesarias las siguientes modificaciones:

- 1º no se impondrán condiciones de acceso al Plan más allá de las estrictamente necesarias y justificadas.
- 2º todos los clientes tienen derecho a acceder al Plan como principio general.
- 3º debe ser el cliente quien decida adherirse a un Plan conocido y transparente y no la operadora la que seleccione a quién lo ofrece en condiciones “personalizadas”.

▪ Transparencia.

Será preciso garantizar a los usuarios su capacidad para prever con certeza las condiciones de la aplicación de la oferta, eliminando toda situación de inseguridad al respecto. Para ello será necesario:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 1º todas las condiciones, tanto generales como particulares o de detalle, deben ser conocidas o al alcance de todos los clientes de Telefónica de España, S.A..
- 2º las ofertas no podrán ser hechas a posteriori ó individualizadas, pero sí por tramos de consumo y con los márgenes de descuento hechos públicos con anterioridad.
- 3º el abonado deberá tener en su recibo información detallada de su consumo valorado a tarifa ordinaria (tanto diurna como nocturna) y poder cuantificar por sí mismo, con precisión, el beneficio o perjuicio que la adhesión al Plan le ha representado para cada periodo.
- 4º deberán especificarse los términos temporales de vigencia de la oferta.

- **Diferenciación tarifaria por razón del uso de la red**

Será preciso eliminar el elemento selectivo de uso de acuerdo con lo establecido en el art. 12.3 de la Directiva 95/62/CE relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal.

2) **Condiciones respecto de los nuevos operadores**

Para evitar que el sistema de primas descrito pueda resultar constitutivo de un abuso de posición dominante por parte de Telefónica es preciso, además de proceder a la adaptación de las modalidades y criterios para su otorgamiento, indicar las condiciones que deben garantizar que dicho sistema no genere el efecto prohibido de establecimiento de barreras en el acceso al mercado por parte de los competidores.

Y en este ámbito, resulta vital el tratamiento que se dé a las condiciones y precios de la interconexión.

Como ha quedado indicado anteriormente, el otorgamiento de título habilitante a los nuevos operadores para la prestación del servicio final de telefonía básica supone que éstos han de interconectarse con la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota directamente Telefónica.

Debe considerarse a este respecto que la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1997, por la que se fijan las condiciones y tarifas de interconexión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

descansa, en sus previsiones, sobre el marco tarifario vigente corregido con las modificaciones que ella misma recoge en su disposición adicional cuarta, y por tanto, en ese marco se ha valorado la adecuación de las tarifas que se fijan en su art. 6 a los costes de la interconexión, por una parte, y la protección de la capacidad de competir de los nuevos operadores, por otra.

Es así que, cualquier opción comercial del dominante que incida, directa o indirectamente, sobre alguna de las variables que integran dichas previsiones, incide también sobre esa adecuación de las tarifas, y exige unas medidas correctoras adecuadas.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que, como establece la Orden Ministerial, las tarifas tienen carácter de máximas, y que de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional tercera (art. 6 pfo. 3º), las entidades habilitadas para la prestación del servicio final de telefonía básica “podrán alcanzar acuerdos en materia de interconexión que modifiquen algunos de los aspectos regulados en ella, debiendo notificar dichos acuerdos a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.

La posibilidad reconocida en la antes citada Orden de interconexión, de que los operadores se separen de la misma, junto con la capacidad del operador dominante de proponer para su aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de sistemas de tarificación del servicio telefónico básico, que incluyan un mayor grado de libertad a la hora de confeccionar ofertas, son tanto, la base de un enriquecimiento, por otra parte deseable, de las ofertas comerciales del servicio telefónico básico, como de un riesgo de distorsión de la competencia en ese mercado.

Una posible solución para compaginar una mayor libertad de oferta por parte del operador dominante, junto con el desarrollo de la competencia en beneficio de los usuarios, sería la de respetar el principio de que la correlación entre los acuerdos de interconexión vigentes entre los operadores y los precios ofertados por el operador dominante, sea tal que no aparezcan barreras a la competencia, y en particular que cualquier operador eficiente, pueda de forma razonable equiparar o mejorar las ofertas realizadas por el dominante.

En ese sentido, un acuerdo de interconexión puede resultar o no, una barrera a la competencia, en la medida en que la estructura de los precios de interconexión acordados, el valor de los mismos, o la combinación de ambos, permita o no al operador no dominante, en unas condiciones razonables de eficiencia el igualar la oferta de su competidor dominante.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El análisis de la correlación entre ofertas y precios de distribución y condiciones y precios de interconexión, debe descansar en dos aspectos:

- a) En caso en que la oferta del operador dominante suponga un cambio respecto de la estructura tarifaria con la que se regularon las condiciones de interconexión en la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1997, es necesario aplicar el principio establecido en el artículo 6.a) de la Directiva 97/33/CE, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), (DOCE Nº L 199/32), por el que ningún operador dominante puede aplicar condiciones distintas en circunstancias similares, a otros operadores, de las que le aplica a sus propios servicios, filiales o asociadas.

En este sentido la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones examinará si la oferta y precios de distribución del operador dominante es coherente con las condiciones y acuerdos de interconexión que se aplica a sí mismo, y que no puede diferir sustancialmente de las que aplica a otro. Y si los precios ofertados por los servicios del operador dominante son o no inferiores a sus costes, incluidos en ellos también los de interconexión.

Si de tal análisis resulta una incoherencia entre las condiciones de interconexión acordadas y las ofertas de distribución, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptará las medidas necesarias para la eliminación de la incoherencia, bien modificando la oferta, bien los acuerdos de interconexión.

- b) El segundo análisis viable, parte de la presunción de que en la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1997, los precios de interconexión máximos y los precios de distribución de Telefónica, una vez aplicadas las modificaciones contenidas en el calendario previsto son mutuamente coherentes.

En ese sentido si no mediase cambio de estructura tarifaria (bien al nivel de oferta de distribución, bien al de acuerdos de interconexión), se debería presuponer que los precios para las distintas categorías del servicio telefónico básico (metropolitano, provincial, nacional e internacional) son los correspondientes a un operador eficiente, que debe pagar las correspondientes tarifas de interconexión definidas en la citada Orden. Por lo anterior, cualquier oferta de Telefónica en el marco de la misma estructura tarifaria, que suponga unos precios de distribución inferiores,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

deberá ser considerada como una mejora en la eficiencia de esta compañía, y reflejada, (de forma proporcional al peso de los costes de interconexión en los servicios de Telefónica), en una nueva oferta de interconexión a los otros operadores.

En razón de todo lo expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de las funciones reconocidas en las letras c); f) y h), de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

Primero: Telefónica de España, S.A., podrá, previa su autorización por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, comercializar el denominado “Plan de Ahorro” para los servicios provincial, interprovincial e internacional siempre que dicha oferta respete las condiciones definidas en el fundamento V de la presente Resolución.

Segundo: Una vez obtenida la autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, los contratos suscritos en fecha anterior a esta Resolución **deberán** incorporar las modificaciones necesarias para asegurar el respeto de las condiciones anteriormente indicadas.



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 podrá interponerse recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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 y artículo 58 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola