



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ ODRIOSOLA, 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 19 de febrero de 1998, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba el **INFORME**

PRECEPTIVO SOBRE LOS PROGRAMAS DE DESCUENTO ASOCIADOS AL SERVICIO TELEFÓNICO BÁSICO DENOMINADOS “AMIGOS Y FAMILIA INTERPROVINCIAL”

1. OBJETO Y MOTIVOS DEL INFORME

El Ministerio de Fomento, a través de la Secretaría General de Comunicaciones ha remitido, para informe preceptivo, con fecha 9 de febrero, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las “**propuestas de programas de descuentos tipo Amigos y Familia Interprovincial**”, propuestas que fueron formuladas por Telefónica de España, S.A. con fecha 2 de febrero de 1998.

2. DESCRIPCIÓN DE LOS PROGRAMAS

Los Programas cuya autorización se solicita responden a las denominaciones siguientes:

- “Amigos y Familia Joven”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- “Amigos y Familia Interprovincial Regional”
- “Amigos y Familia Interprovincial para Núcleos Familiares”
- “Amigos y Familia Interprovincial Oro”

La estructura de las Condiciones particulares es idéntica en los cuatro programas:

1. Adscripción.
2. Período de vigencia.
3. Gratuidad de la adscripción al programa.
4. Valor del descuento.
5. Fecha de efectividad para el cliente.
6. Desincorporación al programa.

de modo que entre un programa y otro únicamente varían los contenidos de los apartados 1 y 4.

En el programa **regional** es elegible cualquier titular de línea telefónica y el programa es compatible con los otros tres, de suerte que en caso de coincidencia en los tramos horarios se aplica el más beneficioso para el abonado. El descuento es del 50% sobre la tarifa interprovincial vigente en llamadas en festivos y entre 21 y 8 horas de lunes a sábado, efectuadas a los mismos interprovinciales elegidos con un máximo de 10, y siempre dentro de la misma Comunidad Autónoma.

El programa **oro** se dirige a los titulares de líneas telefónicas de más de 60 años; sólo es compatible con el regional y, con los mismos días y horarios, el descuento es del 60% sobre las tarifas vigentes en el servicio telefónico interprovincial.

El programa **joven** se dirige a los titulares de líneas telefónicas que tienen menos de 35 años, a los que se ofrece un descuento del 35% en los mismos días y horas que los anteriores **y también** un descuento del 10% para llamadas entre 8 y 21 horas de lunes a sábados y siempre en relación con las correspondientes tarifas telefónicas interprovinciales. Al igual que el anterior sólo es compatible con el regional.

Finalmente, el programa **para núcleos familiares** se dirige a titulares de líneas familiares en cuyo domicilio residan habitualmente tres o más personas; la estructura de los descuentos es la misma que la del programa joven con los valores de 40% y 10%. Como los anteriores, sólo es compatible con el programa regional **(Cabe señalar que el descuento del 10% no figura en la publicidad en prensa escrita).**

Con fecha 11 de febrero, la Dirección de Mercados de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emite informe en relación con los siguientes puntos:

- Compatibilidad con el régimen de las tarifas sobre las que se aplican los descuentos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.
- Otras condiciones en relación con la aplicación de los programas.

En el mencionado informe se concluye que la aplicación de los planes solicitados puede suponer un beneficio para el mercado y los usuarios.

3. EXAMEN EN RELACIÓN CON LAS NORMAS RELATIVAS A LA APLICACIÓN Y APROBACIÓN DE TARIFAS POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.

Como ya señaló esta Comisión en su resolución de fecha 4 de diciembre de 1997, 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).

Por su parte el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores en su artículo 28 las tarifas del servicio telefónico básico que presten los operadores dominantes serán aprobadas por la Comisión delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Por los que se refiere a las tarifas del servicio telefónico interprovincial, aparecen publicados en la Orden Ministerial de 28 de julio de 1994, apartado 5.1.1 del Anexo sin que esta disposición haya previsto la posibilidad de aplicar descuentos a las tarifas aplicadas a este servicio que aparecen como fijas.

Además no puede ignorarse que por Orden Ministerial de 18 de marzo de 1997, han quedado fijados los porcentajes de rebaja general en las tarifas del servicio telefónico básico a lo largo de los ejercicios 1998 y 1999, incluidas las afectadas por los programas propuestos 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4. EXAMEN EN RELACIÓN CON LA SALVAGUARDA DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MERCADO

Desde la perspectiva de la salvaguarda de la competencia, no cabe duda de la posición de dominio de que goza Telefónica en el mercado relevante del Servicio Telefónico Básico en el territorio nacional, tal y como se describe en la resolución de esta Comisión de 4 de diciembre de 1997 sobre el Plan de Ahorro en el Servicio Telefónico Básico para ámbitos provincial, interprovincial e internacional (en adelante Resolución “Plan de Ahorro”).

Ahora bien, como ya se señaló entonces, “ni la legislación nacional, ni la comunitaria proscriben, en su mera existencia, la situación de dominio.... sólo el abuso en esa posición de dominio aparece como conducta prohibida en una y otra legislación”.

En concreto, el ejercicio de una posición de dominio en materia de precios puede resultar abusiva cuando tiene por finalidad el acaparamiento del mercado.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe por tanto examinar ahora, como ya lo hiciera en su resolución “Plan de Ahorro” citada, si el sistema de descuentos propuesto, en razón del conjunto de sus características, y muy especialmente, de los criterios y modalidades para su otorgamiento, puede introducir barreras en el acceso al mercado por parte de los competidores, o reforzar la posición de dominio de la propia Telefónica; en definitiva, si los descuentos ahora sometidos a examen suponen primas de fidelización.

Es preciso además destacar aquí que, como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “la necesidad para una empresa de bajar sus precios, bajo la presión de las bajadas producidas por la iniciativa de sus competidores es, en general, incompatible con la independencia del comportamiento característica de la posición de dominio” (S. Hoffmann – La Roche & Co), sin perjuicio de que, si el conjunto de elementos permiten demostrar caso por caso que la correlación no se produce entre precios y competencia sino entre precios y volumen de producción y costes, la conclusión será distinta.

De acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su resolución de 4 de diciembre, los descuentos vinculados exclusivamente al consumo son admisibles cuando se fijan objetivamente y son válidos para el conjunto de los eventuales consumidores en quienes concurren las circunstancias objetivamente fijadas.

Del examen de las condiciones particulares de estos programas a la luz de los criterios establecidos por esta Comisión resulta:

1. Condiciones para los abonados

- **Inexistencia de compromiso de consumo**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, no aparece vínculo entre los descuentos ofertados y compromiso alguno de exclusividad o de superación de objetivos de consumo por el cliente, de manera que no existe para éste presión que le incite a hacer sus llamadas de larga distancia siempre a través de Telefónica. Desde este punto de vista, los descuentos carecen de efecto fidelizador alguno.

▪ Discriminación

Por lo que se refiere a esta característica, es evidente que los Programas en cuestión no representan una oferta a la totalidad de los clientes de Telefónica, sino que efectúan una discriminación entre categorías distintas dentro de ellos. Debe analizarse entonces, si es o no una discriminación de las que caracterizan a las primas de fidelización y por tanto contraria o no a las reglas de competencia.

De acuerdo con el artículo 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".

Es éste un criterio por lo demás recogido en el art. 19 del texto conjunto aprobado por el Comité de Conciliación previsto en el art. 189 B del Tratado de la Comisión Europea, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre aplicación de la ONP a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo; dicho artículo dispone que los Estados miembros velarán por que los organismos de telecomunicaciones con posición significativa en el mercado, en los mecanismos de reducción que ofrezcan a los usuarios, incluidos los consumidores, sean plenamente transparentes y se publiquen y apliquen de conformidad con el principio de no discriminación.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Defensa de la Competencia vienen concretando lo que debe entenderse como discriminación contraria a Derecho, cual es "la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes" para concluir que "las diferencias en el volumen de descuentos, que no se aplican mecánicamente pueden no ser el resultado de aplicar criterios desiguales, y pueden estar justificados por consideraciones comerciales legítimas" (Sentencia de 9 de noviembre de 1983, As. 322/81, Michelin/Comisión Rep. pg. 3461), en cuyo caso no cabría apreciar discriminación contraria al artículo 86 c) del Tratado.

Por otra parte, nada obsta ofrecer precios distintos a compradores en situaciones diferentes (Sentencia de 24 de junio de 1986, As. 53/85, AKZO).

Como se ha señalado, la discriminación contraria al libre juego de la competencia debe suponer un trato diferente para situaciones idénticas, aceptándose en cambio el trato diferente para situaciones diferenciadas en función de criterios objetivos aplicados por igual a todos los sujetos en quienes éstos concurren, perteneciendo a las decisiones de política comercial de los operadores, su definición.

El art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia establece que "queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. El 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”.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en resolución de fecha de 3 de noviembre de 1995, ha señalado que la Ley de Defensa de la Competencia “no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la Ley de Competencia Desleal. La Ley de Defensa de la Competencia es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento del mercado. Y como pudiera pensarse que la lealtad en la competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la Ley exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. La deslealtad que considera el art. 7 es una deslealtad cualificada”.

Reitera en esta resolución el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia que para entender que un acto desleal es contrario a la libre competencia no basta con que se produzca la deslealtad, sino que también es necesario que como consecuencia de la misma se afecte sensiblemente a la libre competencia, con entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. No es suficiente, pues, con cualquier deslealtad, sino que es necesario que la misma sea cualificada.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la discriminación en precios supone una bajada de tarifas para unos sectores específicos del mercado: los pequeños o medianos usuarios (residencial) con demanda elástica.

Así, dos categorías de clientes que lleven a cabo consumos de larga distancia idénticos pueden obtener o no descuentos en función de consideraciones comerciales legítimas, a las que ya aludía la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “Plan de Ahorro”, entre las que pueden contarse las que alcanzan al estímulo del incremento de consumo en franjas horarias de menor intensidad de tráfico, para categorías de abonados con menor capacidad económica, o para adaptar su oferta comercial a la estructura territorial del mercado objetivo, que constituyen criterios objetivamente establecidos por la operadora para diseñar sus ofertas comerciales.

Ahora bien, como se ha dicho ya, se podría calificar como práctica abusiva por una empresa dominante la discriminación en precios que tuviera como efecto el que terceros quedaran situados en una posición económica realmente desventajosa como resultado de la política seguida por la empresa dominante; por tanto, debe analizarse si los competidores de Telefónica pueden igualar la oferta sin por ello poner en peligro su viabilidad; en definitiva, si la política de precios responde a la finalidad prohibida de acaparamiento del mercado.

Es además ésta una cuestión que se analizará más detenidamente en relación con los efectos de los planes presentados para los demás operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

▪ Generalización

Establecidos los criterios objetivos que definen cada una de las categorías a las que se dirigen, los descuentos previstos aparecen como aplicables y válidos para el conjunto de eventuales clientes, excluyendo toda valoración caso por caso y, por tanto, toda personalización de la oferta, sin consideración al consumo histórico del cliente. La accesibilidad queda limitada exclusivamente por aquellos criterios que, de forma objetiva, permiten al operador seleccionar las categorías de clientes comercialmente relevantes en cada caso.

▪ Transparencia

Entre la documentación examinada aparece el documento de condiciones particulares de cada programa que recoge, además de la remisión a las condiciones generales contenidas en el contrato de abono telefónico, las específicas de adscripción, vigencia y valor del descuento. De este modo, la imposibilidad de prever con certeza la aplicación, términos e impacto de la oferta para los clientes que aparecía en el Plan de Ahorro examinado en la resolución de 4 de diciembre se sustituye ahora por términos que definen todos esos aspectos para el cliente.

Aparecen sin embargo tres aspectos sobre los que debería introducirse un mayor grado de concreción: en primer lugar, y por lo que se refiere al modo de adscripción, se señala que la misma se realizará mediante aceptación de las condiciones manifestada por el cliente “en contacto con un agente de Telefónica”, y a continuación se dispone que “Telefónica confirmará dicha adscripción por escrito” con lo que pareciera subsistir una capacidad de selección de la compañía que se reservaría la capacidad de iniciativa en la oferta concreta caso por caso. Teniendo en cuenta que son destinatarios de la oferta “los titulares de líneas telefónicas que dispongan de facturación detallada”, dicha cláusula deberá redactarse de modo que, sin oscuridad, deje a la iniciativa del cliente la de adscripción fijando con claridad el momento de entrada en vigor de los descuentos.

En segundo lugar, y en el mismo sentido, las modificaciones y período de vigencia de los programas, fijadas en el apartado 2 de las Condiciones Particulares de los cuatro programas de descuento, se establece que Telefónica podrá notificar la pérdida de vigencia o la modificación de sus condiciones con carácter general. Sería conveniente, en aras a una mayor garantía de permanencia ante el usuario, que se asegure un plazo mínimo entre la notificación y la entrada en vigor tanto de las modificaciones como de la pérdida de vigencia.

En tercer lugar y en cuanto a la diversificación horaria, se sobreentiende que los descuentos ofrecidos se aplican sobre las tarifas vigentes en cada momento y en los distintos tramos horarios. Ocurre que los tramos horarios sobre los que se aplican las tablas de descuento no coinciden con los tramos horarios a los que se aplican las tarifas punta, normal y reducida. En consecuencia, es muy posible que se cree cierta confusión en el usuario y esto no se llegue a percatar de que por ejemplo, durante una hora – de 21 de 22 horas – le están ofreciendo un descuento entre el 35 y el 60% pero sobre una tarifa que puede ser superior a la tarifa que se aplica a partir de las 22 horas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último y en relación con el tratamiento comercial de los descuentos, la publicidad de los programas anticipada a la obtención de la necesaria autorización administrativa, genera confusión en perjuicio de los usuarios a quienes puede inducirse a entender como existentes, de presente, ofertas que pueden no llegar a concretarse, si no resultaran efectivamente aprobadas pero que, en todo caso, han podido a su vez, desencadenar un efecto de inhibición en la contratación con otros operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Efectos respecto de los nuevos operadores

Corresponde examinar aquí si el establecimiento y aplicación de los programas examinados pueden generar barreras de entrada al mercado de los competidores o un reforzamiento de la posición de dominio de Telefónica.

Se trata de determinar si los nuevos operadores podrían, de forma razonable, equiparar o mejorar las ofertas realizadas por el dominante.

Se ha realizado un análisis, en uno de los casos peores considerando que los servicios de tráfico interprovincial de Telefónica se interconectan siempre en el nivel metropolitano, y considerando también que los precios de distribución de Telefónica de referencia sobre los que se aplicarían los descuentos son los establecidos en la Orden Ministerial antes citada, una vez aplicadas las reducciones en ella programada, se detecta, que para llamadas de 180 segundos de duración (duración adecuada al tráfico residencial, objeto de la presente oferta), en el tramo temporal correspondiente al horario reducido y para precios de distribución con descuentos del 60% y del 45%, el margen operativo de estos servicios de descontados los costes de interconexión serían de alrededor de 3 y 4 peseta/minuto respectivamente, cantidad que tiende a disminuir a medida que la llamada aumenta en su duración.

Esta Comisión carece de datos como para extender este análisis a los otros supuestos de descuentos y efectuar ponderación de su efecto, pero de las estimaciones realizadas no se aprecian indicios de que el impacto de estos Programas impida a los operadores entrantes la emulación de la oferta examinada, ni por tanto que, desde este punto de vista, pueda generarse una barrera de entrada de éstos al mercado. Del mismo modo no se aprecia riesgo de reforzamiento de la posición de dominio de Telefónica.

Sin embargo, resta por considerar el efecto que la aplicación de estos Programas pudiera tener en lo que se refiere a los acuerdos de interconexión vigentes.

Es preciso recordar que, como ha señalado esta Comisión en su resolución de 4 de diciembre de 1997 "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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, 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.

No obstante, es preciso recordar que la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1997 prevé una reducción de la tarifa interprovincial, generalizada, de al menos un 35%. La valoración del impacto que los descuentos ahora ofertados pudiera tener sobre las tarifas de Telefónica ya rebajadas en esa proporción, y su incidencia en la interconexión podrían resultar distintas en ese momento.

En razón de todo lo expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emite las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- Desde el punto de vista de la salvaguarda de la competencia, esta Comisión no aprecia circunstancias que pudieran determinar abusos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posición de dominio por parte de Telefónica con la creación de barreras de entrada de nuevos operadores o reforzamiento de su posición en el mercado una vez introducidas las modificaciones que en el cuerpo de este informe se señalan.

Segunda.- Desde el punto de vista del impacto de los Programas en los acuerdos de interconexión, deberá considerarse que la rebaja de precios constituye mejora en la eficiencia de la compañía y reflejarse de forma proporcional al peso de los costes de interconexión en los servicios de Telefónica, en dichos acuerdos.

Tercera.- Desde el punto de vista del impacto económico de dichos Programas, esta Comisión considera que se trata de ofertas que pudieran ser igualables por los operadores entrantes en el mercado.

Cuarta.- La divulgación publicitaria de la oferta sin la previa autorización produce un impacto de inhibición en los potenciales clientes en su contratación con los operadores entrantes, impacto que ha podido perturbar la normal evolución del mercado con el riesgo añadido de no llegar a constituir oferta efectivamente seleccionable para dichos clientes.

Vº Bº
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

Luís Bermúdez Odriozola