



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, 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 1994/1.996, 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 1.998, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN EN EL EXPEDIENTE SOBRE LOS PROGRAMAS DE DESCUENTOS SOBRE LAS TARIFAS DE LOS SERVICIOS INTERPROVINCIALES DE TELEFONÍA PRACTICADOS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.

(Programa MEGAVIP INTERPROVINCIAL o por cliente y Programa básico interprovincial o por línea)

HECHOS

Primero. En los primeros días del mes de octubre del pasado año 1.997, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en adelante Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tuvo conocimiento de que la empresa Telefónica de España, en adelante Telefónica, estaba ofertando a algunos de sus abonados la aplicación de descuentos sobre las tarifas de los servicios telefónicos interprovinciales.

Segundo. Con fecha 8 de octubre de 1.997, 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, contestación sobre si "estaba ofreciendo a sus clientes, de forma general o selectiva, provisional o permanente, un programa de descuentos sobre las tarifas de los servicios telefónico automático interprovincial y RDSI interprovincial".

Tercero. Con fecha 24 de octubre de 1.997, Telefónica - cumplimentando el requerimiento de información - remite un escrito al que se adjunta Anexo de tres páginas y ocho Documentos. En el escrito se da por respondido el requerimiento.

El Anexo se estructura en tres apartados:

- Primero: Antecedentes y presentación de los Documentos 1º, 2º y 3º.
- Segundo: Información relativa a la oferta (respuesta genérica al requerimiento) y presentación del Documento 4º.
- Tercero: Información adicional y presentación de los restantes Documentos .

Al final del citado Anexo se ofrece una conclusión: "el único fin perseguido ha sido el de realizar un muestreo de clientes que le permitiese el correcto funcionamiento de los programas y soportes necesarios para aplicar, en el momento en que fuesen autorizados los programas de descuento interprovincial, con carácter general."



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el Documento nº 1 se presenta copia de la solicitud (de fecha 21.1.97) de Telefónica al Gobierno para que se declararan máximas las tarifas del servicio telefónico automático nacional.

En el Documento nº 2 se presenta copia de la comunicación (de fecha 5.6.97) de Telefónica a la Delegación del Gobierno por la que se solicita permiso para proceder a realizar una "prueba piloto" de aplicación de dichos dos programas de descuentos con un número limitado de clientes.

En el documento nº 3, de fecha 16.7.97 se presenta copia de la información adicional que Telefónica remitió a la Delegación del Gobierno sobre la referida prueba piloto.

En el Documento nº 4 se incluye el Pliego de Condiciones Generales de aplicación y la Solicitud de participación referidas a los dos programas.

En los Documentos nº 5, 6, 7 y 8 se presenta en diversas formas la muestra seleccionada para la realización de la prueba piloto en relación con los criterios de sector de actividad económica, consumo y ámbito geográfico (para el programa por cliente) y consumo (para el programa por línea).

Cuarto. En la sesión de 6.11.97, 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) y f) del artículo 1º. Dos. 2 de la Ley 12/1.997 de Liberalización de las Telecomunicaciones y, asimismo, acordó en dicha sesión la medida cautelar consistente en la orden de cesación de la actividad de promoción, aplicación y comercialización de ambos dos programas, tanto en su forma general como en su forma de prueba piloto.

Quinto. Con fecha 19.11.97, la empresa Global One Communications Service, S.A. denunció ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el hecho de que Telefónica le había denegado (escrito de 24.10.97) la participación en el programa MEGAVIP INTERPROVINCIAL que dicha empresa le había solicitado formalmente (escrito de fecha 16.10.97).

Sexto. Con fecha 22.12.97, la Dirección de Mercados de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emite informe en relación con los siguientes puntos:

- mercado relevante.
- descripción de los dos programas de descuento (MEGAVIP INTERPROVINCIAL o por cliente y Básico interprovincial o por línea).
- régimen de precios del servicio telefónico básico (el cual incluye las llamadas telefónicas interprovinciales o nacionales).
- Análisis de los diferentes aspectos de ambos planes 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 de los citados Planes de descuento:

- 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 equivalentes.
- IV) Reforzamiento de la posición de dominio de Telefónica en el mercado relevante.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Séptimo. Otorgado trámite de audiencia, presentan alegaciones en el expediente las siguientes entidades Global One, Telefónica y Retevisión, S.A..

GLOBAL ONE manifiesta que:

- Los descuentos de las tarifas bajo el programa no han sido transparentes y no han sido publicados.
- Telefónica ha aplicado el programa de manera discriminatoria y así ha impedido la igualdad de acceso a sus servicios.

Basa sus alegaciones en los hechos que motivaron su denuncia anteriormente reseñada añadiendo que "En ningún momento Telefónica ha dado ningún motivo, ni adecuado ni objetivo, para denegar la posibilidad de ofrecer descuentos MEGAVIP a Global One, reservándose el derecho de escoger los beneficiarios del programa y de limitarlo tanto en lo referente al número de clientes, como en la duración de la misma"(sic).

Global One entiende que las obligaciones de transparencia y no discriminación con que debe actuar Telefónica, en tanto que operador con posición de dominio, vienen recogidas en el marco reglamentario y las normas de competencia tanto comunitarios como nacionales.

TELEFÓNICA manifiesta que:

- Ha obrado en todo momento con completa transparencia, tanto en la solicitud ante la Delegación del Gobierno de autorizaciones para la comercialización de los Planes de Descuento Interprovincial y Pruebas Piloto asociadas, como en el suministro de la información requerida por esta Comisión.
- Que se podría haber obviado la situación acaecida si se hubiese obrado, por parte de los Organos competentes, con la diligencia que cabe esperar.
- Que acató y observó lo dictado en las medidas cautelares dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- Que ofreció participar en las Pruebas Piloto a una serie de clientes preseleccionados informándoles del carácter limitado de las mismas en lo que a tiempo se refiere. Que no se preseleccionaron sistemáticamente "grandes clientes" o "grandes cuentas" si no que se efectuó un muestreo que pretendía abarcar clientes con diferentes niveles de
- consumo interprovincial, así como que pertenecieran a distintos sectores de actividad económica, eso sí, dentro del mercado potencial.
- El objetivo prioritario de las Pruebas Piloto es el ya expuesto previamente: comprobar el correcto funcionamiento de los desarrollos en relación con la gestión y aplicación de los programas de descuento.
- Dado el bajo número de clientes participantes en las Pruebas Piloto, no puede considerarse como una proporción representativa ni interpretarse como una contratación masiva o hecho de importante influencia en el mercado, máxime considerando el carácter de temporalidad de ambas Pruebas.
- En relación con la denuncia de Global One, observa que su solicitud fue presentada una vez pasada la fecha tope para dar de alta a los clientes participantes en las Pruebas Piloto. Señala que en su escrito a Global One le indicaba la posibilidad de acceder al programa, no en la fase de Prueba pero si en la versión definitiva una vez fuera autorizada ésta. Asimismo señala que ninguna filial de Telefónica, posible competidora de Global One, ha participado en las Pruebas.
- El margen en el servicio telefónico interprovincial es tal que, con los descuentos previstos, no tiene por qué verse afectada la competencia de otros operadores con ls tarifas de interconexión existentes.
- No ha sido la intención de Telefónica el crear en los clientes un vínculo de dependencia que les prive de su capacidad de elección y lo basa en diversas circunstancias: limitación en tiempo y número de clientes en las Pruebas. Niega que el establecimiento de umbrales mínimos en el volumen de consumo de un cliente para acceder a los descuentos pretenda abarcar las necesidades sustanciales



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del cliente en este tipo de tráfico desincentivándolo por cursar todo o parte de su tráfico a través de otro operador distinto de Telefónica.

- Las Pruebas Piloto no pretenden obviar la necesaria autorización previa de las tarifas que Telefónica solicitó y que le fue denegada, por el Gobierno, doce meses después. Señala la fuerte rigidez y asimetría con que se establecen los precios de los servicios telefónicos que presta Telefónica para concluir que, dada esta situación, ni aunque los descuentos se hubieran generalizado a todos los clientes se hubiese impedido en modo alguno la capacidad de maniobra comercial de los competidores, mucho menos con las reducidas proporciones que la prueba conlleva.

RETEVISIÓN manifiesta que:

- Asume las conclusiones contenidas en el informe de la Dirección de Mercados de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- No ha tenido acceso a la documentación aportada por Telefónica en el expediente por tener ésta el carácter de confidencial
- Tras los descuentos en forma de Pruebas Piloto se esconde una estrategia de lanzamiento comercial de ofertas de fidelización, enmascarando además una acción de trato de preferencia hacia ciertos clientes dirigida a mejorar la posición de la entidad dominante respecto a éstos puesto que:
 - para probar unos programas informáticos y administrativos basta con uno, o a lo sumo dos, clientes y no un centenar.
 - para probar herramientas de gestión no hace falta llevar a cabo una selección de clientes por sector económico u otras variables de clara orientación comercial.
 - para esa prueba no es necesaria una facturación real: se puede mantener reservada la facturación resultante del programa, sin siquiera informar al cliente de que es objeto de esa simulación.
 - para realizar la prueba no se justifica la formalización de un contrato.
 - no se puede considerar una prueba la actuación de Telefónica cuando se prevén condiciones contractuales que convierten, sin solución de continuidad, y tan solo por el hecho de su aprobación por la Administración en definitivas dichas condiciones, sin acción comercial posterior tendente a tal fin.
- Las condiciones de los Programas de descuento son discriminatorias y constituyen una barrera infranqueable al establecimiento de un mercado en competencia efectiva, desde una doble perspectiva(en relación a los clientes objetivo y en relación a la propia oferta) y por las siguientes razones:
 - sólo Telefónica dispone de la información de consumos históricos necesaria para diseñar las ofertas. En consecuencia, amenos que se le provea de dicha información, nunca los operadores entrantes podrán elaborar ofertas equivalentes.
 - Ningún competidor de Telefónica puede llevar a cabo una agrupación de clientes como la que se propone hacer dicha empresa con su nueva definición de cliente. Los entrantes no tienen clientes previos, han de conseguirlos uno a uno antes de poder agruparlos.
 - La definición de cliente que se propone aplicar Telefónica es tan abierta e indeterminada que se presta a todo tipo de discrecionalidad por parte de dicha empresa operadora y favorece la consolidación de su posición de dominio para los segmentos de alto consumo de cualquier sector de actividad.
 - La consideración de diversos consumos en distintos servicios (Ibercom, tarjetas,..) para determinar su accesibilidad a los descuentos es injusta e impide la transparencia en la obligatoria separación contable entre los diversos servicios.
 - La oferta busca la fidelización de los clientes preseleccionados y de alto atractivo comercial aún antes del establecimiento de un mercado en competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se centra en los servicios donde es más probable la implantación de una competencia efectiva.
 - Los clientes que participen en la Prueba piloto se obligan a aceptar ser cliente en el programa en su versión final sin conocerla.
 - Se discrimina injustificadamente a entidades miembros de una asociación empresarial por no alcanzar individualmente un cierto consumo mínimo.
 - La necesidad de superar un umbral mínimo de consumo comporta una discriminación injustificada entre los clientes que superen o no dicho umbral.
 - Discrecionalidad e inseguridad en los términos de la contratación.
- Además la aplicación de los programas de descuento podría distorsionar el mercado por la discrecionalidad de Telefónica al decidir sobre la aplicabilidad del concepto de asociación de empresarios.
 - Se opone a la aprobación de cualquier tipo de descuentos sobre las tarifas del servicio telefónico básico que proponga Telefónica ya sea bajo la forma de un programa ya sea individualizadamente, a menos que se observen ciertos procedimientos y condiciones las cuales reseña.
 - Las dificultades que ha tenido para valorar los Planes por la escasa información facilitada por Telefónica y el carácter confidencial de algunos documentos del expediente.
 - La conducta de Telefónica vulnera la legislación.
 - Se opone a la aprobación de los dos programas de descuentos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Sobre el cumplimiento de las normas relativas a la aplicación y aprobación de tarifas por parte de Telefónica.

Es en este ámbito en el que la ilegalidad de los Planes examinados ha quedado descrita en el fundamento segundo de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 6 de noviembre de 1.997, obrante en el expediente.

Así, según lo previsto en el Real Decreto-Ley 7/1.996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica y cualquiera que sea la red que los transporte- 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 de estas tarifas (artículo 16. Siete).

Las tarifas vigentes para el servicio telefónico interprovincial tienen el carácter de fijas.

Además, no puede ignorarse que -por Orden Ministerial de 18 de marzo de 1.997- se fijaron los porcentajes de rebaja en las tarifas del servicio telefónico interprovincial a lo largo de los ejercicios 1.998 y 1.999 y que esa orden fija también el momento en que podrán producirse, especificándose aún 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 de descuentos que suponga dichas rebajas, supone la alteración del término temporal y de las condiciones ya fijadas por la citada Orden y, por tanto, una alteración directa de ésta.

En consecuencia, la aplicación de los dos Programas de Descuento MEGAVIP INTERPROVINCIAL y Programa básico interprovincial por parte de Telefónica constituiría un incumplimiento de la legalidad.

La aplicación limitada, en duración y número de participantes, de dichos Planes en la forma de "Pruebas Piloto" no resta valor a la anterior calificación por cuanto no parecen necesarias ni proporcionadas tales pruebas piloto, de efectos reales, en orden a conseguir el objetivo pretendido. Por el contrario, el hecho de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que la realización de dichas pruebas piloto resulte en la aplicación de precios distintos, se supone que inferiores, a un número limitado de clientes preseleccionados, añadiría un incumplimiento más a la normativa vigente en el régimen de prestación del servicio: ofrecer el servicio en igualdad de condiciones a los usuarios finales (principio de no discriminación).

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

El segundo ámbito en el que es preciso el análisis de la oferta de Telefónica 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 a la luz de esa posición.

Es contante 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 un determinado mercado.

Dichas condiciones se concretan en las siguientes: el mercado relevante geográfico y del producto; las 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 de 1.995, "Roca Radiadores"; de 8 de julio de 1.996, "A.E.,S.A." y de 4 de febrero de 1.997, "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 de las Comunidades Europeas, "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 1.978, As. 27/76, United Brands/Comisión, Rec. pág. 207 y 9 de noviembre de 1.983, As. 322/81, Michelin/Comisión, Rec. pág. 3461."

El servicio telefónico básico es, según lo dispuesto en 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 servicio telefónico interprovincial, nos referimos al mercado de las llamadas telefónicas entre dos puntos de terminación de red que se encuentren en provincias distintas.

Todos los usuarios del servicio telefónico son potenciales demandantes de este tipo de llamadas.

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 6/1.996, se otorga a Retevisión el título habilitante para prestar el servicio de telefonía básica en cualquiera de sus ámbitos (Artículo 4. 1). Esta empresa ha sido recientemente privatizada y se ha venido preparando para su entrada en el mercado, cosa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ha hecho el pasado 23 de enero y justamente a través de este segmento (el interprovincial) y el segmento de telefonía internacional.

Asimismo, y desde el pasado 1 de enero, las entidades que tuvieran concesión para operar redes de cable pueden prestar el servicio telefónico básico siempre que lo hubieran notificado con antelación y aceptado plenamente lo dispuesto en el Reglamento técnico y de prestación del servicio telefónico básico, aprobado por Real Decreto 1912/1.997, de 19 de diciembre.

Así pues, el mercado de las llamadas telefónica interprovinciales o nacionales en España se encuentra en la fase crítica de apertura a la competencia, partiendo de una situación de monopolio legal, y de entrada de nuevos operadores en el mercado.

Para que la competencia entre operadores de llamadas nacionales 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 el operador de llamadas nacionales 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.

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

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 de las Comunidades Europeas el cual, en sus sentencias de 21 de febrero de 1.973 (As. 6/72, Continental Can/Comisión, Rec. pág. 215); 16 de diciembre de 1.975 (Ass. Acumulados 40 a 48/73, Industria europea del azúcar/Comisión, Rec. pág. 1663); 13 de febrero de 1.979 (As. 85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. pág. 461) y 14 de febrero de 1.978 (As. 27/76, United Brands/Comisión, Rec. pág. 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 sus 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 tomarse en consideración las condiciones de la 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 migrar- en una situación de fuerza que le asegura, cuando menos, durante periodos relativamente largos la independencia de comportamiento característica de la posición de dominio, manteniendo, a pesar de una competencia fuerte, partes importantes del mercado intactas para ella.

No ofrece lugar a duda que los rasgos definitorios de una posición de dominio se dan en el caso de Telefónica en el mercado del servicio telefónico básico interprovincial y ya ha sido descrita en el epígrafe anterior. Telefónica ha mantenido el monopolio del servicio telefónico básico en España hasta la promulgación del Real Decreto-Ley 6/1.996, de 6 de junio, por cuya virtud se otorgó a Retevisión el Título habilitante para prestar el servicio final de telefonía básica y el servicio portador soporte del mismo, debiendo interconectarse las redes de ambas entidades en las condiciones fijadas por la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1.997, en la cual Telefónica queda explícitamente definida como operador dominante.

Ello sitúa a la operadora (Telefónica) 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 posición de dominio. Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de nuevo en la jurisprudencia citada, señala que "la constatación de una posición dominante no implica per se ningún reproche para la empresa concernida, si no 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 y Resolución de 27 de julio 1.995, "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, si no 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."

Por tanto, será preciso determinar las condiciones en que, en una tal posición, Telefónica incide en la conducta prohibida y que deberán resultar modificados 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"



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.
(.....)
- b) 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 constitutivo 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 desventaja competitiva;
- 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."

Así pues, cumple 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 de los Planes examinados, 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 competencia está 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 este, la fijación del precio puede hacerse de una 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 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 entradas de nuevos competidores.

Para determinar si un sistema de primas o descuentos 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 o descuento tiende, mediante una ventaja que no descansa en ninguna prestación económica que la justifique, bien a impedir o restringir al usuario las 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 se 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 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 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 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.

Y ello es así igualmente cuando la empresa, sin vincular a los clientes mediante una obligación formas aplica, bien en virtud de acuerdos con sus clientes, bien unilateralmente un sistema de primas de fidelización, es decir, descuentos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 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.

*** Condicionamiento.**

Así, cuando los descuentos no son función de cantidades fijada objetivamente o válidas para el conjunto de los eventuales clientes, si no estimaciones establecidas para captar gamas o segmentos de clientes en función de la capacidad de absorción que se les presume, el objetivo contemplado no es cubrir el máximo de cantidad, si no el máximo de necesidades de los clientes y por tanto su fidelización.

*** 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 del mismo se encuentren en una situación de inseguridad y no pueden generalmente prever con certeza las consecuencias que tendrá su aplicación.

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

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

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 oferta mejor o a 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 es el de 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 puede establecer barreras de acceso a los nuevos operadores o bien reforzar su posición de dominio. Por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tanto, será preciso examinar la posición de Telefónica y las consecuencias de la oferta examinada para sus competidores.

IV. Sobre las condiciones de los Planes de Descuento de Telefónica (MEGAVIP INTERPROVINCIAL y Programa básico interprovincial) y Pruebas Piloto asociadas.

Según información aportada por Telefónica:

Prueba piloto del Programa de Descuento por línea:

* Telefónica preselecciona un cierto número de líneas de entre las de más alto consumo interprovincial y todas ellas de una única provincia.

* Quienes suscriben el correspondiente, hasta un máximo de 100, pueden entrar a beneficiarse de la aplicación de los descuentos.

* La duración de la prueba piloto se limita a cuatro meses: dos facturas bimestrales.

* Los descuentos a practicar sobre la facturación del tráfico telefónico interprovincial de cada línea en relación con el consumo bimestral que se lleve a cabo en cada línea sería si no se alcanza un umbral mínimo,

0%	para consumos de	0	a	9.000 ptas.
5%	"	"	9.001	a 18.000 ptas.
8%	"	"	18.001	a 32.000 ptas.
10%	"	"	32.001	a 50.000 ptas.
12%	"	"	de más de	50.000 ptas.

si se supera un umbral mínimo de consumo,

25% de descuento en el tráfico con las 4 provincias con mayor consumo, y los mismos porcentajes de la tabla anterior con el tráfico al resto de provincias.

Prueba piloto del programa piloto MEGAVIP INTERPROVINCIAL:

- No se aplica al consumo de líneas telefónicas si no de “Clientes” (los cuales según definición de la propia Telefónica serían toda persona física o jurídica, así como las posibles agrupaciones empresariales que reúnan alguna de las tres características que expone en el Pliego de condiciones Generales del programa). La adscripción de
- este tipo de “cliente” al programa en cuestión implica la incorporación automática de todas las
- líneas, accesos, al mismo. Esto es, para el cálculo del consumo se consideran todas las líneas, etc. que figuren a nombre del “cliente” y los descuentos se aplicarían a todas y cada una de dichas líneas, cualquiera que sea su consumo individual línea a línea.

* Telefónica preselecciona un cierto número de “clientes” con arreglo a los criterios de consumo interprovincial, distribución sectorial y distribución geográfica. Los que acepten participar, en número no superior a cien, pasan a ser beneficiarios de los descuentos.

* La duración de la prueba se limita a cuatro meses: dos facturas bimestrales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

* Para entrar en el programa se requiere un consumo medio mensual interprovincial del “cliente” de 500.00 ptas. y, además, ha de mantener el nivel de consumo en los últimos seis meses superior a esa cantidad pues casi contrario se le excluye como “cliente”.

* La tabla de descuentos es como sigue:

- un descuento base (25%) sobre la facturación ineterprovincial de todas y cada una de sus líneas, accesos, ...
- un descuento adicional, escalonado en función de la facturación bimestral interprovincial del “cliente” (entre un 0% y un 5%), aplicable, al total del consumo del “cliente”.

Pues bien, se trata aquí de opciones comerciales ya examinadas y calificadas en la jurisprudencia que hemos venido citando y, asimismo, en la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 4 de diciembre de 1.997, en el expediente sobre el Plan de Ahorro en el servicio telefónico básico para ámbitos provincial, interprovincial e internacional, de manera que para su adecuación a las exigencias de la protección de la competencia será precisa la reformulación de sus condiciones.

- **Obligación de superar un umbral mínimo de consumo**

En principio, en aquellos casos de ambos planes en que se obliga a superar una cierta cantidad mínima de consumo para poder acceder a unas tablas de descuento distintas (en el caso por línea) o inclusive a poder acceder y permanecer en el plan (en el caso por “cliente”), no estaríamos ante planes de descuento por cantidad ligado exclusivamente al volumen de las compras de los clientes por cuanto los descuentos resultantes por cantidades comparables nunca serían idénticos ni comparables.

Por otra parte, Telefónica no exige un compromiso de exclusividad de las llamadas telefónicas interprovinciales o nacionales del abonado; sin embargo, no puede ignorarse que la obligación de superar un mínimo de consumo bimensual en este tipo de llamadas

Para poder acceder al descuento o a una tabla distinta de descuentos es un compromiso de cubrir una parte sustancial de las necesidades del abonado en este tipo de llamadas. Desde este punto de vista, ambos planes de descuento deberían ser considerados, en aquellos aspectos en que se impone estos umbrales, sin necesidad de mayor análisis o examen, como descuento o prima de fidelidad, esto es, creador de un vínculo de dependencia entre los abonados 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 constitutivo de la Comunidad Europea.

No cabe duda de que un sistema de descuentos como el ofrecido por Telefónica, basado en obligaciones de los abonados de superar umbrales de consumo para su aplicación, ejercen en el mismo una fuerte presión para incitarles a hacer las llamadas nacionales siempre a través de Telefónica ante el riesgo de no alcanzar dicho umbral que la propia Telefónica puede modificar según las condiciones del mercado. Esta presión vendría acentuada por la falta de transparencia e información en que se aplicaran los planes como denuncia la empresa Global One en relación con los Planes piloto.

La situación en que se pudiera encontrar un abonado o “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 interprovincial 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 en este mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **Discriminación.**

La aplicación a terceros de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes por parte de Telefónica al aplicar estos dos Planes de descuentos, en particular en sus Pruebas Piloto, en razón de las condiciones de acceso y de aplicación de los mismo:

- Telefónica preselecciona un cierto número de potenciales beneficiarios de los Planes, en la forma de Prueba Piloto.
- Necesidad de continuidad en los consumos durante un largo periodo para permanecer en el plan por "cliente"(seis meses).
- Discrecionalidad de Telefónica para fijar los umbrales de consumo mínimo.

En estas condiciones, es presumible que dos clientes de Telefónica que llevaran a cabo consumos de tráfico telefónico nacional idénticos, en condiciones similares, tuvieran descuentos distintos (aún más, pudiera ser que uno tuviera descuentos y el otro no) en razón de aplicación de condiciones desiguales no justificadas en consideraciones comerciales legítimas.

- **Inseguridad y falta de transparencia.**

El diseño del programa por "cliente" se basa en este concepto nuevo, "cliente", que establece la propia empresa operadora y que deja un fuerte margen de discrecionalidad a dicha operadora y de incertidumbre e inseguridad a los abonados respecto de quienes son los potenciales destinatarios del mismo. Se entiende que no es un nuevo segmento de usuarios operando en un nivel distinto de la estructura operativa de los servicios -esto si sería una razón objetiva suficiente para justificar la aplicación de precios distintos- si no que se trata de agrupar a los mismos abonados con arreglo a criterios establecidos por la operadora y al objeto de aplicarles descuentos distintos.

Tratándose del servicio de telefonía básico y no del servicio de valor añadido de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios (este regulado por el Real Decreto 2031/1995, de 22 de diciembre) entendemos que la aplicación de este Plan de Descuentos por "cliente", tal y como ha sido presentado por Telefónica, entorpece u obstaculiza la competencia en el mercado de telefonía en grupo cerrado de usuarios.

- **Uso de información de consumo histórico.**

Tal y como señala Retevisión en sus alegaciones, el uso de información sobre consumos históricos de los abonados resultante de su posición de exmonopolista, no disponible para otros operadores, coloca a éstos en situación de inferioridad no pudiendo estructurar una oferta competitiva con riesgo controlado.

Ello determina de nuevo una barrera a la entrada de nuevos operadores en el mercado.

- **Efectos derivados del carácter de prueba piloto en ambos programas.**

Telefónica recuerda en diversos apartados de la información remitida que intenta llevar a cabo sendas Pruebas Piloto al objeto de poder comprobar el correcto funcionamiento de los programas informáticos y de soporte administrativo que requeriría la aplicación de los dos programas de descuentos, una vez aprobado administrativamente su lanzamiento comercial.

Cabe resaltar la falta de proporcionalidad y aún de necesidad entre el objetivo perseguido y los medios utilizados (unos programas de descuentos con efectos reales en las facturas a pagar por un número limitado de abonados) como señala Retevisión en sus alegaciones. Por ende, la obligada limitación en tiempo y número de beneficiarios que este carácter de prueba imprime a la aplicación de los programas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

profundiza más aún en el efecto discriminatorio anteriormente apuntado y añade énfasis a la instrumentalización de la aplicación de dichos programas para expulsar o impedir el acceso al mercado a los potenciales competidores.

Teniendo en cuenta, como describimos en el apartado correspondiente, nos encontramos en el momento de apertura a la competencia del mercado de referencia desde una situación de monopolio y sabiendo que este mercado, el de las llamadas nacionales, es el camino natural de penetración de los competidores en el mercado más general del servicio telefónico en razón de los niveles de inversión requeridos y de los márgenes de operación con los que, en la actualidad, se está trabajando.

En definitiva, de los criterios y modalidades de otorgamiento de los descuentos resulta que los dos programas de descuentos, en su forma de Pruebas piloto, no se fundan en ninguna prestación económica ni en ninguna necesidad operativa del servicio que los justifique puesto que ni se produce un ahorro en los costes de Telefónica (ahorro, este sí, que podría y debería ser repercutido en los abonados) ni parece en modo alguno fundada la necesidad ni la proporcionalidad de llevar a cabo las pruebas para probar los sistemas.

Por el contrario, se dan características propias de las primas de fidelización consideradas abusivas según la jurisprudencia examinada y ya recogidas anteriormente en la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 4 de diciembre, sobre el Plan de Ahorro de Telefónica. 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 de llamadas telefónicas interprovinciales.**

El establecimiento y aplicación de los dos planes de descuentos, en su forma general y no ya la de prueba piloto, podría tener como efecto la creación de otro tipo de barreras de entrada al mercado de los competidores de Telefónica en este mercado, alguna de estas barreras insalvables o de tal magnitud que pudiera impedir por completo o, cuando menos, obstaculizar gravemente, 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.

Un competidor de Telefónica que quisiera proponer a un abonado 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 abonado que el nuevo operador transporta) serían de un porcentaje muy elevado.

Así, aun cuando el porcentaje de descuento que ofreciera Telefónica fuera muy pequeño, sería muy difícil que los competidores pudieran compensar a los abonados las ventajas o las pérdidas resultantes de que ese consumo alcanzara o no el mínimo exigido por Telefónica para acceder al descuento.

- **Reforzamiento de la posición de dominio de Telefónica.**

Telefónica con estas ofertas, tanto en su forma de pruebas piloto como en su forma de aplicación general, reforzaría o endurecería su posición de dominio en el mercado de las llamadas telefónicas nacionales, en estos momentos en que se intentan instalar los operadores entrantes. Este mercado aún presenta desequilibrios que tienen su origen en la etapa monopolística que se ha cerrado; desajustes entre precios y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

costes para lo que el Gobierno ha previsto una reducción general del precio fijo de las mismas en dos etapas: un 15% en 1.998 y un 20% en 1.999 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 par reforzar su posición de dominio antes de que un mínimo de competencia hubiera podido desarrollarse.

- **Efectos inducidos por la aplicación de los Planes de descuento en los acuerdos de interconexión.**

Las dificultades con que se encontrarían los competidores de Telefónica para poder "igualar" cada una de las ofertas de Telefónica se verían incrementadas si una hipotética aplicación de los dos Planes de Descuento examinados no hubiera sido contemplada o tenida en cuenta en los acuerdos de interconexión entre los operadores de larga distancia 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 de las del resto de servicios, estos precios de interconexión constituyen una parte importante, sin duda la fundamental, de los costes asociados a la operación de los servicios de telefonía básica interprovincial. En consecuencia, cualquier descuento de Telefónica aplicable a los precios finales de los servicios interprovinciales que ella presta debería venir acompañado inexorablemente de la correspondiente reducción o descuento equivalente en los precios de interconexión que ofrece a sí misma y a los operadores. De otra suerte, éstos nunca podrían intentar igualar la oferta de descuentos 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 un incidencia fundamental en dichos costes y, por ende, en las tarifas o precios de interconexión.

V. Sobre las condiciones de adaptación de los Planes de descuento MEGAVIP INTERPROVINCIAL y Programa básico interprovincial a las reglas de competencia. Transformación de las primas de fidelización en primas de cantidad.

Teniendo presente que únicamente las ofertas que fomentan la competencia efectiva pueden producir un impacto beneficioso para el usuario no sólo a un plazo inmediato si no 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 de las Telecomunicaciones, es preciso establecer las condiciones que, garantizando el acceso al mercado de los nuevos operadores, permitan el mantenimiento de los dos Planes de descuentos examinados 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 para los usuarios, permitiendo los nuevos operadores contribuir a un descenso generalizado de precios que, a su vez, constituye un objetivo prioritario de la introducción de competencia.

Esas condiciones se refieren, por un lado, a los abonados/"clientes" para eliminar los efectos discriminatorios y de fidelización que los Planes diseñados inicialmente producirían y, por otro, a los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

- Umbral de consumo y permanencia en el nivel de consumo.

Será preciso eliminar cualquier vínculo del abonado que le pueda impedir seleccionar libremente, en todo momento y a la luz de la situación de mercado más favorable, el operador que le va a transportar su llamada de telefonía interprovincial. Para ello sería necesario que se lleve a cabo un simple descuento por volumen en ambos programas de descuentos de suerte que, lo más lógico sería disponer de un único programa de descuentos que no impusiera ni umbral mínimo para disfrutar de sus descuentos ni exigiera la continuidad o la existencia previa de un consumo mínimo durante un largo periodo.

- Generalización de la oferta.

Es preciso asegurar la plena accesibilidad de todos los abonados de Telefónica a estos programas de descuento y para ello, además de evitar cualquier tipo de prueba piloto, sería necesario evitar imponer condiciones de acceso al plan, o a los planes, más allá de las estrictamente necesarias y justificadas. En principio todos los abonados de Telefónica tienen derecho a acceder al plan, o a los planes, como principio general. En consecuencia, a menos que se presente una justificación objetiva que requiera la existencia de planes distintos "por línea" y "por cliente", sería conveniente la unificación de ambos planes en uno solo desapareciendo la diferenciación introducida para ese concepto de "cliente" que aparece en el plan MEGAVIP INTERPROVINCIAL

2) Condiciones respecto de los nuevos operadores.

Para evitar que los sistemas de primas descritos puedan resultar constitutivos 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 dichos sistemas no generen 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 interconexión.

Como se indicó 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 1.997, por la que se fijan las condiciones y tarifas de interconexión descansa, en sus previsiones, sobre el marco tarifario vigente corregido con las modificaciones que ella misma establece en su disposición adicional cuarta y, por tanto, en ese marco se ha valorado la adecuación de las tarifas que se fijan en su artículo 6 a los costes de interconexión, por una parte, y la protección de la capacidad de competir de los nuevos operadores, por otra.

De este modo, cualquier opción comercial del operador 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 de las mismas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que, como establece la citada Orden Ministerial, las tarifas de interconexión tienen el carácter de máximas y que, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional 3ª, 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 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 una mayor grado de libertad a la hora de confeccionar ofertas o programas de descuentos, son tanto la base de un enriquecimiento, por otra parte deseable, de las ofertas comerciales del servicio telefónico básico como 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 finales de los servicios 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 este 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.

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

- a) En caso de 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 precitada Orden, es necesario aplicar el principio establecido en el artículo 6. A) de la Directiva 97/33, 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 N° 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 pueden 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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En ese sentido, si no mediase cambio de estructura tarifaria (bien al nivel de oferta de distribución o precio final, bien al de acuerdos de interconexión), se debería presuponer que los precios para las distintas categorías del servicio telefónico básico (urbano, 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 descuento de Telefónica en el marco de la misma estructura tarifaria que suponga unos precios finales o de distribución menores, 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 12/1.997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

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 los Programas de descuentos MEGAVIP INTERPROVINCIAL y básico interprovincial sobre las tarifas de los servicios telefónicos interprovinciales siempre que dichas ofertas respeten las condiciones definidas en el fundamento V de la presente Resolución.

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 1.997, 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 1.956, 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 Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola