



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSE GIMENEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión 40/00 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de noviembre de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION EN EL EXPEDIENTE ME 2000/2994 : SOLICITUD DE INTERVENCION DE LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. RESPECTO DE LA "TARIFA PLANA PERSONAL" QUE COMERCIALIZA TERRA NETWORKS, S.A.

HECHOS

Primero.- Mediante escrito de fecha 13 de julio del año en curso, con entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) el día 14 del mismo mes y año, la entidad LINCE TELECOMUNICACIONES, SA (en adelante LINCE) se dirigió a la CMT poniendo de manifiesto determinadas prácticas de la empresa TERRA NETWORKS, S.A. (en adelante TERRA) y, en general, del GRUPO TELEFONICA, relativas a la denominada "Tarifa Plana Personal de acceso a Internet".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, y tras exponer lo que estimaba conveniente, solicitaba de esta Comisión que iniciase el oportuno expediente administrativo, que adoptase medidas cautelares y que concluyera dictando una resolución en la que se requiriera a “Telefónica SAU y a Terra para que procedan al inmediato cese de la oferta y de la aplicación de la tarifa de acceso a INTERNET que están ofreciendo y aplicando”, “así como que se abstengan de realizar cualquier otro acto que entrañe una aplicación anticipada de la tarifa para el acceso a INTERNET establecida por el artículo 4.tres del Real Decreto-Ley 7/2000”.

Con fecha 20 de julio, se acordó la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo (ME 2000/2994).

Tercero.- Los hechos que refería LINCE son los siguientes:

1º. Que el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones (en adelante el RD-Ley), entre otras medidas, establece una nueva tarifa para el acceso a Internet a aplicar por TELEFONICA, S.A.U. (entendemos quiere decirse TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., en adelante TESAU), en su condición de operador dominante del servicio telefónico fijo disponible al público, por importe de 2.750 pts. mensuales, aplicable a las llamadas realizadas durante ciertas franjas horarias. Dicha tarifa entrará en vigor el día 1 de noviembre de 2000, será aplicable a todos los usuarios que accedan a través de la red pública de TSAU, sea cual sea la red a la que esté asociada el punto de terminación del centro de acceso al servicio Internet, previéndose, con carácter anticipado, una modificación excepcional de la OIR vigente de TELEFONICA, S.A.

2º. Que esta última previsión está contenida en el artículo 6º del RD-Ley que prevé lo siguiente:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones elevará, con carácter excepcional y antes del próximo 15 de septiembre, para su aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, la propuesta de modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica Sociedad Anónima Unipersonal, que garantice la eficacia competitiva de las medidas adoptadas en el presente Capítulo, de forma que todos los operadores en el mercado partan de las mismas condiciones”.

3º. Que en su opinión no resulta posible anticipar la entrada en vigor de la nueva tarifa para el acceso a Internet, no sólo por el tenor literal e inequívoco del párrafo primero del artículo 4.tres del RD-Ley –que prevé una fecha para la incorporación de la tarifa- sino porque, en su opinión, la aplicación de la nueva tarifa con anterioridad a la adaptación de la OIR provoca gravísimos efectos anticompetitivos en el mercado, por cuanto si no se modifican los vigentes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precios de esa OIR, el estrangulamiento de márgenes que deberían existir entre los precios de interconexión y el precio de la tarifa plana es absoluto.

En su criterio, se produce por esta circunstancia “una imposibilidad para los operadores alternativos de ofrecer la misma tarifa u otras de similar atractivo, y por lo tanto su exclusión de un mercado de vital importancia en el que el elemento precio es determinante de la elección de proveedor”.

Asimismo, se considera por LINCCE que ese anticipo vulnera el artículo 6 del RD-Ley, que se ha transcrito más arriba, en la medida en que impide que todos los operadores “partan en las mismas condiciones” en el momento de entrar en vigor la Tarifa Plana prevista en el reiterado RD-Ley.

4º. Que con fecha 5 de julio de 2000 se había comenzado a publicar en los medios de comunicación anuncios de una tarifa plana para acceder a Internet ofrecida por TERRA, disponible a partir del 10 de julio del mismo año, cuyas condiciones coinciden con las previstas en el artículo 4.tres del RD-Ley, incluido el precio de 2750 pts. al mes. Por otra parte, la tarifa personal se ofrece empaquetando el acceso desde la RTC de TSAU, utilizando para ello un número 900 de esa misma compañía, previéndose, además, que TELEFONICA SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED, S.A. (filial de TERRA que presta el servicio y con quien se contrata el suministro del mismo. En adelante, TSCR) podrá ceder el contrato o los derechos y obligaciones de ese contrato a cualquier sociedad del GRUPO TELEFONICA, mediante una simple notificación al cliente por vía electrónica, desprendiéndose de esta previsión la posibilidad de migrar los clientes de TERRA a TSAU en cualquier momento, en especial cuando entre en vigor la tarifa especial prevista en el RD-Ley.

5º. Que de estos hechos resulta un incumplimiento del RD-Ley y una imposibilidad para la denunciante de replicar la oferta de TERRA sin entrar en graves pérdidas derivadas de los costes de interconexión a precios OIR actualmente vigentes que se vería obligada a pagar a TSAU.

6º. Por tal razón considera que la única medida posible es que TSAU y TERRA pongan fin a la oferta y aplicación de la tarifa plana de acceso a Internet, solicitando de la CMT que, en virtud de las competencias que tiene reconocidas, adopte las medidas procedentes, incluyendo una orden de cesación de la oferta a través de la emisión de la oportuna medida cautelar.

Cuarto.- Tras la pertinente averiguación, mediante el análisis de la publicidad de la tarifa plana realizada a través de diversos medios de comunicación, así como de la página web de TSCR, la CMT comprobó que esta compañía estaba comercializando una tarifa plana de acceso a Internet al precio final de 2.750 pesetas al mes, IVA no incluido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con las fuentes de información referidas, la denominada “Tarifa Plana Personal” de TERRA tiene un período de vigencia comprendido entre el 10 de julio y el 1 de noviembre de este año, ofreciendo al precio antes señalado la posibilidad de:

- (i). conectarse desde el número de teléfono elegido por el cliente en cada momento.
- (ii). navegar a través de la línea telefónica básica (RTB) o digital (RDSI).

La conexión telefónica tiene lugar mediante la marcación de un número 900, estando la oferta dirigida a los usuarios de la compañía, ya sean gratuitos o familiares. Para determinados días de la semana, la tarifa en cuestión será aplicable en concretos tramos horarios: de lunes a viernes, de 6.00 de la tarde a 8.00 de la mañana. Sábados, domingos y festivos nacionales, las 24 horas.

Quinto.- Asimismo, esta Comisión verificó en su momento que, con anterioridad a TERRA y ya en vigor el RD-Ley, el operador RETEVISION, S.A. (en adelante, RETEVISION) había comenzado a comercializar una tarifa plana para acceso a Internet.

Sexto.- En el marco del procedimiento principal iniciado en su momento, y con fecha 27 de julio de los corrientes, fue adoptada por la CMT una medida cautelar en virtud de la cual :

- *“Telefónica habrá de aplicar al tráfico dirigido a los números de inteligencia de red correspondientes a centros de acceso a internet que le comuniquen los demás operadores unos precios de interconexión que no excedan para cada usuario de dichos operadores del precio ofertado por Terra a sus usuarios finales, esto es, 2.750 pesetas, siempre que ese tráfico se produzca, en las mismas condiciones, incluida la distribución horaria, establecidas por dicha compañía en su oferta a los usuarios finales”.*
- *“Telefónica está obligada a respetar, respecto de cuantos operadores lo soliciten, la presente medida cautelar.”*

Séptimo.- Con fecha 7 de agosto del año en curso fue registrado escrito de TESAU en virtud del cual :

- comunica a la CMT las condiciones de aplicación de los previos de interconexión a los que hace referencia la Resolución de 27 de julio (se adjunta el Anexo pertinente).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- manifiesta su voluntad de interponer contra la citada Resolución recurso de reposición.

Dos días más tarde los servicios de la CMT evacuaron Informe relativo a las condiciones de aplicación arriba señaladas.

Octavo.- Con fecha 10 de agosto del presente año fue registrada la entrada de un escrito de TERRA en el que, después de haber sido ampliado el plazo correspondiente, se da contestación al requerimiento de información que la CMT había practicado en su momento. El escrito de referencia aporta una serie de datos relativos a :

1.- Características del servicio de acceso a Internet comercializado por TERRA aplicando la "Tarifa Plana Personal".

2.- Condiciones de aplicación de dicha tarifa.

3.- Relación contractual existente entre TSCR, filial de TERRA que presta el servicio de acceso a Internet, y el cliente final.

4.- Modelo de negocio planteado por TERRA para la comercialización de su tarifa : ingresos, costes medios, estimaciones de usuarios, margen operativo, entrada de resultados positivos y mecanismos de compensación que se basan en ingresos procedentes de otras empresas del GRUPO TELEFONICA.

5.- Cifra de contrataciones efectuadas hasta el 27.07.00 y estimaciones de contratación hasta el 01.11.00.

6.- Cuenta de resultados de TERRA (ejercicio 1999) y de sus filiales españolas: TSCR (ejercicios 1998 y 1999), ORDENAMIENTO DE LINKS ESPECIALIZADOS, S.L. (ejercicio 1999) y TELEFONICA INTERACTIVA DE CONTENIDOS, S.A. (ejercicio 1999).

7.- Entidades con las que se contrata la prestación de los servicios soporte del acceso a Internet comercializado por TERRA con tarifa plana. Igualmente, condiciones de la relación contractual que vincula a TERRA y TELEFONICA DATA ESPAÑA, S.A. (en adelante TDE).

8.- Composición accionarial de TSRC.

9.- Respecto a TERRA : estatutos sociales, composición accionarial, composición del Consejo de Administración y procedencia de cada uno de sus miembros, organigrama del equipo directivo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El escrito de TERRA (declarado confidencial por el interesado) se acompaña de los correspondientes documentos anexos, e incorpora asimismo alegaciones relativas a la medida cautelar adoptada con fecha 27 de julio de 2000.

Noveno.- El 11 de agosto de los corrientes el operador LINCE presentó un nuevo escrito ante la CMT, con el objeto esta vez de *“realizar una contribución al expediente de referencia en relación con la medida final que se adopte por esa Comisión”*. Concretamente, el escrito de LINCE :

(i). Expone la necesidad de fijar un precio de interconexión que permita a los operadores cubrir todos los costes necesarios para prestar el servicio (costes de backbone, comercialización, retribución a los PSIs) y obtener un margen comercial razonable.

(ii). Propone la adopción de una tarifa plana de interconexión por capacidad : además de adaptarse perfectamente a las condiciones del mercado de acceso a Internet, esta solución es coherente con las previsiones del RD-Ley. Efectivamente, considera LINCE, la obligación impuesta a TESAU de entregar separadamente el tráfico de telefonía vocal y aquél destinado a los números correspondientes a centros de acceso a Internet, en los mismos puntos de interconexión de voz ya existentes, facilita la aplicación de una tarifa plana por capacidad, aunque no sea premisa necesaria para ello. LINCE hace referencia a la solución adoptada en su momento por el regulador Oftel (*“decisión FRIACO”*), en la línea de su propuesta.

(iii). Estima que, de adoptarse una tarifa plana por capacidad, TESAU debería estar obligada a aplicarla desde la adopción de la correspondiente resolución final, sin necesidad de esperar a la conclusión de acuerdos para la entrega separada del tráfico, puesto que el tráfico de Internet es fácilmente diferenciable del tráfico de voz mediante la comunicación de la numeración CASI proceda a TESAU.

(iv). Considera que, de acuerdo con lo dispuesto en el RD-Ley, todo servicio de reserva de capacidad en interconexión para tráfico Internet ha de estar disponible en los puntos de interconexión existentes en cada momento, lo cual comprende, primero y fundamentalmente, los PDIs de tránsito. Vuelve a hacerse referencia a la decisión adoptada por el regulador británico.

Décimo.- Mediante escrito con entrada registrada el 11 de septiembre de 2000, RETEVISION se dirigió a esta Comisión solicitando su intervención a fin de que se adoptasen las medidas consistentes en :



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(i). *“la extensión con carácter retroactivo a fecha 10 de julio de 2000, fecha de entrada en vigor de la oferta de TERRA, de las medidas cautelares de su Resolución de 27 de julio de 2000 para el caso de acceso a Internet a través del código 1050 de mi representada”.*

(ii). Resolver *“el conflicto de interconexión planteado por la negativa de Telefónica a extender a los números de acceso a Internet de RETEVISION I que están precedidos por el código de selección de operador 1050 las condiciones establecidas en la Resolución de 27 de julio de 2000 para LINCE y otros operadores con centros de acceso a Internet que utilicen números de inteligencia de red”*

Asimismo, RETEVISION solicitaba *“Que se adopte por esa Comisión, en primera instancia, medidas cautelares, con efectos desde el 10 de julio de 2000, fecha de entrada en vigor de la oferta de TERRA, solicitando a TELEFONICA la aplicación al tráfico dirigido a números precedidos del código de selección de operador 1050 correspondientes a centros de acceso a Internet de mi representada unos precios de interconexión que no excedan de 2.750 pesetas para cada usuario de tarifa plana en condiciones similares de distribución horaria a las de la “tarifa plan Personal” de TERRA”.* Entiende el solicitante que concurren, tanto desde la perspectiva del Derecho de la competencia, como de conformidad con la legislación sectorial, los requisitos necesarios para la adopción de la medida provisional instada.

Decimoprimer.- Sobre la base de los razonamientos y conclusiones contenidos en la Resolución adoptada por el Consejo de la CMT el 27 de julio de los corrientes, en el expediente ME 2000/2994, el solicitante señala en su escrito que el acceso a Internet que presta a sus clientes se enmarca en el ámbito de la segunda de las modalidades de servicio que la citada Resolución distingue (se hace uso de una numeración distinta de la geográfica), entendiéndose pues que el marco de aplicación de la medida adoptada en su momento por esta Comisión ha de hacerse extensivo a los supuestos de acceso a Internet con el prefijo 1050.

En palabras del solicitante *“el servicio de provisión de acceso a Internet a través del 1050 se enmarca totalmente dentro de la segunda de las modalidades establecidas por la CMT en la Resolución comentada, pues concurren todas y cada una de las circunstancias allí consideradas, a saber : 1.) el operador propietario de la red de acceso desaparece de la relación comercial con el cliente para el acceso a Internet dando lugar a un servicio y un precio que se fija por el operador dueño del número de acceso a Internet y el ISP; y 2.) como corolario de esta estructura de precios, el operador dueño del número de acceso a Internet, que como ya se ha dicho se correspondería con el operador que tiene asignado el código de selección de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador, debe satisfacer al operador que provee la red de acceso (TELEFONICA) un precio por interconexión de redes, que ya no es el fijado por terminación de llamada, sino por el acceso a la red de ese operado”.

Decimosegundo.- El solicitante señala asimismo que, al requerir a TESAU, mediante carta de 11 de agosto de los corrientes (se adjunta copia), que le aplicase las condiciones de interconexión acordadas en la Resolución de constante referencia, TESAU se negó (se anexa carta de una comunicación de 17 de agosto de 2000), argumentando que dichas condiciones se refieren exclusivamente al tráfico dirigido a números de inteligencia de red correspondientes a centros de acceso a Internet.

A juicio del solicitante, el comportamiento de TESAU :

- constituye un indicio más de que el lanzamiento de la tarifa plana de TERRA constituye una práctica contraria al Derecho de la competencia que obedece a un intento de excluir y limitar el desarrollo de sus competidores en el mercado relevante de provisión de acceso a Internet.
- vulnera el principio de no discriminación que, en materia de interconexión, vincula a un operador dominante, como prevé la Ley 11/1998, de 24 de abril, y el artículo 9 del Reglamento de Interconexión. Ello sitúa a RETEVISION en una situación de clara desventaja respecto a TERRA, el GRUPO TELEFONICA y el resto de operadores que, comercializando servicios de acceso a Internet conforme a la segunda de las modalidades descritas por el Consejo de la CMT en su Resolución, se acojan a las condiciones de interconexión en ella dispuestas. Se está pues, insiste el solicitante, deteriorando y limitando sustancialmente su capacidad de actuación en la nueva situación de mercado creada. Y ello, añade RETEVISION, teniendo en cuenta que dispone de una despliegue de red de interconexión mayor que el de operadores que están disfrutando de las condiciones económicas a las que ella no tiene acceso.

Decimotercero.- La solicitud de intervención presentada por RETEVISION con fecha 11 de septiembre de los corrientes se había visto precedida de otra registrada el 18 de agosto del año en curso. En ella, haciéndose uso de algunos de los argumentos señalados en párrafos anteriores, se instaba la extensión de la medida provisional adoptada en su momento por la CMT (el 27 de julio de 2000). Asimismo, se solicitaba que dicha extensión fuera acordada con carácter retroactivo, tomándose como fecha de referencia aquélla en la que fue adoptada la Resolución de constantemente citada.

Decimocuarto.- Sobre la base de la habilitación competencial conferida a esta Comisión por el legislador, de acuerdo asimismo con las previsiones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contenidas en la LRJPAC, y a la vista de la identidad sustancial e íntima conexión existentes entre las peticiones elevadas por RETEVISION y aquella que es objeto de trámite en el marco del procedimiento ME 2000/2994, se dispuso en su momento la incorporación de dichas solicitudes al procedimiento en curso. Ello fue comunicado a los interesados mediante sendos escritos fechados el 20 de septiembre de este año.

Decimoquinto.- En el marco del procedimiento principal iniciado en su momento, y con fecha 28 de septiembre de los corrientes, fue adoptada por la CMT una segunda medida cautelar en virtud de la cual :

“Único.- TELEFONICA, con carácter cautelar, deberá aplicar al tráfico dirigido a números precedidos del código de selección de operador 1050 correspondientes a centros de acceso a Internet de RETEVISION, unos precios de interconexión que no excedan para cada usuario de este último operador del precio ofertado por TERRA a sus usuarios finales, esto es, 2.750 pesetas, siempre que ese tráfico se produzca en condiciones similares, incluida la distribución horaria, a las establecidas por dicha compañía en su propia oferta”.

Decimosexto.- El día 25 de septiembre de 2000 tuvo entrada en la CMT un nuevo escrito de LINCE, en el que el operador expone ciertas dificultades sobrevenidas en la implementación de la medida cautelar adoptada el 27 de julio de este año, adjuntado determinada documentación a los efectos de ilustrar y acreditar sus afirmaciones. Más concretamente, LINCE estima que existe un serio desacuerdo respecto a las condiciones de aplicación del precio máximo de interconexión fijado por la CMT :

- TESAU entiende, a juicio de LINCE, que la Resolución de referencia es aplicable únicamente a las ofertas que sean una réplica exacta de la oferta comercial de TERRA, en todas y cada una de sus condiciones.
- El operador dominante estima que la medida cautelar en cuestión se aplica solamente a partir de la fecha en la que se le comunica oficialmente su numeración CASI asociada a ofertas de tarifa plana de Internet.

LINCE solicita que, en el marco del procedimiento principal de este expediente, se resuelva :

(i). Que la medida cautelar adoptada mediante Resolución de 27 de julio no requiere, para su aplicación, que las ofertas de tarifa plana de Internet a cliente final asociadas a numeración CASI de LINCE repliquen exactamente la oferta que comercializa TERRA, sino que es suficiente que se trate de tráfico de tarifa plana de Internet asociado a esa numeración CASI de red inteligente de LINCE que tenga lugar en la misma franja horaria que la ofertada por TERRA, sin



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

perjuicio de que fuera de esa franja horaria, se pague el precio de interconexión por minuto que resulte de aplicación.

(ii). Que la Resolución es aplicable a LINCE desde el 27 de julio de 2000, habiendo recaído íntegramente el supuesto de hecho que la misma contempla, y no desde un momento posterior.

Decimoséptimo.- Con fecha 2 de octubre de los corrientes se dio trámite de audiencia a las partes (TERRA, TSCR, TESAU, LINCE y RETEVISION), siendo cumplimentado por dos de ellas.

RETEVISION, en su escrito con entrada registrada el 13 de ese mismo mes, efectúa las siguientes manifestaciones :

A. Respecto a la conducta abusiva del GRUPO TELEFONICA.

(i). Estima que el comportamiento de TERRA supone un adelantamiento respecto a lo previsto por el RD-Ley, constituyendo un fraude de ley y una vulneración del ordenamiento jurídico, con importantes efectos negativos sobre la competencia, puesto que, dadas las condiciones de interconexión aplicables, resulta imposible replicar la oferta de TERRA de forma económicamente viable.

(ii). Considera que la intención del GRUPO TELEFONICA no es sino crear una ventaja competitiva a favor de una de sus empresas (TERRA), haciendo uso de la posición de dominio que, en el mercado ascendente de interconexión, ostenta otra compañía del Grupo (TESAU). Ello vulnera tanto la legislación sectorial aplicable como las disposiciones del Derecho de la competencia.

(iii). Entiende que es necesario revisar la delimitación del mercado relevante efectuada por la CMT, dando cabida, en la segunda de las modalidades de prestación del servicio de acceso a Internet que se describen en la Resolución, a la utilizada en la oferta que comercializa RETEVISION : el empleo de código de selección de operador (1050) seguido del número geográfico de acceso a la Red. El servicio así prestado constituye un sustituto perfecto de las modalidades consideradas por esta Comisión, tanto en términos e oferta como de demanda.

(iv). Estima suficientemente probado que el GRUPO TELEFONICA ha abusado de su posición de dominio mediante la aplicación de condiciones de interconexión discriminatorias en favor de su filial TERRA, y en perjuicio de otros operadores. En razón de ello, se solicita que la CMT *“ratifique el contenido de las medidas cautelares adoptadas en cuanto a la fijación de una tarifa que no exceda de las 2700 ptas. por abonado para todos los operadores interconectados que presten servicios de acceso a Internet bajo el denominado*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“modelo de acceso”, *bien sea con numeración de red inteligente o con código de selección de operador, (...)*”.

(v). Solicita que la ratificación citada tenga efecto retroactivo a la fecha en la que, estando en el mercado la oferta de TERRA, comiencen a ofrecer tarifa plana el resto de los operadores. En el caso de RETEVISION, el 10 de julio de 2000. Fundamenta el interesado su petición en :

- la necesidad de que las medidas cautelares tengan carácter simétrico y no discriminatorio, debiéndose asegurar además la eficacia de esta Resolución final.
- la doctrina del efecto directo del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la CE.
- la normativa sectorial en materia de interconexión : Directiva 97/33/CEE, de 30 de junio de 1997, en su artículo 7.tres, así como el Informe Propuesta de la CMT sobre las modificaciones a la primera OIR de TELEFONICA, S.A. (modificación 8ª , apartado 3º) y la Oferta de Interconexión de referencia para el año 2000 (apartado 9.14.5.b).
- desde la óptica del Derecho administrativo, el interesado hace referencia a la ausencia de derecho o interés “legítimo” por parte de TESAU, puesto que la adopción de las medidas cautelares se basa en la existencia de indicios suficientes respecto a un eventual comportamiento anticompetitivo por parte del GRUPO TELEFONICA, lo cual es incompatible con la existencia de derechos o intereses a la que hace referencia el artículo 57 de la LRJPAC.
- la ausencia de impedimentos técnicos en cuanto a los sistemas de facturación de RETEVISION, que no sólo permiten una consolidación mensual *ex post*, sino que además permiten justificar las altas de abonados sin riesgo de fraude.

(vi). Solicita asimismo el interesado que las medidas cautelares de referencia permanezcan en vigor hasta que se introduzcan en la OIR nuevas condiciones de interconexión para los servicios de acceso a Internet señalados en el punto (iv).

Por su parte, las alegaciones de TESAU, contenidas en un escrito con entrada registrada el 17 de octubre de 2000 :

(i). Se pronuncian sobre asuntos relativos a a). la resolución de cuestiones que afectan a las medidas cautelares previamente adoptadas; b). las condiciones de aplicación de la primera medida cautelar; c). las alegaciones de LINCE



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sobre el modelo de tarifa plana de interconexión por capacidad y las nuevas condiciones OIR; d). el modelo de provisión de acceso a la Red de RETEVISION; e). la no justificación de las medidas cautelares adoptadas; f). la no aplicación retroactiva de la primera medida cautelar.

(ii). Se solicita que :

- Se tengan por incorporadas a este expediente administrativo las alegaciones efectuadas en el recurso de reposición de fecha 4 de agosto de los corrientes, por el que se impugnaba la Resolución de 27 de julio de 2000.

[Dichas alegaciones versaban sobre :

- La incompetencia de esta Comisión para calificar una conducta como anticompetitiva.
- La incompetencia de esta Comisión para dictar una medida cautelar consistente en modificar los precios de interconexión.
- El error por omisión en la consideración de la naturaleza del mercado eventualmente afectado por la conducta.
- El error en la aplicación de la doctrina jurisprudencial comunitaria al presente caso.
- El error en la valoración de la concurrencia de apariencia de buen derecho al considerar la existencia de una conducta anticompetitiva].
- Se remita al correspondiente procedimiento incidental de medidas cautelares el pronunciamiento sobre la petición formulada por LINCE respecto a las condiciones y criterios para la aplicación de dicha medida, desestimándose asimismo la pretensión principal de ese operador, a saber : la aplicación de la Resolución de 27 de julio de este año desde esa misma fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

II.A. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA CMT.

En materia de Derecho de la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A ese respecto no cabe sino incidir nuevamente en la argumentación esgrimida por la CMT en anteriores ocasiones : antes de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, el caso más conspicuo en el que se analizó esta cuestión por este organismo fue el contemplado en la resolución de 2 de diciembre de 1999, conociendo de determinadas prácticas de TESAU justamente respecto de los servicios de Infovía e Infovía Plus, para la prestación del servicio de acceso a Internet por parte de esa operadora.

TESAU estimaba entonces, igual que ahora, que ninguna de las letras contenidas en el artículo 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones permitiría a la CMT dictar resoluciones de la naturaleza de la impugnada, exponiendo un conjunto de razones que, a la postre, se reducían a dos: la competencia en materia de defensa de la competencia recae en exclusiva en el Servicio de Defensa de la Competencia y en el Tribunal de Defensa de la competencia; y que la disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones sancionaba esta exclusividad limitando el papel de la CMT a la emisión de instrucciones generales, porque en lo demás debía remitir los asuntos de que conozca y que identifiquen prácticas de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al Servicio de Defensa de la Competencia. Como vemos, los mismos argumentos que en su recurso de reposición se aducen para razonar la incompetencia de la CMT.

Pues bien, ya en aquella ocasión se recordaba que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se creó con un único objeto, según el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que la constituye, cual es la salvaguarda, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

Este Real Decreto-Ley constituyó una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno dentro de un paquete de iniciativas destinadas a liberalizar los mercados.

El objeto que se ha señalado guía su actuación, y constituye la razón de su creación y de su existencia. Todos sus recursos se encaminan a este fin, la salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

La decisión del legislador no es caprichosa: se trata de una consecuencia del principio de liberalización de los mercados que exige la adopción de medidas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

rápidas e urgentes de intervención, para evitar que se frustre la apertura de los mercados, en este caso el de telecomunicaciones, como consecuencia de que el órgano generalista se vea imposibilitado para intervenir con prontitud y eficacia.

Lo que se señala, y que después merecerá un comentario más detenido, no significa que al Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia se le priven o menoscaben funciones: antes al contrario, las funciones de estos órganos se mantienen, lo que sucede es que a las que estos órganos desempeñan se añaden ahora otras, de distinto alcance y ejercicio, como después veremos.

Es importante significar este hecho por cuanto, para alcanzar ese objeto de salvaguarda de la competencia, se dota a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones diferentes funciones, diferentes en su alcance y contenido pero en definitiva conectadas de tal manera que de su conjunto resulta una dotación suficiente de medios a ese organismo para alcanzar el fin y objeto de su existencia.

Con esto se quiere poner de manifiesto una evidencia: las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no son compartimentos estancos, aunque puntualmente puedan ejercitarse por procedimientos en alguna medida distintos (aunque se garantiza la uniformidad al aplicarse en todos ellos las normas reguladoras de los Procedimientos Administrativos), sino que todas ellas se encaminan a propiciar, otorgando los correspondientes resortes al órgano regulador, la salvaguarda de la libre competencia en el mercado.

Este aserto se confirma repasando algunos ejemplos: cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercita la función de otorgamiento de una licencia a un operador, lo hace valorando el mercado en el que va a actuar y sus posibilidades de competir en él (y al efecto establece las oportunas condiciones en la licencia); asimismo, cuando asigna números a los operadores, teniendo en cuenta además que los números constituyen un recurso escaso, examina el efecto que esa asignación pueda producir en otros operadores o en el propio mercado; cuando dicta resoluciones en materia de interconexión (conexión entre las redes de los operadores, sobre todo con el operador dominante en el mercado) y de acceso a las redes, tiene en cuenta si esa conexión facilitará o no la prestación del servicio que proceda por los diferentes operadores, en condiciones no discriminatorias pero teniendo en cuenta la posición de cada uno de ellos en el mercado, pudiendo establecer condiciones de diferente signo; en fin, se podría seguir con todas las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una de las cuales, como previsión de cierre, diseñada precisamente para evitar escapes de una legislación sectorial que no podría anticipar todos los comportamientos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indeseables en un mercado forzado a cambiar, es la de poder adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la competencia en el mercado, respecto de todas aquellas actividades afectadas por la legislación sectorial que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia.

Téngase en cuenta que la liberalización en cualquier sector de apertura a la competencia y, singularmente en las telecomunicaciones, no es sencilla: así, los agentes que intervienen no son cualesquiera (tienen un peso económico de envergadura en los Estados); y por otra parte existe siempre, especialmente en determinado tipo de servicios (el telefónico y el de creación de infraestructuras, fundamentalmente), una fuerte tendencia al monopolio, en la medida que en ese tipo de servicios serán pocos los que decidan acometer inversiones adecuadas, especialmente en determinadas zonas territoriales.

Admitido, como no podía ser de otra manera, que la CMT es un órgano de salvaguarda de la competencia, es legítimo plantear cuales son las líneas diferenciadoras respecto del ámbito de actuación de los órganos generales de defensa de la competencia.

En este sentido, una vía posible de diferenciación, que sería perfectamente admisible como hipótesis, sería la de entender que al ser la Ley 12/1997 una ley especial en materia de salvaguarda de la competencia, sus preceptos, en aplicación del principio general del derecho de que la ley especial deroga la ley general, en todo aquello en que exista incompatibilidad entre ambas, se aplican con preferencia a los de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, esta línea de razonamiento, pudiendo ser válida, ni siquiera es necesario explorarla por cuanto, en la interpretación que ahora se desarrollará, pueden coexistir ambos organismos, desarrollando sus funciones, sin riesgo de conflicto.

De hecho, transcurridos tres años desde el inicio de la liberalización, no se ha dado un solo caso en el que ambos órganos, sobre un mismo asunto, hayan intervenido.

Decimos que no puede existir solapamiento de funciones porque la naturaleza de la intervención de ambos organismos es diferente, en el diseño creado por el legislador.

En este sentido, el papel que se le atribuye a la CMT, en aras a propiciar una rápida intervención que agota en este acto su función, es imponer obligaciones de comportamiento a los operadores que incurren en prácticas anticompetitivas, singularmente abusos de posición dominante como el caso de autos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, detectada una práctica anticompetitiva, la resolución final que dicta la CMT no es sancionadora sino puramente declarativa, imponiendo obligaciones de hacer o de no hacer. Tan sólo si se incumple por el destinatario de la obligación el mandato de hacer o no hacer, la CMT puede sancionar, siendo en este caso la infracción cometida no un comportamiento anticompetitivo sino el incumplimiento de la resolución adoptada por el Consejo de la CMT.

Este papel de la CMT tiene sentido en cuanto que en un proceso de liberalización, lo que se requiere es la adopción de medidas urgentes para frenar comportamientos anticompetitivos, porque lo que está en juego es la existencia o no de un mercado libre y transparente, y la prontitud en la intervención constituye una pieza básica de ese proceso.

Esta forma de actuar -con rapidez y simplemente determinando la forma en que se tienen que comportar en el mercado los operadores- no es la que define a los órganos generales de defensa de la competencia. Su Ley reguladora, en los ámbitos que pueden ser similares a priori a los de intervención de la CMT (abusos de posición dominante, acuerdos entre empresas anticompetitivos) , prevé que la resolución que finalmente dicte, si se aprecia que existen prácticas anticompetitivas, sea sancionadora, mediante , normalmente, la imposición de multas o penas pecuniarias artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia).

Este diferente modo en que ambos órganos intervienen es perfectamente admisible y ha sido perfectamente aceptado por los agentes intervinientes en el mercado.

Los nuevos operadores, entrantes en los mercados antiguamente en monopolio, pueden modular sin dificultades, las vías de acceso a los órganos de salvaguarda de la competencia.

Si lo que desean son reacciones inmediatas, determinando las reglas de juego en el mercado sin la búsqueda de la apertura de un expediente sancionador al operador que incurre en abusos de posición dominante, sino una determinación clara de las obligaciones de unos y otros, acuden a la CMT.

Si lo que persiguen es la sanción al infractor, el camino adecuado es acudir al Servicio de Defensa de la Competencia.

Por esta razón, por la naturaleza del procedimiento que regula la Ley de Defensa de la Competencia, típicamente sancionador, están nítidamente separadas las funciones de instrucción y resolución del procedimiento, que recaen en órganos diferenciados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, en el caso de la CMT, es este órgano, el único que tramita y resuelve el expediente, sin necesidad de la designación de un instructor, con la única excepción del procedimiento sancionador propiamente dicho, cual es el que se incoa por incumplimientos de resoluciones, actos o circulares de la CMT.

Es más, si por cualquier circunstancia un operador acudiera a la CMT, ante una práctica anticompetitiva, ya materializada e irreversible, este organismo se vería imposibilitado para actuar, por cuanto no podría imponer obligaciones de hacer o no hacer y, por tal razón, se vería obligado a remitir las actuaciones a los órganos generales de defensa de la competencia.

Un ejemplo que permite apreciar con nitidez la diferencia de intervención de ambos organismos se encuentra en las prácticas realizadas por TESAU en los denominados "Planes Claros" ofertados como descuentos en llamadas de larga distancia.

Dichos Planes Claros, que contenían elementos de fidelización contrarios a la libre competencia, fueron objeto de la apertura de oficio de un expediente por parte de la CMT, en los últimos meses de 1997, cuando TESAU pretendía su comercialización coincidiendo con la entrada en el mercado de los primeros competidores.

Los Planes fueron paralizados por la CMT que posteriormente los admitió siempre que TESAU los ofertara con determinadas condiciones, eliminando todos sus aspectos anticompetitivos. Esto es, el Consejo de la CMT, al analizar posibles prácticas anticompetitivas, adoptó una postura no sancionadora sino de determinación de las condiciones en las que unas ofertas al mercado serían aceptables, si desaparecían esas prácticas contrarias a la libre competencia.

Posteriormente, dichos Planes, antes de ser definitivamente autorizados por el Gobierno, previo informe de la CMT (al ser descuentos sobre tarifas, precios regulados por tanto, requerían la autorización de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos) fueron publicitados en una campaña desmesurada en cuanto a los medios empleados y que coincidió en el tiempo con el inicio de la actividad de telefonía del único competidor entonces de la operadora.

La denuncia de esta segunda compañía se produjo una vez la campaña de publicidad (de corta duración, aunque muy intensa) había concluido, por lo que fue presentada ante el Servicio de Defensa de la Competencia, donde continuó la tramitación del correspondiente expediente, que concluyó finalmente con la imposición de una sanción a TESAU por el Tribunal de Defensa de la Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En ningún momento se planteó la intervención de la CMT, que, por lo indicado, no hubiera podido tener lugar.

En el caso presente, encontramos de nuevo un ejemplo o manifestación de nuestra argumentación: la resolución recurrida no impone ninguna sanción a TESAU. Simplemente se limita a ordenar unos comportamientos, que en este caso consisten en una obligación de hacer, que además se concreta en medidas específicas previstas en la legislación especial como son las relacionadas con la interconexión.

Como se ve, son manera de actuar y resoluciones de diferente contenido y alcance.

a-2) Las modificaciones introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

Antes de razonar sobre las modificaciones introducidas en la Ley de Defensa de la Competencia y que constituyen la principal apoyatura de TESAU, conviene detenerse un instante en el precedente que sobre las mismas supuso la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

En su día, como ahora, esta disposición fue interpretada por TESAU como principal argumento esgrimible para cuestionar la competencia de la CMT.

La redacción de esa disposición adicional es la siguiente, bajo el título de “Coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal de Defensa de la Competencia”:

“El ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye a los órganos de defensa de la competencia.

Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Ello se entiende, sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2 f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En opinión de esta Comisión, la redacción del precepto, que no ha sido objeto de derogación, explicita una relación y manera de actuar que antes hemos explicado y que señala los campos de actuación de uno y otro órganos.

En este sentido, la CMT, que ve ratificada su competencia sin ninguna limitación, tal como dispone la propia disposición adicional séptima, *in fine*, debe poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia hechos que pudieran constituir indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, al objeto, obviamente de una posible sanción de este organismo. Ahora bien, ello no le impide imponer obligaciones de hacer o no hacer, como ya se ha explicado reiteradamente.

Por otra parte, el precepto sanciona, en nuestra opinión, la primacía en la intervención de la CMT en los asuntos de los que hablamos.

De ahí el sentido de la expresión “cuando la CMT detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia ...”,

Así, la CMT que cuenta con información de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores -basta examinar sus funciones, la especialización de su personal, para ratificar esta opinión- la coloca en la situación mas idónea para detectar las posibles prácticas anticompetitivas.

Una vez detectadas, y según la naturaleza de la práctica anticompetitiva, la CMT debe decidir si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia o bien procede a la apertura de un expediente propio de adopción de medidas.

Este es el único esquema congruente y razonable de coordinación. Lo que plantea TESAU es una interpretación irrazonable por cuanto no responde a una filosofía de coordinación de ambos organismos, con mantenimiento de las funciones de uno y otro, sino a la supresión, pura y dura, de la competencia que tiene reconocido explícitamente uno de ellos.

De ahí que tenga sentido la previsión que contiene *in fine* la disposición adicional séptima, a cuyo tenor la comunicación que la CMT realice al Servicio de Defensa de la Competencia se produce “sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2. F) de la Ley 12/1997, ...”

Si el deseo del legislador hubiera sido el de suprimir la función de la CMT no tendría sentido aprobar una redacción como la que estamos comentando. Hubiera bastado con suprimir la función.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este mismo argumentario sirve para defender una interpretación razonable de las modificaciones introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

En este sentido, debe traerse a colación la Disposición adicional primera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia.

Esta disposición da una nueva redacción a la letra f) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997, con el siguiente contenido:

“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios. A estos efectos, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

- 1º Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”.
- 2º Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen dichos hechos.
- 3º Ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo”.

Hasta aquí, el texto de la disposición, que tiene la misma redacción que la originalmente contenida en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno.

Las modificaciones que se introducen sobre la redacción anterior de la mencionada letra f) son las siguientes:

- Dentro de la descripción general de la función de adoptar medidas, que se mantiene, se suprime la indicación de que dichas medidas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

son “para salvaguardar la libre competencia”. Se conserva el detalle particular de las medidas que la Comisión podría adoptar.

- Se mantiene la indicación de que la Comisión podrá dictar sobre las materias indicadas instrucciones dirigidas a las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.
- Se introduce una función consistente en poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.
- Se mantiene la función de interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia.

Como se desprende de estas modificaciones, los únicos cambios producidos se refieren a la supresión de la mención genérica de la razón por la que se pueden adoptar medidas, así como la introducción de una función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia.

Ahora bien, estas modificaciones no suponen una alteración de la función reconocida hasta la fecha en la letra f), dado que:

- la supresión de la mención genérica de la razón por la que la CMT puede adoptar medidas es lógica, dado que esta mención genérica está reconocida explícitamente en el Preámbulo y en el artículo 1 Dos 1. de la Ley 12/1997¹. En este sentido, es superfluo decir en la letra f) que las medidas que adopta la Comisión son para la salvaguarda de la libre competencia por cuanto obviamente para esta finalidad se adoptan, no para otra, dado que todas las funciones de la CMT, incluida la de la letra f), se otorgan a este organismo para el cumplimiento de su único objeto, cual es, se reitera, la salvaguarda de la libre competencia.
- la introducción de la función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia ya estaba recogida en la disposición

¹ “Dos. 1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitrar en los conflictos que surjan en el sector.

2. Para el cumplimiento de este objeto, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones, antes comentada. Prácticamente, el contenido del texto que ahora se introduce en la letra f), es idéntico al de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por lo dicho, no puede hablarse en rigor de una modificación de la función reconocida en la letra f) del artículo 1 Dos 2, sino de un retoque de la misma, cohonestando su redacción con la modificación producida de hecho, aunque no formalmente, con ocasión de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

Así, de esta manera, queda ratificada la función de colaboración entre la CMT y los órganos de defensa de la Competencia, en el sentido que más arriba ha sido expuesto.

Lo que debe descartarse con rotundidad es una interpretación según la cual se retomaría la solución excluyente consistente en que los órganos horizontales de defensa de la Competencia serían los únicos competentes para adoptar medidas de salvaguarda de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

De hecho, esta solución era la predicada inicialmente en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, si bien posteriormente, previo informe de esta CMT, el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, abogó por la redacción que finalmente ha incorporado la Ley.²

Por lo demás, no resulta pertinente la invocación del artículo 51.bis de la LDC que hace TESAÚ, en cuya virtud los órganos previstos en dicha Ley son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ella se regulan en materia de defensa de la competencia, por la razón ya expuesta: la CMT ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en esa Ley, por cuanto su función es otra, en la línea que hemos expuesto.

Como corolario de todo lo dicho, debe concluirse señalando que la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, no introduce ninguna modificación sustancial en

² La Disposición Adicional Unica del Anteproyecto decía lo siguiente: “Se modifica el artículo 1.2.2 f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones pasa a tener la siguiente redacción: “Velar para que las actividades a que se refiere la presente Ley se lleven a cabo en régimen de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance, y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos”.

Como se desprende de esta redacción, la CMT dejaría de tener la función de “adoptar medidas” y en su lugar le correspondería simplemente la función de “velar para que las actividades a que se refiere la Ley se lleven a cabo en régimen de libre competencia”, perdiendo la función decisoria.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la función de la CMT recogida en la letra f) del artículo 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, de 24 de abril. En consecuencia, detectada una posible práctica anticompetitiva, la CMT debe tomar la decisión de si procede a la apertura de un expediente de adopción de medidas o de si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia, acompañando un informe exponiendo su criterio, a fin de que por ese organismo se proceda en su caso a la apertura de un procedimiento sancionador.

En caso de acordar la apertura de un expediente, el asunto quedaría bajo su competencia y concluiría con una resolución adoptando, en su caso, medidas de salvaguarda de la competencia, que consistirían en una imposición de obligaciones de hacer o de no hacer, sin que ello suponga el establecimiento de sanciones por las prácticas anticompetitivas acreditadas.

Esta resolución no excluiría el que los órganos de defensa de la competencia pudieran proceder a la apertura de un procedimiento sancionador respecto de las prácticas anticompetitivas realizadas, si así lo estima conveniente.

Respecto a la modificación de los precios de interconexión.

La actuación de la CMT no se enmarca en el ámbito de las previsiones contenidas en el RD-Ley de constante referencia, lo cual no resta a su intervención legitimidad ni oportunidad alguna, como se expone seguidamente. La presente Resolución se ubica en un escenario distinto al delimitado por la disposición normativa señalada, sin que por ello pueda ni deba entenderse desbordada la habilitación competencial que le ha sido conferida a la CMT por el legislador sectorial. Muy al contrario, esta Comisión no hace sino ajustarse escrupulosamente a lo que constituye sin duda alguna el hilo conductor de sus diversas funciones como organismo regulador : la salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en determinados ámbitos de actividad económica, en beneficio último del ciudadano.

El RD-Ley asigna a la CMT una tarea concreta en lo que respecta a la aplicación de una nueva tarifa para el acceso a Internet a través de la red de los operadores dominantes en el segmento de telefonía fija disponible al público. A tenor de lo dispuesto por el legislador, la elaboración de una propuesta de modificación de la OIR de TESAÚ es labor encomendada a esta Comisión, y ello en el ámbito de un determinado contexto: el configurado por una disposición normativa (el RD-Ley de referencia) que, a nadie se le oculta, delimita un nuevo terreno de juego en lo que a servicios de acceso a Internet se refiere.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Efectivamente, la aplicación de la nueva tarifa para el acceso telefónico a la Red no tiene otro objeto que el de posibilitar que el usuario final se beneficie de unos precios lo suficientemente competitivos como para incentivar una utilización más generalizada de Internet, de cara al despegue y consolidación, en el ámbito nacional, de la Sociedad de la Información.

Así las cosas, el establecimiento de nuevos precios de interconexión en el marco de la Oferta de Referencia de TESAÚ no es sino el lógico corolario de lo dispuesto por el legislador en el artículo 4.tres del RD-Ley : se trata de configurar, en la medida de lo posible, una estructura de costes que permita a los restantes operadores actuar con la necesaria y deseable eficiencia económica. Únicamente en la medida en que la capacidad económica de estos agentes no se vea resentida (o seriamente resentida), podrán contribuir, con precios finales más competitivos, a intensificar el acceso de los ciudadanos a la Red.

A ese respecto se señala que, con fecha 14 de septiembre de los corrientes, fue adoptada por el Consejo de la CMT la Resolución que contiene la propuesta, a la CDGAE, de modificación de la OIR de TELEFONICA, S.A. Esta modificación ha sido aprobada por la Comisión de referencia con fecha 19 de octubre, habiéndose publicado el Acuerdo correspondiente en virtud de la Orden Ministerial de 31 del mismo mes (BOE núm. 262, de 1 de noviembre de 2000). El día 1 de noviembre es la fecha prevista por el Acuerdo citado para la entrada en vigor de las modificaciones aprobadas, si bien la efectividad de los nuevos precios de interconexión a pagar por los operadores interconectados respecto de cada uno de sus clientes no se producirá hasta transcurridos 15 días desde que le sean comunicados a Telefónica los números de teléfono a los que les es aplicable la tarifa plana una vez incluidas las correspondientes modificaciones en los Acuerdos de Interconexión suscritos entre los operadores y Telefónica.

Paralelamente al escenario que delimita la normativa aplicable, la realidad del mercado ha discurrido por unos cauces que han requerido la obligada intervención de la CMT. Y ello sin menoscabo del ámbito de actuación que le ha sido reservado por el RD-Ley. Nótese que, en su función de garante de las condiciones de competencia efectiva en determinados mercados, esta Comisión está llamada a desempeñar dos roles distintos y plenamente compatibles :

(i). *a priori*, el de promover y fomentar el establecimiento y consolidación de mercados competitivos, previniendo la aparición de prácticas comerciales censurables en ese sentido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(ii). *a posteriori*, el de restablecer las condiciones de competencia efectiva en los mercados una vez han sido lesionadas.

La presente Resolución se incardina en este segundo ámbito de actuación : como se verá más adelante, esta Comisión entiende, fundadamente, que la promoción comercializada desde principios del mes de julio por TERRA no puede ser razonablemente replicada por una gran mayoría de entidades que operan en el mercado nacional de servicios de acceso a Internet a través de RTC y RDSI. Es decir, no podrá ser contestada sin que la viabilidad financiera de esos agentes se vea irremediable o gravemente lesionada. La aplicación de la denominada "Tarifa Personal Plana" puede, por tanto, erigir una importante barrera para la entrada o el legítimo posicionamiento de otros operadores en el citado sector.

II.C. SOBRE LAS PREVISIONES DEL REAL DECRETO-LEY 7/2000.

Una de las medidas liberalizadoras que se contienen en la disposición de referencia, como resulta de su Exposición de Motivos, es el establecimiento de una tarifa plana que pretende impulsar el uso de Internet por los ciudadanos españoles y el fomento del desarrollo de nuevas iniciativas y servicios en el mercado de la Sociedad de la Información, a la que se acompañan una serie de medidas para superar determinados obstáculos que estaban impidiendo el desarrollo de un mayor grado de competencia y de innovación en el acceso a INTERNET.

En este sentido, el artículo 4.tres del RD-Ley dispone que "los operadores dominantes del servicio telefónico fijo disponible al público incorporarán, con vigencia a partir del 1 de noviembre del año 2000, una nueva tarifa para el acceso a INTERNET a través de su red pública telefónica fija, de un importe de 2.750 pesetas mensuales".

En estos momentos, el único operador dominante en el mercado del servicio telefónico fijo es TESAU, que, de esta manera, se convierte de hecho en el único destinatario de la nueva tarifa.

Dicha tarifa, que se aplicará a las llamadas realizadas entre las cero y las ocho horas y entre las dieciocho y las veinticuatro horas, de lunes a viernes, y entre las cero y las veinticuatro horas de los sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, da derecho al usuario abonado al servicio telefónico fijo de TESAU al establecimiento de comunicaciones, durante ese horario, en llamadas de ámbito metropolitano, realizados a números de la red telefónica fija, incluidos los del rango de numeración de los servicios de inteligencia de red, y que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondan con los centros de acceso al servicio Internet pertenecientes a los diferentes proveedores de este último servicio.³

La tarifa especial será aplicable a todos los usuarios que accedan a través de la red de TESAU, sea cual sea la red a la que esté asociado el punto de terminación del centro de acceso al servicio Internet.

El tráfico dirigido a los números correspondientes a centros de acceso a INTERNET se entregará por TESAU de forma separada del tráfico de telefonía vocal y en los mismos puntos de interconexión de voz existentes. A estos efectos, los operadores negociarán los correspondientes acuerdos, resolviendo la CMT en los casos en que no exista acuerdo.

Finalmente, el artículo 6 del RD-Ley dispone que la CMT, con carácter excepcional y antes del 15 de septiembre, elevará para su aprobación por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos (en adelante CDGAE) una propuesta de modificación de la OIR de TESAU, “que garantice la eficacia competitiva de las medidas adoptadas en el presente capítulo, de forma que todos los operadores en el mercado partan de las mismas condiciones”.

A ese respecto vuelve a señalarse que, con fecha 14 de septiembre de los corrientes, fue adoptada por el Consejo de la CMT la Resolución que contiene la propuesta, a la CDGAE, de modificación de la OIR de TELEFONICA, S.A. Esta modificación ha sido aprobada por la Comisión de referencia con fecha 19 de octubre de 2000.

Hasta aquí las previsiones del RD-Ley. Para emitir un pronunciamiento en torno a si dichas previsiones han sido o no vulneradas en la oferta de TERRA o si se han producido prácticas anticompetitivas por el GRUPO TELEFONICA, tal como denuncia LINCE y suscribe RETEVISION, es necesario delimitar el mercado en el que tiene lugar el comportamiento de TERRA y que resulta afectado por el mismo, precisando los diferentes servicios y operadores que se ven involucrados.

II.C. SOBRE EL CARACTER ANTICOMPETITIVO DE LA PRACTICA COMERCIAL EFECTUADA POR TERRA.

(i). El mercado de provisión de acceso a Internet a través de la RTC y RDSI.

³ Adicionalmente, se prevé que el Ministerio de Ciencia y Tecnología determine un rango de numeración especial, diferente del que actualmente se utiliza para el acceso a INTERNET.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Delimitación y caracterización de los mercados de producto y geográfico.

a). En cuanto al mercado de producto.

La denominada “Tarifa Plana Personal” que ha venido siendo comercializada por TERRA presenta determinadas características :

- la comercialización de la oferta corresponde a TERRA, siendo TSCR (filial al 100% de aquélla) el titular del servicio que, asimismo, contrata su suministro con el cliente, lo presta y asume los derechos y obligaciones propios del contrato correspondiente. Y ello con independencia de que, conforme a lo previsto por las condiciones generales de suscripción del servicio, TSCR se reserva la posibilidad de ceder el citado contrato o los derechos y obligaciones del mismo a cualquier sociedad del GRUPO TELEFONICA, debiendo comunicarlo al usuario en concretos términos.
- es parte integrante del catálogo de productos de TSCR y está expresamente dirigida a los usuarios de esa compañía, ya sean gratuitos o familiares. Por tanto, un cliente que no esté registrado como tal, deberá darse de alta previa o simultáneamente en cualquiera de los servicios de acceso a Internet de la compañía.
- tiene un período de vigencia comprendido entre el 10 de julio y el 1 de noviembre de este año.
- ofrece al precio de 2.750 pesetas al mes, IVA no incluido, la posibilidad de navegar a través de la línea telefónica básica o digital. Para la modalidad de acceso “gratuito”, la velocidad de transmisión mínima contrastada es de 2,5 kas, siendo de 5 Ms el espacio en servidor para alojamiento de páginas web y comprendiendo una cuenta de correo electrónico. En el caso de la modalidad de acceso “familiar”, la velocidad de transmisión es de 5 kas, 10 megas para alojamiento de páginas web y 5 cuentas de correo electrónico.
- para determinados días de la semana, la tarifa en cuestión será aplicable en concretos tramos horarios: de lunes a viernes, de 6.00 de la tarde a 8.00 de la mañana. Sábados, domingos y festivos nacionales, las 24 horas.
- va asociada a un identificador y a una contraseña del usuario, ofreciéndose un servicio personalizado y con movilidad geográfica:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puede accederse a la Red desde el terminal telefónico que el cliente elija en cualquier momento.

- el terminal ha de estar asociado a un punto de terminación de la red fija telefónica nacional, no incluyéndose por tanto llamadas desde teléfonos móviles o internacionales.
- la conexión telefónica tiene lugar mediante la marcación de un número de red inteligente (900).

En consecuencia, la oferta de TERRA está vinculada a la prestación de una concreta tipología de servicios : el acceso a Internet a través de la red telefónica conmutada (RTC) o red digital de servicios integrados (RDSI), estando destinada principalmente a pequeños usuarios, y no pareciendo probable, como se verá seguidamente, que el segmento de gran consumo opte por el producto de referencia.

Inicialmente, el concepto de servicios de acceso a Internet era una noción limitada en cuanto a gama de prestaciones, comprendiendo únicamente la conexión a la Red y la consiguiente posibilidad de navegar a través de la misma. El ámbito de servicios que estamos considerando es un sector, a nadie se le oculta, ciertamente dinámico y con un notable potencial de crecimiento. Dentro del mercado global de servicios de comunicación, constituye sin duda uno de los segmentos “emergentes” por excelencia. Es precisamente esa rápida evolución la que ha provocado, entre otras cosas, una ineludible ampliación de la gama de prestaciones ofrecida al usuario. En consecuencia, hoy por hoy el acceso a la Red abarca igualmente una serie de prestaciones conexas como correo electrónico, albergamiento telemático, páginas web, noticias, transferencia de ficheros, etc.

En ese contexto, debe señalarse que el acceso a través de RTC y RDSI y el acceso a través de líneas alquiladas constituyen hoy en día los principales cauces de conexión con Internet. El acceso a través de terminales móviles y el acceso a través de redes de cable no serán considerados a los efectos que interesan en esta Resolución, pues la implantación del primero, si bien presenta un potencial interesante, es hoy por hoy escasa, y el segundo, aun habiendo experimentado avances remarcables, no tiene todavía un peso significativo en el segmento de servicios de referencia (2% de usuarios, de acuerdo con los datos del año 1999 de que dispone esta Comisión).

El acceso a través de líneas dedicadas tiene como destinatarios a clientes de uso intensivo, fundamentalmente grandes empresas y organismos públicos. La segunda categoría de acceso está diseñada a la medida de las necesidades de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abonados de uso ocasional, en su gran mayoría los segmentos de pymes y clientes residenciales.

El mercado de producto que será considerado en este procedimiento a los efectos de valorar la práctica comercial de TERRA deberá comprender aquellos servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características o el uso que se prevea hacer de ellos.

En ese sentido, se observa que las características técnicas del acceso a la Red a través de RTC y RDSI (así, baja velocidad de transmisión, espacio limitado en servidor para alojamiento de páginas web, número reducido de cuentas de correo electrónico) configuran un servicio ordenado a satisfacer, fundamentalmente, las necesidades de una tipología de usuario que no precisa de un uso intensivo de la Red ni de prestaciones con determinados dimensionamientos : el cliente particular o la pequeña/mediana empresa que hace un uso ocasional de Internet. Y ello frente al gran consumo de quienes (básicamente, grandes empresas y organismos públicos) requieren una conexión permanente y prestaciones con capacidades distintas. En suma, dada la configuración técnica de cada modalidad de acceso y, por tanto, las necesidades que satisfacen y las utilidades previsibles a las que están destinadas, son los productos de uso limitado y no permanente (acceso a través de RTC y RDSI) aquellos por los cuales optará, previsiblemente, el pequeño/mediano consumidor, sin que sea razonable entender que dirijan su elección hacia productos que satisfacen la demanda de un segmento diferente (acceso mediante líneas dedicadas, destinado a grandes clientes).

Nótese asimismo, que el acceso a Internet a través de RTC y RDSI reviste, según las ofertas que se han examinado en el presente expediente (puede, no obstante, existir otras ofertas que respondan a criterios diferentes) dos variantes, en función del modo en que los proveedores de este servicio se sirvan de la red telefónica que ofrece el acceso :

(i). Una primera variante es aquella en la que se disocian, mediante precios y facturas separadas, por una parte la prestación del servicio de acceso a Internet a través de realización por el usuario de una llamada a una numeración geográfica que lleva asociada tarifa metropolitana y que le permite el acceso al nodo de Internet de un proveedor de servicios; y el servicio propiamente dicho que le preste el proveedor de servicios de Internet, que puede ser variado en su tipología y en su precio.

En esta variante, el servicio de acceso al nodo de Internet a través de la línea telefónica básica o digital es prestado por un operador clásico de telefonía fija, fundamentalmente TESAU que tiene la consideración de operador dominante y casi exclusivo en la prestación del servicio de llamadas que tienen asociada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tarifa metropolitana. El precio por este servicio está sujeto a tarifas aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y prácticamente no existe competencia alternativa a la operadora dominante, salvo la todavía muy reducida que proponen los operadores de telecomunicaciones por cable.

Precisamente, la tarifa especial que se aprueba en el artículo 4.tres del RD-Ley sería aplicable a esta modalidad y justamente respecto de uno de los dos servicios que la caracterizan: el acceso al nodo de Internet suministrado por TESAU.

En este sentido, lo habitual es que el proveedor de acceso a Internet contrate un número geográfico, en el que se pretende que se encaminen las llamadas que se cursan desde la red de TESAU. Ese número geográfico puede pertenecer a la propia TESAU o bien a cualquiera de los operadores de Telefonía fija que hoy operan en el mercado y a los cuales la CMT les haya asignado numeración de esta naturaleza.

En esta variante, dada las peculiaridades del régimen de interconexión ofrecido por TESAU, que se caracterizan porque en el caso de numeración geográfica, esta operadora debe abonar al operador titular del número el precio de interconexión correspondiente a la terminación de una llamada procedente de su red en la red de dicho operador titular del número, se produce una situación curiosa cual es que poniendo TESAU su red al servicio del operador que suministra un número a un usuario de TESAU para darle el servicio de acceso a Internet, debe pagar a dicho operador un precio por la terminación de llamadas, sin que este operador deba realizar ningún pago por utilizar la red de acceso de TESAU.

Esta circunstancia, entre otras, ha determinado que esta modalidad de acceso a Internet se haya generalizado, en la medida en que los operadores propietarios de los números geográficos a los que se asocia el nodo de Internet, ven como se producen, sin apenas coste para ellos, ingresos a través de la interconexión por terminación de llamadas.

En este sentido, ese ingreso seguro aportado por el operador de acceso ha dado lugar a que el servicio del proveedor de acceso a Internet, que sería el que daría lugar al segundo de los precios que hemos mencionado, prácticamente se suministre de manera gratuita por buena parte de los proveedores de acceso a Internet vinculados con los operadores de red propietarios de los números geográficos.

Como ha señalado esta Comisión de manera reiterada, en esta variante se produce una situación de competencia limitada entre operadores derivada del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hecho de que, al controlar el operador de acceso el precio que el usuario paga por ese acceso, el operador que ofrece a su cliente el servicio de Internet se encuentra en manos del operador de acceso en un aspecto muy importante del producto comercial que supone Internet como es el precio que se debe de pagar por el uso de la red del operador de acceso.

En este sentido, cualquier oferta que quiera hacer al usuario estará siempre mediatizada por los precios que el operador de acceso establezca por el uso de la red por parte de quien cliente de otro operador para el servicio de Internet.

Obviamente, al existir un monopolio en la red de acceso a favor de TESAU, en definitiva y a la postre, los precios que un usuario paga por recibir el servicio de Internet dependerán de las decisiones de un único operador, cual es TESAU, que de esta manera tiene el control del mercado, incluso aunque eso le suponga el tener que pagar servicios de terminación en la red de otro operador cuando en realidad lo que está prestando es un servicio de acceso a su red.

Se quiere decir con ello, que una cuestión que debería tratarse en el marco de la interconexión (los precios que los operadores pagan recíprocamente por el uso de sus redes) se traslada, como consecuencia del uso de una numeración muy particular, como es la geográfica, al ámbito de los precios de los servicios a los usuarios, que en este punto y para el mismo tipo de servicio (acceso a Internet), tienen que pagar a dos operadores diferentes.

(ii). Una segunda variante de acceso a Internet a través de la línea telefónica básica o digital, alternativa a la anterior y de menor utilización hasta la fecha es aquella en la que, utilizándose otro tipo de numeración, como es la de inteligencia de red o la asignada como código de selección de operador, se unifica en un solo servicio y bajo una sola tarifa, en principio, el servicio de acceso a la red y el resto de servicios característicos de un proveedor de acceso a Internet.

En este caso, y dado que en este tipo de numeración, el precio al usuario llamante lo fija el operador propietario del número, el operador que da acceso al usuario desaparece de la relación comercial por el acceso a Internet, dando lugar a un único servicio y a un único precio: el que fija el proveedor de acceso a Internet.

Este proveedor, a su vez, deberá pagar al operador de telecomunicaciones titular del número por los servicios que le preste.

La mayoría de las ofertas que se han examinado en el presente expediente correspondían a proveedores de acceso a Internet, filiales de operadores de telecomunicaciones, que comercializaban un producto integrado. Ahora bien,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

también cabría como posibilidad una oferta desagregada en la que, por una parte, el operador de telecomunicaciones, pagando el acceso a Telefónica, ofreciera una tarifa plana a los usuarios y, por otra, el proveedor de acceso a Internet ofreciera sus servicios sin incluir entre ellos el de comunicación a través de la red telefónica.

Como corolario de esta estructura de precios, el operador titular del número debe satisfacer al operador que da el acceso al usuario a ese número un precio por la interconexión de redes, que ya no es el fijado por la terminación de llamada, como en el caso anterior, sino por el acceso a la red de ese operador.

Así, si en la variante anterior, el operador de acceso pagaba por la terminación de llamadas, en esta modalidad es el operador en el que termina la llamadas el que paga al operador de acceso el precio de interconexión que esté estipulado.

En contrapartida, el proveedor de acceso a Internet puede fijar el precio que desee por el servicio de acceso a Internet, incluyendo en ese precio el servicio de utilización de la red para acceder a Internet. En lugar de dos precios pagados por el usuario, normalmente se paga uno sólo que comprende cuantos servicios quiera ofrecer el proveedor de acceso a Internet.

Este mecanismo permite una mayor competencia en precios al usuario, quedando en el marco de la interconexión el juego de las relaciones entre operadores por el uso de las redes respectivas.

También es esta variante se hace preciso la presencia de un operador con licencia de telefonía vocal o de explotación de red, al que se le haya asignado los números de inteligencia de red que procedan y que permitirá su utilización por un proveedor de acceso a Internet.

Esta variante, a diferencia de la anterior, ha tenido menor éxito entre los operadores, en la medida en que los mismos se ven obligados a realizar pagos de interconexión, siendo los márgenes comerciales reducidos dada la existencia de planes de descuento de TESAÚ, aprobados por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, para las llamadas de acceso a Internet. Asimismo, teniendo en cuenta que la llamada a Internet lleva asociada una tarifa metropolitana, y en el mercado de ese tipo de llamadas los nuevos operadores se muestran reacios a entrar por la escasez de márgenes, no existen incentivos para ofrecer productos atractivos en la actual situación de competencia en el mercado.

Téngase en cuenta otra circunstancia: en cualquiera de las dos variantes, el proveedor de acceso a Internet no cuenta con numeración propia, sino que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesita que le sea subasignada o simplemente otorgada (como a cualquier usuario) por parte de un operador con derecho a numeración.

Asimismo, conviene señalar :

- a) Que el RD-Ley, al establecer una tarifa plana aplicable por TESAÚ, se dirige en esta regulación tarifaria exclusivamente a la primera de las modalidades reseñadas, en la medida que fija los precios que debe cobrar el operador dominante al usuario al que da acceso a Internet. Es decir, sigue presuponiendo, respecto de esa tarifa y teniendo en cuenta las condiciones en que se aplica, que el servicio de Acceso a Internet puede separarse en un servicio puro de acceso, que prestaría TESAÚ y para el que cobraría la tarifa especial estipulada en el RD-Ley, y el resto de servicios relacionados con el acceso a Internet que pudiera prestarle el operador de acceso a Internet.
- b) Que ello no obstante, el RD-Ley contiene ciertas previsiones en materia de interconexión que son aplicables a las dos modalidades y que suponen obligaciones en materia de interconexión dirigidas a TESAÚ, como operador monopolista en la red de acceso. Estas previsiones son:
 - TESAÚ deberá entregar el tráfico dirigido a números correspondientes a centros de acceso a Internet, ya sean números geográficos (primera modalidad) o números de inteligencia de red (segunda modalidad) de forma separada del tráfico de telefonía vocal y en los puntos de interconexión de voz actualmente existentes.
 - Que TESAÚ está obligada a soportar una modificación en la OIR vigente, que garantice, a través de unos precios de interconexión adecuados, la eficacia competitiva de las medidas adoptadas en el presente capítulo, de forma que todos los operadores en el mercado partan de las mismas condiciones, operen éstos en la primera modalidad enunciada o en la segunda.

Evidentemente, una garantía de esta naturaleza supone establecer unos precios de interconexión adecuados para que pueda existir competencia en precios de acceso a Internet, mediante la utilización de la numeración de red inteligente o la asignada para códigos de selección de operador, que en estos momentos, a falta de otra numeración, son las únicas que permiten una real competencia en precios entre operadores, como ya hemos señalado.

Obsérvese, por último que, desde la óptica del usuario, no se identifican como dos servicios diferentes el de acceso a Internet a través de la red telefónica y el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que pueda agrupar el resto de servicios. Tanto es así, que el primero no se puede contratar aisladamente, requiere previamente un contrato con un ISP.⁴

Las dos variantes descritas, desde la óptica del usuario, son perfectamente sustituibles, puesto que en ambas las prestaciones suministradas al cliente son las mismas -la provisión de acceso a Internet-, satisfaciendo las demandas de un mismo perfil de consumidor. Y ello con independencia de que en una de ellas el precio por el uso de la red sea abonado a una operadora diferente del operador de acceso a Internet. En este punto, debe tenerse en cuenta que para el usuario en la que hemos denominado primera variante el precio de los dos servicios prestados es fácilmente calculable : basta sumar a las tarifas oficiales de TESAU el precio, si es que se cobra alguno, establecido por el ISP; y en la segunda, si ambos servicios están empaquetados, el precio total alternativo al de la primera modalidad se establece por el ISP.

Una demostración de esa sustituibilidad la ofrece la propia oferta de TERRA: respondiendo a la segunda de las modalidades, el precio establecido es el mismo que la tarifa señalada en el RD-Ley, que, como decimos, se ajusta a la de las primeras modalidades del servicio de acceso a Internet.

A la vista de las consideraciones expresadas a lo largo de este apartado, debe concluirse que la provisión de acceso a Internet a través de RTC y RDSI, haciendo uso de numeración geográfica o de inteligencia de red, resulta ser el mercado de producto a). en el que se lleva a cabo la eventual práctica anticompetitiva en la que haya podido incurrirse; b). que resulta afectado por dicho comportamiento.

b). El mercado geográfico.

En cuanto a la delimitación geográfica del mercado referido, debe señalarse que los proveedores de servicios de acceso a la Red (en adelante PSIs) pueden suministrar servicio a sus clientes :

- a través de un nodo propio que normalmente sólo posibilita el acceso, a precio de llamada metropolitana, a aquellos usuarios que estén ubicados en el área metropolitana en la cual esté localizado el PSI.
- mediante la contratación de nodos de acceso de un tercero, en el marco de los denominados “servicios de acceso a la información”. Esta posibilidad permite ofrecer servicio a usuarios situados fuera de la zona de cobertura de los nodos de que se disponga, a precio igualmente de llamada

⁴ El ejemplo de los bonos de descuento BONONET de TESAU es palmario. Sólo se pueden contratar estos descuentos en las llamadas a números correspondientes a ISPs.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

metropolitana. En la actualidad, están disponibles distintas alternativas a la hora de contratar la segunda de las modalidades consideradas a precios razonables, siendo numerosos los PSIs que recurren a ella para poder ofrecer un servicio con cobertura nacional, y no existiendo significativas barreras de entrada a los efectos señalados.

Así pues, el territorio nacional sería el ámbito geográfico en el que las condiciones para proveer los servicios de referencia serían homogéneas y, por tanto, el espacio geográfico en el que debería ubicarse el mercado de producto anteriormente delimitado.

Como ya se ha señalado, el mercado nacional de acceso a la Red a través de línea telefónica básica y digital es un sector, a nadie se le oculta, ciertamente dinámico y con un notable potencial de crecimiento. Dentro del ámbito global de los servicios de comunicación, constituye sin duda uno de los segmentos “emergentes” por excelencia.

El sector de referencia ha presentado tradicionalmente una configuración claramente atomizada que, en menor medida, sigue persistiendo en la actualidad : de acuerdo con los datos más recientes de que dispone la CMT, en diciembre de 1999 el número de títulos otorgados que habilitan para la prestación de los servicios de acceso a la Red ascendía a 282 (frente a los 153 de 1998), si bien la cifra de PSIs operando *de facto* sería considerablemente más elevada. Así pues, el número de operadores con autorización general se habría incrementado respecto al año anterior, disminuyendo no obstante la cifra de suministradores que operaban en el mercado sin la preceptiva habilitación : aunque no ha tenido la dimensión esperada, podría apreciarse una tendencia a la disminución del número real de PSIs, como consecuencia de la reagrupación de algunos de ellos.

En el escenario descrito en los párrafos precedentes, el RD-Ley delimita un nuevo terreno de juego en lo que a servicios de acceso a Internet se refiere : efectivamente, la aplicación de la nueva tarifa para el acceso telefónico a la Red, que desvincula los parámetros “precio” y “tiempo de conexión”, no tiene otro objeto que el de posibilitar que el usuario final se beneficie de unas condiciones económicas lo suficientemente competitivas como para incentivar una utilización más generalizada de Internet, de cara al despegue y consolidación, en el ámbito nacional, de la Sociedad de la Información.

Hasta la fecha, y de acuerdo con la información de que dispone la CMT, están disponibles tres ofertas de servicios de acceso a Internet que aplican un esquema de “tarifa plana” a semejanza del previsto por el RD-Ley y que son equiparables entre sí, esto es, similares en cuanto a precio, franja horaria y prestaciones : las comercializadas por TERRA, RETEVISION y LINCE. Otras



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entidades que suministran este tipo de servicios comercializan ofertas de tarifa plana no equiparables a las señaladas, puesto que varía sensiblemente el precio o la franja horaria (es el caso de BT y los operadores de cable ONO, Madritel y Supercable).

Por lo demás, en los restantes supuestos se sigue aplicando el tradicional sistema de precios conforme al cual, con o sin cuota de suscripción (generalmente sin ella), el cliente debe pagar el coste de la correspondiente llamada telefónica, a precio de llamada metropolitana, en función del tiempo de conexión. Nos remitimos, en este sentido, a lo ya expuesto en relación a las dos variantes de acceso a Internet a través de RTC y RDSI.

Posición de TERRA en el mercado nacional de acceso a Internet a través de RTC y RDSI, y ubicación del GRUPO TELEFONICA en mercados conexos.

Las consideraciones expuestas a lo largo de los subapartados precedentes deben ser interpretadas a la luz de ciertos datos relativos al año 1999 que obran en poder de la CMT, y que constituyen la información más reciente de que, a ese respecto, se dispone. Hacen referencia a una serie de parámetros que permiten valorar la posición de TERRA en el mercado nacional de provisión de acceso a Internet a través de RTC y RDSI, así como la ocupada en ese mismo mercado y en sectores conexos por el grupo empresarial al que pertenece la citada compañía.

Conforme a los datos de referencia, TERRA, en tanto que PSI, ostentaría en el mercado considerado una cuota del 24,1% en términos de ingresos reales, y del 27,8% en cuanto a número de abonados. Si bien podría considerarse a TERRA como principal proveedor de los servicios de referencia, la configuración del sector no posibilitaría actualmente atribuir a TERRA, con la necesaria nitidez, una posición de dominio en el segmento de los PSI.

Ello no obstante, debe hacerse hincapié en determinados datos que, a la vista de las consideraciones que posteriormente se expondrán, no resultan en absoluto baladíes : el GRUPO TELEFONICA, a través de algunas de sus empresas, estaría presente, de forma muy significativa, en los distintos tramos que vertebran el proceso de acceso a Internet a través de la RTC y la RDSI :

(i). Conexión del usuario vía módem al correspondiente nodo de acceso a través de las redes de referencia : TESAU es propietaria del 99% de los accesos a las redes telefónicas. En consecuencia, la práctica totalidad de las conexiones se efectúan haciendo uso de la infraestructura de la citada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

compañía. Ello le otorgaría una clarísima posición de dominio en este segmento.

(ii). Servicios de acceso a la información : el 50% de los usuarios accedieron en 1999 a su PSI a través de "Infovía Plus", servicio que presta otra empresa del mismo GRUPO : TDE. La contratación del nodo de acceso y la de la línea de datos dedicada que une dicho nodo con el PSI se llevan a cabo de forma conjunta. Todo ello permitiría concluir que, tal y como está configurado el mercado de servicios de acceso a la información, TDE seguiría ostentando en el mismo la condición de operador dominante.

(iii). Conexión del PSI con la Red : el 69% de los contratos de alquiler de líneas fueron suscritos con TDE. Cabría hacer extensiva a este segmento la conclusión alcanzada en el párrafo precedente.

Los datos aportados ponen de manifiesto que, si bien la empresa que anuncia y aplica la tarifa objeto de análisis, no podría ser considerada operador dominante en el mercado nacional de servicios de provisión de acceso a Internet a través de RTC y RDSI, no es menos cierto que, a través de algunas de las compañías que lo integran, el grupo empresarial al que TERRA pertenece ostentaría posiciones de dominio en diversos sectores conexos a aquél : todos los correspondientes a los servicios que constituyen el soporte necesario para que un PSI pueda proveer los servicios de acceso a la Red.

De acuerdo con la información aportada por la propia interesada, TERRA NETWORKS, S.A. es una compañía participada, en diversos porcentajes, por las entidades TELEFONICA, S.A., BANCO ZARAGOZANO, S.A., CAJA DE AHORROS Y DE PENSIONES DE BARCELONA y OTROS (estratégicos, minoritarios ...).

Como la presencia de TELEFONICA, S.A. en el accionariado de TERRA no es del 100% del capital social de la compañía, o de la casi totalidad del mismo, en su momento se requirió al interesado para que facilitase cierta información a los efectos de que esta Comisión pudiese determinar a quién cabe imputar el abuso en el que se hubiera podido incurrir, así como delimitar las responsabilidades consiguientes. Se le solicitó pues a TERRA que aportase :

- estatutos sociales de la empresa.
- datos relativos a la composición accionarial, composición del Consejo de Administración y procedencia de cada uno de sus miembros, organigrama del equipo directivo.
- datos relativos a la composición accionarial de TSCR.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De la documentación facilitada por TERRA resulta :

- (i). Que TSCR es filial al 100% de TERRA NETWORKS, S.A.
- (ii). Que esta última no puede ser considerada una entidad económicamente independiente respecto de la sociedad matriz TELEFONICA, S.A., cabeza del grupo empresarial al que todas al que junto con TESAU y TDE, entre otras, pertenecen TERRA y TSCR.

En razón de ello, y puesto que TESAU y TDE están participadas al 100% por TELEFONICA, S.A., cabe concluir que, en el supuesto objeto de este procedimiento, el holding al que pertenecen TERRA, TSCR, TESAU y TDE, constituye una empresa única a los efectos de aplicar las disposiciones del Derecho de la competencia.

[Nótese que las afirmaciones contenidas en los últimos párrafos no se efectúan a título principal, sino meramente incidental. Esto es, únicamente a los efectos, de todo punto necesarios, de apreciar la existencia de eventuales prácticas anticompetitivas, calificarlas y delimitar las responsabilidades pertinentes].

Finalmente, conviene observar que lo expuesto a lo largo de este subapartado, así como en otros puntos de esta Resolución, ha de ser interpretado a la luz de ciertas consideraciones de carácter general que encuentran fundamento jurídico en la práctica de la Comisión Europea, así como en una reiterada jurisprudencia comunitaria :

- A. Respecto a los distintos mercados que puedan verse implicados en una eventual infracción abusiva de la libre competencia.
- La apreciación de un abuso anticompetitivo presupone la existencia de una posición de dominio y alguna suerte de vínculo que ligue dicha posición y la presunta práctica abusiva. El sector de telecomunicaciones presenta una particular configuración como ámbito liberalizado con tradición monopolística en el que, frecuentemente, existen lazos de integración vertical entre los segmentos de infraestructuras y servicios. Así las cosas, en no pocas ocasiones la valoración de supuestos comportamientos abusivos se llevará a cabo no desde la óptica de un único mercado, sino desde la perspectiva de mercados conexos en uno de los cuales se ostenta una posición de dominio.
- La vulneración de la libre competencia por parte de empresas dominantes no exige una identidad de los distintos mercados que puedan verse involucrados en un supuesto concreto : el mercado en el que se lleva a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cabo la eventual conducta abusiva, aquél en el que ostenta una posición de dominio y el sector que pueda verse afectado por el comportamiento supuestamente anticompetitivo. A fin de poder apreciar la existencia de un comportamiento abusivo, no es necesario que los mercados implicados sean idénticos, bastando a los efectos señalados que sean diferentes pero conexos.

B. En cuanto a la imputación de las infracciones en las que se pueda haber incurrido y la depuración de las consiguientes responsabilidades.

- La existencia de personalidad jurídica propia de una sociedad no es un criterio determinante a los efectos de apreciar que dicha entidad constituye una empresa susceptible de incurrir en conductas contrarias a la libre competencia. Es la ausencia de control sobre la sociedad, entendida como capacidad del agente económico para decidir e implementar su particular estrategia competitiva en el mercado de que se trate, lo que determina su condición de empresa y, consiguientemente, de sujeto potencialmente englobado en el ámbito de aplicación del derecho de la competencia.
- Cuando un grupo de sociedades constituye una *“unidad económica”*, en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto a la sociedad matriz, existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones del derecho de la competencia. Téngase en cuenta que cuando una filial lo es al 100% en relación a la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica. En consecuencia, podría igualmente imputarse a la sociedad matriz la comisión de la infracción que haya podido cometer la entidad participada. Cuando la participación en la filial no es del 100%, o de la casi totalidad del capital social, no cabe la presunción anterior, siendo necesario verificar la ausencia efectiva de poder decisorio esencial.
- Podría estimarse imputable solidariamente a la matriz y a las filiales controladas por aquélla, la responsabilidad por una conducta en la que la primera no haya jugado un papel relevante pero, sin embargo no la hubiera impedido a pesar de estar al corriente.

(ii). Abuso de posición dominante por predación en precios : plan de negocio y emulación de ofertas.

Análisis económico de la oferta comercializada por TERRA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a). Ingresos, gastos y resultados de TERRA en relación con su oferta de “Tarifa Plana Personal”.⁵

En su momento, y a petición de la CMT, TERRA aportó determinada información relativa, entre otras, a las siguientes cuestiones :

- Modelo de negocio planteado por TERRA para la comercialización de su tarifa : ingresos, costes medios, estimaciones de usuarios, margen operativo, entrada de resultados positivos y mecanismos de compensación que se basan en ingresos procedentes de otras empresas del GRUPO TELEFONICA.
- Cifra de contrataciones efectuadas hasta el 27.07.00 y estimaciones de contratación hasta el 01.11.00.
- Cuenta de resultados de TERRA (ejercicio 1999) y de sus filiales españolas: TSCR (ejercicios 1998 y 1999), ORDENAMIENTO DE LINKS ESPECIALIZADOS, S.L. (ejercicio 1999) y TELEFONICA INTERACTIVA DE CONTENIDOS, S.A. (ejercicio 1999).
- Entidades con las que se contrata la prestación de los servicios soporte del acceso a Internet comercializado por TERRA con tarifa plana. Igualmente, condiciones de la relación contractual que vincula a TERRA y TDE.

De acuerdo con los cálculos efectuados por esta Comisión, la aplicación de la “Tarifa Plana Personal”, durante los cuatro meses de vigencia de la oferta, le supone a TERRA unas pérdidas de { } millones pesetas. El cálculo de esta cifra, ciertamente elevada, se ha llevado a cabo sobre la base de las cifras aportadas por la propia compañía para diferentes conceptos, salvo las correspondientes a los costes de comunicación, que se incrementan, puesto que el número de altas correspondientes a los meses de vigencia de la oferta supera al señalado por TERRA. De ahí que la cifra de pérdidas resultante incremente de forma no significativa (en { } millones), la cantidad señalada por TERRA en concepto de margen operativo.

Efectivamente, en el punto 5 del escrito de respuesta al requerimiento de información TERRA afirma que prevé un consumo medio de { } horas por usuario y mes. Asimismo, la compañía estima que durante los meses de agosto, septiembre y octubre emitirá { } facturas correspondientes al servicio de acceso a Internet a través de la modalidad de “Tarifa Plana Personal”. El coste por la utilización de números 900 ascendería, de acuerdo con las cifras

⁵ Las cifras que figuraban en la Propuesta de Resolución, y que han sido valoradas por el Consejo al adoptar su decisión, tienen carácter confidenciales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contenidas en los contratos de TERRA con TDE, a { } millones de pesetas, lo cual supone un coste de { } pesetas por cliente y mes).

Sin embargo, las cifras facilitadas por TERRA en el punto 6 del mismo escrito no coinciden con las anteriores : se afirma que las altas durante el mes de julio fueron de { } y las bajas de { }. Seguidamente, se estima en { }, { } y { } el número de nuevas altas durante los meses de agosto, septiembre y octubre, respectivamente. Suponiendo que se mantiene el porcentaje de bajas mensuales, alrededor de un { } %, el número total de facturas emitidas durante los meses de agosto, septiembre y octubre ascendería a { }. Véase al respecto la tabla que figura seguidamente.

	Mes Anterior	Altas	Bajas	Clientes
Agosto				
Septiembre				
Octubre				
Total				

Se observa igualmente que sólo los gastos previstos en concepto de comunicaciones ({ } pesetas por cliente y mes), que conforme a la documentación facilitada constituyen los costes variables de la oferta, superan muy ampliamente el precio de la tarifa plana que, a su vez, es la más elevada de las partidas de ingresos. En consecuencia, los ingresos por cliente no cubren siquiera los costes variables correspondientes al suministro del servicio al cliente.

La tabla que figura a continuación refleja la situación contable del plan de negocio asociado a la oferta comercializada por TERRA, en términos de facturación, costes ingresos y margen operativo.

Número de facturas mensuales emitidas	
Horas consumidas	
COSTES	
Línea 900	
Comunicaciones	
Asistencia Técnica	
Distribución	
Marketing	
Gastos generales	



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

INGRESOS	
Tarifa Plana	
Tráfico Inducido	
Otros Ingresos	
Margen Operativo	

De acuerdo con la documentación aportada por TERRA, no constan más ingresos procedentes de otras empresas del GRUPO TELEFONICA que los correspondientes a la retribución de tráfico inducido por parte de TDE.

Respecto a los resultados económicos (después de impuestos) de TERRA y sus filiales españolas, se observa que son en todos los supuestos negativos y de elevada cuantía.

Finalmente, señalar que, de acuerdo con lo afirmado por TERRA (punto 9 de su escrito de contestación), el servicio prestado por TSCR hace uso, como servicio soporte, de un servicio de red inteligente (número 900) que suministra TDE. Obsérvese a ese respecto que, el acceso a la Red que comercializa TERRA se lleva a cabo a través del número 900.716.716, que se engloba dentro del bloque 900.71 asignado a TESAÚ por Resolución del Consejo de la CMT adoptada el 12 de marzo de 1998. No existe constancia en esta CMT que tal número o bloque numérico haya sido subasignado a ningún otro operador. Por tanto, se entiende que es TESAÚ, y no TDE, la entidad que presta el servicio soporte en el que se apoya la oferta de “tarifa Plana Personal”.

De acuerdo con la documentación aportada por el interesado (contrato de prestación de servicios de inteligencia de red entre TDE y TSCR), las tarifas de ese servicio se ajustarían a lo establecido por el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 27 de julio de 2000, por el que se establece un nuevo marco regulatorio para los precios de los servicios prestados por TESAÚ. No consta pues que los precios de referencia se aparten de las tarifas recogidas en la Orden Ministerial de 26 de octubre de 1999 (publicada en el BOE de 30 de octubre).

b). Estructura de costes en términos de precios de interconexión.

Además del expuesto anteriormente, esta Comisión ha llevado a cabo un segundo análisis económico de la tarifa plana comercializada por TERRA,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

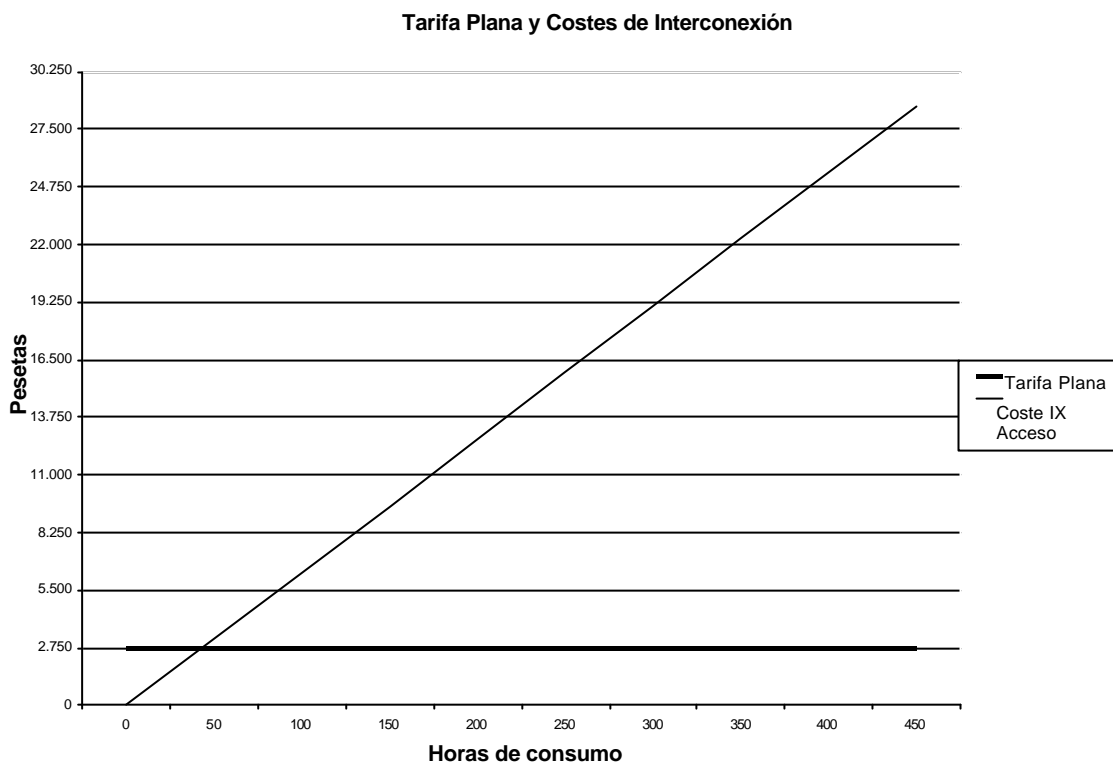
tomando esta vez como parámetro de referencia los precios de interconexión contenidos en la OIR vigente. No hay que olvidar que, a diferencia de la articulación del servicio por parte de TERRA (donde no hay pago de precios de interconexión pero si existen costes identificables de uso de la red), los demás operadores sí deberán pagar a TESAU los precios de interconexión fijados en la OIR y en los que se recogen esos mismos costes por el uso de la red.

El actual sistema de tarificación por minuto de interconexión hace inviable, para otros operadores, la aplicación de una oferta como la de TERRA en condiciones económicamente eficientes. Véanse al respecto las cifras recogidas en la tabla y el gráfico que figuran a continuación.

Consumo Mensual (horas)	Tarifa Plana	Coste IX Acceso
0	2.750	0
50	2.750	3.180
100	2.750	6.360
150	2.750	9.540
200	2.750	12.720
250	2.750	15.900
300	2.750	19.080
350	2.750	22.260
400	2.750	25.440
450	2.750	28.620



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



La promoción objeto de análisis posibilita un máximo de conexión de alrededor de 470 horas mensuales, de las cuales aproximadamente 430 corresponden a horario de tarifa reducida⁶ en interconexión, y el resto a horario de tarifa normal. El precio total de esas 470 horas, en términos de interconexión, asciende a 30.948 pesetas, cifra ésta que resulta de multiplicar el precio de interconexión por minuto (1,06 pesetas en horario de tarifa reducida y 1,5 pesetas en horario de tarifa normal) por el número de minutos. Nótese que la mera cobertura de los costes de interconexión de acceso requiere un consumo inferior a las 43 horas mensuales, incurriéndose en pérdidas por lo que se refiere a los costes de terminación de llamada y remuneración de los medios que aporta el PSI.

Se observa que el análisis efectuado ha considerado únicamente los precios de interconexión para acceso local. Si los cálculos se efectuasen tomando como los precios de interconexión para tránsito simple, las pérdidas serían aún más elevadas.

⁶ El horario de tarifa reducida en interconexión no coincide con el horario de tarifa reducida en los precios finales de las llamadas metropolitanas. La franja horaria comprendida entre las 18.00 y las 20.00 horas de lunes a viernes, está sujeta a tarifa reducida en precios a usuario final, no así en precios de interconexión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, y dado que el precio aplicado por TERRA está significativamente por debajo de los precios OIR que requiere TESAU por sus servicios de interconexión, la comercialización de una oferta como la que está siendo considerada implicaría pérdidas cuantiosas para el segmento de servicios de acceso a Internet de otros operadores, no cubriéndose siquiera parte de los costes variables inherentes a dichas prestaciones.

Réplica de comportamientos por parte de la generalidad del sector.

Ya en su momento, esto es, cuando se adoptaron las medidas cautelares de fecha 27 de julio los corrientes, se estimó, fundadamente, que existían indicios racionales para considerar que podría estarse incurriendo en un comportamiento anticompetitivo. Posteriormente, la adopción de las medidas provisionales de fecha 28 de septiembre de este año, implicaba el mismo planteamiento a ese respecto.

A las vista de los análisis efectuados y de las consideraciones expresadas en los subapartados correspondientes, ha de sostenerse, no ya a título indiciario, sino definitivo, lo manifestado en su momento por esta Comisión con carácter provisional. Esto es, el GRUPO TELEFONICA, a través de la oferta comercializada por TERRA, incurre en un abuso de posición de dominio por predación en precios.

a). En cuanto a pérdidas y a la viabilidad económica de otras ofertas equiparables.

Los análisis llevados a cabo permiten concluir con meridiana claridad que el área de negocio correspondiente a la prestación de acceso a Internet con tarifa plana, por parte de TSCR, se encuentra en situación de pérdidas cuantiosas, implicando el suministro de servicio a cada cliente la pérdida de los costes variables y, por tanto, fijos.

Aquellos competidores en el sector nacional de acceso a Internet a través de RTC y RDSI que quieran ofertar un producto similar al comercializado por TERRA incurrirán en unos gastos por utilización de red lo suficientemente cuantiosos, respecto del precio final considerado, como para no poder operar en las condiciones de deseable eficiencia que son propias de todo mercado efectivamente competitivo. La estructura de costes que aún sigue vigente es tal que una réplica de comportamientos por parte de otros operadores podría



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resultar imposible o excesivamente onerosa. La práctica comercial de TERRA, a la vista del contexto en el que se lleva a cabo, resulta ser objetivamente apta para anular o lesionar seriamente la viabilidad económica de las entidades que lancen o pretenda lanzar una oferta similar a la considerada. Puede por tanto erigir una importante barrera para la entrada o el legítimo posicionamiento de otros operadores en el mercado de referencia.

A estas consideraciones alguien podría en principio oponer que la conducta de TERRA no es sino la respuesta de una empresa eficiente a la práctica comercial llevada a cabo con anterioridad por un competidor, constituyen una legítima defensa de los intereses que ostenta en su calidad de agente económico.

A esta Comisión no se le oculta el hecho de que la promoción de TERRA se ha visto precedida en el tiempo por otra oferta equiparable a la suya: la comercializada por una filial de RETEVISION. Sin embargo, nótese que ni RETEVISION ni su participada ostentan posición de dominio alguna ni en el mercado nacional de acceso a Internet a través de RTC y RDSI, ni en ningún otro mercado conexo, a diferencia del GRUPO TELEFONICA, como ya se ha visto.

Como sostienen de forma reiterada la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria, si bien el mero disfrute de la condición de dominante no es censurable en sí mismo, sí implica *per se* un debilitamiento de la estructura competitiva del mercado y, por tanto, una especial responsabilidad: aquélla que obliga a no incurrir en comportamientos que, de algún modo, puedan acentuar esa fragilidad inicial. En definitiva, la empresa en posición de dominio está sujeta a un deber de escrupuloso buen hacer. Véase al respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) de 9 de noviembre 1983, Asunto 322/81, “*Michelin*”, Rec. 3461.

Asimismo, debe señalarse que, mientras que los pagos de interconexión en el caso del Grupo Retevisión supondrán ingresos vía interconexión a favor de TESAÚ –con lo que, Retevisión, no obstante acreditar una posición solvente en el mercado, debería medir en sus comportamientos el mantenimiento de una política sostenida de pérdidas, a la que por otra parte ningún reparo podía oponerse, en el caso del GRUPO TELEFONICA esas mismas pérdidas se neutralizarían intragrupo, sin que se resintiera por ello la situación económica general del Grupo, que podría mantenerse así durante un período prolongado de tiempo.

Igualmente, conviene hacer notar que, de la misma manera que no se penaliza el disfrute de la mera posición dominante, la doctrina comunitaria tampoco priva



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a la entidad que la ostente del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, pudiendo esa empresa, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses. En el caso que nos ocupa, sin embargo, no cabe hablar de legítima defensa de intereses.

Efectivamente, con independencia de que la empresa del GRUPO TELEFONICA no haya sido la primera en aplicar una tarifa plana de acceso a Internet, la argumentación esgrimida hasta el momento no permite hablar de razonabilidad en la respuesta, sino concluir, razonablemente, que sólo un número ciertamente limitado de entidades (aquéllas que tienen una fortaleza económica considerable) podrán soportar las pérdidas mencionadas sin que su capacidad para penetrar o posicionarse adecuadamente en el mercado considerado se viese eliminada o seriamente obstaculizada. Téngase en cuenta asimismo que la oferta de TERRA está diseñada de modo tal que tiene como únicos destinatarios a los usuarios que tengan contratado o contraten con dicha compañía el servicio de acceso a Internet a través de RTC y RDSI. Ello implica que los PSIs, a la hora de atender las necesidades de sus clientes, se ven privados de la posibilidad de beneficiarse de las condiciones económicas objeto de análisis, debiendo muy probablemente renunciar a competir en precio, pues la aplicación de una política tarifaria equiparable a la de TERRA no sería asumible.

La conocida atomización del sector que nos ocupa no implica necesariamente ineficiencia de actuaciones por parte de los agentes económicos que en él participan : efectivamente, en el mercado nacional de servicios de acceso a Internet a través de RTC y RDSI concurren actores que operan con la suficiente eficiencia, no estando pues justificado el que puedan encontrarse en una situación de desventaja competitiva respecto a quien, por ostentar a través de sus sociedades posiciones de dominio en mercados de servicios que soportan la provisión del acceso a la Red, está sujeto a una especial responsabilidad de actuación.

La realidad del mercado revela un dato que de ninguna manera puede obviarse, y que a nadie se le oculta : la gran mayoría de las empresas del sector no disfrutarían del respaldo económico necesario para que, en el contexto ya descrito, les resultasen asumibles las pérdidas señaladas.

No conviene olvidar que, como ya se ha señalado, las previsiones del RD-Ley respecto a la aplicación de una tarifa plana de acceso a Internet van acompañadas (artículo 6) de la necesidad de ajustar las vigentes tarifas de interconexión : se trata por tanto de configurar, en la medida de lo posible, una estructura de costes que permita a los distintos PSIs actuar con la necesaria y deseable eficiencia económica. Únicamente en la medida que su capacidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

económica no se vea resentida, podrán los proveedores contribuir a intensificar el acceso de los ciudadanos a Internet mediante el abaratamiento de los precios finales.

Todo ello permite entender que la promoción comercializada por TERRA no podría ser razonablemente replicada por cuantas entidades, sin la capacidad financiera señalada, operan de forma eficiente en el sector de referencia.

Respecto al factor tiempo y su previsible impacto a los efectos que han sido señalados : el hecho de que la tarifa plana de TERRA tenga un período de vigencia de poco menos de cuatro meses, no privaría a esa política de precios del presumible carácter anticompetitivo que se estima pudiera tener. Efectivamente, lo que en relación a otros segmentos de actividad pudiera ser estimado un período breve o al menos no significativo, puede muy probablemente perder esa consideración cuando se trata de un sector con el ritmo de evolución y crecimiento que caracteriza a Internet. Nadie parece poner en duda que el factor precio es un elemento de primordial importancia de cara a la difusión de este tipo de servicios. Por tanto, constituye para los proveedores una herramienta competitiva particularmente significativa a la hora de captar nuevos clientes o conservar aquellos que ya se pudieran tener.

Por comparación a los sistemas de precios que tradicionalmente se vienen aplicando, e incluso respecto a las recientes tarifas de algunos suministradores (no vinculadas al tiempo de conexión, pero sensiblemente más elevadas), una tarifa plana como la de TERRA resulta sumamente atractiva para el actual o potencial cliente. La ventaja competitiva que supondría su aplicación en un entorno de precios como el descrito en la presente Resolución podría ser ciertamente significativa. Cuanto antes esté disponible, mayor será su impacto en términos de captación o fidelización de clientes para el suministrador que la aplique. En un sector como Internet, el esquema de precios finales tradicionalmente aplicado y las tarifas OIR vigentes con anterioridad a las recientemente aprobadas por la CDGAE, permiten estimar que los cuatro meses previstos en la promoción de TERRA pueden haber sido decisivos a los efectos señalados (las estimaciones de la propia operadora en cuanto a número de clientes son ciertamente significativas). En este sentido, conviene subrayar que el periodo de vida fijado para la oferta de tarifa plana de referencia (a fecha de hoy no constan cambios al respecto) finalizaba justo en el momento en que, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-Ley, es exigible a TESAU la aplicación de la nueva tarifa para el acceso a Internet a través de su red pública telefónica fija.

En virtud de todas las consideraciones expuestas a lo largo de este Resolución, la CMT entiende que el GRUPO TELEFONICA habría estado valiéndose del producto comercializado por una de sus participadas, TERRA, para,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelantándose en el tiempo a la gran mayoría de sus competidores con una promoción no disponible para los PSIs, erigir una barrera que le permitiera posicionarse favorablemente de cara al futuro nuevo entorno de precios previsto por el legislador para el sector de constante referencia.

Dado que la modificación de la OIR aprobada por la CDGAE ha entrado en vigor, de acuerdo con lo previsto en el Acuerdo de 19 de octubre, el 1 de noviembre de 2000, aunque la efectividad de los nuevos precios de interconexión se hagan depender de la actualización de los acuerdos generales de interconexión y del cumplimiento de ciertas condiciones a las que se alude en el apartado 4 de dicho Acuerdo, existen condiciones de interconexión que permiten a todos los operadores realizar una oferta similar a la de TERRA, por lo que la presente resolución pondrá fin, a partir del momento en que los nuevos precios de interconexión sean efectivos, a la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión.

Lo dispuesto en las Resoluciones de la CMT de fecha 27 de julio y 28 de septiembre de los corrientes es aplicable hasta el momento en que sean efectivos los nuevos precios de interconexión previstos en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, respecto de las ofertas de acceso a Internet a través de RTC o RDSI de otros operadores siempre que, con numeración geográfica, de inteligencia de red o códigos de selección de operador, su tráfico se produzca en las mismas condiciones, incluida la distribución horaria, establecidas por TERRA en su oferta a los usuarios finales.

La exigencia, respecto de las ofertas de otros operadores, de una estricta igualdad de las condiciones horarias, económicas, etc., en las que se comercialicen dichas ofertas, habría supuesto requerir un mimetismo de comportamientos en el mercado nacional de acceso a Internet a través de RTC y RDSI que :

a). no resultaba necesario a los efectos de asegurar el fin perseguido por las Resoluciones de esta Comisión : posibilitar una eficiente réplica de comportamientos en el mercado de referencia, restableciendo las condiciones de competencia efectiva en el mismo.

b). en consecuencia, habría impuesto injustificadamente una determinada estrategia comercial a los agentes económicos, vulnerando pues el principio de libertad de empresa, constitucionalmente sancionado.

Respecto a la fecha de eficacia de las medidas provisionales de referencia, se significa que TESAÚ habrá de haber aplicado lo dispuesto en su momento al tráfico que haya sido cursado a partir del día en que le fueron notificadas esa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medidas : 28 de julio de este año, en el caso de LINCE y 29 de septiembre de los corrientes, respecto de RETEVISION. Véase el apartado uno del artículo 57 de la LRJPAC en relación con el apartado dos del mismo precepto.

Y ello con independencia de que los datos necesarios para que TESAU proceda a una consolidación y facturación correctas hubieran sido notificados a esta operadora con posterioridad a esas fechas. No debe confundirse la eficacia de lo dispuesto en las Resoluciones de la CMT (que pasaba necesariamente por la aplicación de un determinado precio de interconexión, para un concreto tipo de tráfico y respecto de determinadas ofertas), con la consolidación y facturación, adecuadamente efectuadas, de las cantidades adeudadas en concepto de contraprestación económica por la previsión del servicio de interconexión.

En cuanto a la retroactividad instada por RETEVISION, no procede actuar de conformidad con el *petitum* del solicitante. Efectivamente, dada la consideración como acto administrativo de la medida provisional que fue adoptada a instancia suya, no cumple sino aplicar lo dispuesto en el artículo 57.tres de la LRJPAC : *“Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”*.

Así pues, de acuerdo con el precepto transcrito y con los postulados de la doctrina administrativista, el principio general de eficacia inmediata del acto administrativo quiebra únicamente en dos supuestos: cuando se dictan en sustitución de los anulados y cuando producen efectos favorables a los interesados.

Nótese que la existencia de esos efectos es condición *sine qua non* para otorgar eficacia retroactiva a un acto administrativo, y que sólo una vez constatada su presencia, se entra a valorar si se lesionan o no derechos o intereses legítimos de otras personas.

En este sentido, es evidente que la eficacia retroactiva pretendida lesionaría derechos e intereses legítimos de TESAU, por lo que no procede otorgar a la presente resolución eficacia retroactiva.

Finalmente, señalar que las previsiones contenidas en la OIR 2000 (apartado 9.14.5.b), a las que hace referencia RETEVISION en sus alegaciones, encajan en un escenario específico y muy distinto del contemplado en el caso que nos ocupa, no constituyendo pues un referente válido : se dispone la aplicación retroactiva de las condiciones económicas definitivas que lleguen a fijarse en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

marco de la revisión de los Acuerdos Generales de Interconexión (AGIs) concluidos por las partes. Nótese que esas nuevas condiciones económicas son fruto del consenso de los interesados, lo cual no hace sino responder a la máxima de mínima intervención y negociación comercial que debe presidir todo lo relativo a la interconexión de las redes de los operadores. En el caso que nos ocupa, el precio máximo de interconexión que debe aplicar TESAU no se enmarca en el ámbito de un consenso interpartes, sino que resultan de la obligación de hacer impuesta provisionalmente por la CMT en virtud de un acto administrativo cuya eficacia es inmediata desde el momento en que el destinatario tenga debido conocimiento del mismo.

Respecto a los argumentos que, sobre la base de lo dispuesto por el Derecho de la competencia, utiliza RETEVISION, a la hora de defender la aplicación retroactiva de lo dispuesto cautelarmente por esta Comisión, baste hacer notar que la doctrina del efecto directo del artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, aunque impecable desde el punto de vista de los principios que configuran el acervo comunitario, no afecta en modo alguno a la doctrina de la irretroactividad de los actos administrativos, tal y como ha sido expuesta anteriormente. Precisamente a fin de evitar situaciones discriminatorias que serían contrarias tanto a la legislación sectorial aplicable como al Derecho de la competencia, y teniendo pues en cuenta los derechos invocados por RETEVISION, la CMT impuso en su día a TESAU una determinada obligación de hacer ordenada a paliar, en la medida de lo posible, el deterioro que hubiera podido sufrir la capacidad competitiva del interesado en el mercado nacional de acceso a Internet a través de RTC y RDSI, evitando asimismo posibles futuros riesgos en ese sentido.

Cosa distinta es el reconocimiento de una retroactividad que, ya se ha manifestado no cabe por contrario al orden jurídico vigente, como también lo son la valoración de daños y la determinación de las obligaciones de resarcimiento que puedan incumbir a la parte que haya incurrido en un comportamiento prohibido por la legislación vigente (en este caso, el Derecho de la competencia): la CMT ha manifestado en reiteradas ocasiones, todo pronunciamiento en ese sentido se enmarca en un ámbito de actuación ajeno a las competencias conferidas por el legislador sectorial, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar el interesado ante la jurisdicción civil.

Todo ello en el bien entendido de que la efectiva aplicación de las modificaciones aprobadas por la CDGAE ha puesto fin a la eficacia de las medidas cautelares adoptadas en su día.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b). En cuanto a la conexión de mercados, los efectos sensibles del comportamiento abusivo, la intencionalidad del GRUPO TELEFONICA y la utilización de su posición de dominio.

El análisis de la estructura del mercado nacional de acceso a Internet a través de RTC o RDSI arroja ciertas conclusiones inequívocas :

- Aunque no dominante, TERRA sí puede ser considerado proveedor principal de los servicios de referencia.
- Quienes sí deben ser considerados operadores dominantes son algunas de las empresas del GRUPO TELEFONICA (concretamente TESAU y TDE), pero no respecto del mercado antes señalado, sino en relación a determinados sectores conexos al acceso a Internet a través de RTC y RDSI : la prestación de aquellos servicios que actúan como soporte necesario para la provisión del acceso señalado.

Ambas conclusiones presentan una indudable relevancia si consideramos, como lo avalan la práctica de la Comisión Europea y una consolidada jurisprudencia comunitaria, que, particularmente en sectores con una indudable tendencia a la integración vertical (como telecomunicaciones y nuevas tecnologías en general), no tienen porqué coincidir en uno solo el mercado dominado, aquél en el que se actúa y el sector sobre el que repercute dicha actuación. Véase al respecto la Comunicación de la Comisión Europea de 22.8.98, sobre la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones.

La doctrina sostenida por el ejecutivo comunitario no hace sino abundar sobre una práctica ya consolidada con anterioridad por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante TPICE) y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE). Efectivamente, en diversas ocasiones la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado sobre la comisión de abusos practicados en mercados distintos, aunque conexos, de los mercados dominados. La vulneración de la libre competencia por parte de empresas dominantes no exige una identidad de mercados en el sentido aquí referido, ni excluye de su ámbito de alcance comportamientos ubicados en segmentos de actividad no coincidentes con aquél o aquellos controlados por la entidad autora del supuesto abuso.

Así lo ponen de manifiesto sentencias como las de 6 de marzo de 1974, Asuntos acumulados 6/73 y 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano* y *Commercial Solvents Corporation*, Rec. 223; de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CBEM, Rec. 3261; de 3 de julio de 1991, C-62/86, *AKZO III*, Rec.I-3359; de 1 de abril de 1993, Asunto T-65/89, *BPB Industries British Gypsum c. Comisión*, Rec. II-389); y de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-333/94 P, *Tetra Pak*. La misma línea de valoración fue incorporada por el TPICE (Sala Segunda) en su sentencia de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, *Tetra Pak*, Rec. II-755. Las instancias judiciales de la UE legitiman pues la aplicabilidad de normativa comunitaria de libre competencia a escenarios donde no son coincidentes el mercado en el que una empresa disfruta de una situación de preeminencia y aquél en el que se lleva a cabo una conducta presuntamente abusiva.

En el contexto de esta primera delimitación entre mercado dominado y mercado en el que se lleva a cabo la conducta presuntamente abusiva, la Comisión Europea distingue en su Comunicación una doble tipología de escenarios, a saber :

- aquellos en los que *“la actuación en un mercado distinto del dominado repercute sobre este último”*.
- aquellos donde *“la actuación en un mercado distinto del dominado repercute en otro mercado distinto del dominado”*.

La primera modalidad de conductas ha sido contemplada por la jurisprudencia comunitaria en las sentencias de algunos asuntos ya citados, a saber, *AKZO III* y *BPB*. En cuanto a las segundas, han sido abordadas en las sentencias relativas a los asuntos *Commercial Solvents*, *CBEM* y *Tetra Pak*.

En el contexto así descrito, y a los efectos de determinar si se incurre en un comportamiento abusivo, el único elemento esencial requerido por las instancias comunitarias es la existencia de vínculos de conexión entre ellos. Otros criterios (así, la posición de fuerza de la empresa en el mercado afectado, o una particular configuración de éste que haga más efectiva la práctica eventualmente abusiva) tienen un peso relativo en la calificación de una conducta como contraria al Derecho de la competencia, siendo significativos pero no fundamentales : facilitan la aplicación de las disposiciones en materia de abuso. Véanse al respecto la sentencia del TPICE en el citado asunto *Tetra Pak*, así como la sentencia del TJCE en el asunto *BPB Industries*.

A mayor abundamiento debe señalarse que, siempre y cuando se trate de mercados conexos, y de acuerdo precisamente con las consideraciones expresadas en el párrafo anterior, no es en modo alguno necesario que el comportamiento eventualmente abusivo tenga efectos sensibles sobre la estructura competitiva del mercado afectado. Sigue vigente pues el principio conforme al cual la regla *de minimis* es aplicable a los supuestos de colusión, pero no de abuso, puesto que la mera existencia de una posición de dominio, si



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

bien no es censurable, presupone un cierto debilitamiento del grado de competencia del mercado de que se trate. Véase al respecto la sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche* ("Vitaminas"), Rec. 461. Igualmente, las conclusiones del Abogado General Reischl en el caso *Hugin* (sentencia de 31 de mayo de 1979, Asunto 22/78, Rec. 1869).

En cuanto a la intencionalidad a la que haya podido responder el comportamiento de TERRA, nótese que, a la luz de la doctrina jurisprudencial comunitaria :

(i). La noción de abuso tiene un carácter objetivo: no implica culpabilidad, ni intención de perjudicar al competidor. Véanse al respecto las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973, Asunto 6/72, *Europemballage y Continental Can*, Rec. 215; y la adoptada en el citado asunto *Hoffmann-La Roche* ("Vitaminas"). Igualmente, la Decisión de la Comisión Europea en el caso *GEMA*, de 2 de junio de 1971.

(ii). Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, debe señalarse que el hecho de que el abuso sea un concepto netamente objetivo no significa necesariamente que el móvil perseguido esté desprovisto de toda relevancia. Así, en materia de política de precios.

Obsérvese al respecto que no toda competencia en precios llevada a cabo por un operador dominante podría considerarse legítima. La legitimidad de sus actuaciones encontraría el límite en las denominadas "conductas eliminatorias". Tendrían esa consideración aquellas políticas de precios que estén ordenadas a perjudicar a un competidor. Véanse como ilustrativas sentencias ya citadas : la TPICE en el asunto *Tetra Pak*, y las del TJCE en los asuntos *Tetra Pak* y *AKZO III*.

En el marco de esta línea de valoración, cuando el precio aplicado sea inferior a la media de los costes variables, puede presumirse el carácter eliminatorio del comportamiento, el elemento subjetivo al que hemos hecho referencia. Estaríamos, por tanto, ante un abuso de posición de dominio por predación en precios. Por tanto, la valoración de los mismos como abusivos requeriría verificar únicamente la concurrencia del elemento objetivo del comportamiento, es decir, la eventualidad de que la media de los costes variables supere al precio aplicado. La existencia del elemento subjetivo se da por supuesta de concurrir el anterior. Téngase en cuenta que en el escenario en el que estamos situados, cada venta del producto o cada prestación del servicio ocasionaría a la empresa una pérdida: la totalidad de los costes fijos y al menos una parte de los costes variables por unidad producida. En esta tesitura, puede presumirse que la intención de la compañía no es sino perjudicar al competidor.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso que nos ocupa ya hemos señalado que, de acuerdo con los análisis efectuados, el segmento de servicios de acceso a Internet de TERRA se encontraría en situación de pérdidas : se estarían perdiendo, por cliente, la totalidad costes fijos y de los variables.

En lo que se refiere a la existencia de un eventual trato de favor por parte de empresas del GRUPO TELEFONICA hacia TERRA : a la vista de la (entonces) presumible envergadura de las pérdidas en las que podría estar incurriendo TERRA, y dada la pertenencia de esta compañía a un consorcio empresarial con posición de dominio en mercados conexos al de acceso a la Red, no resultaba de ninguna manera insensato entender, a la hora de adoptar las medidas cautelares acordadas en su momento, que se pudiera estar haciendo un uso, indebido, de las sinergias generadas en el seno de ese grupo industrial.

Como ha sido señalado, la documentación aportada por TERRA no revela que esta compañía haya sido objeto de condiciones especialmente favorables en lo que se refiere a la prestación del servicio de red inteligente que soporta el producto comercializado. Sin perjuicio de ello, esta Comisión quiere hacer particular incapié en las consideraciones que se exponen seguidamente y que encuentran fundamento en la jurisprudencia comunitaria (véanse las sentencias del TJCE en los asuntos *Continental Can* y *Hoffmann-La Roche* (“*Vitaminas*”)) :

- Partiendo de una premisa ya apuntada, cual es la especial responsabilidad a la que están sujetos las empresas dominantes, el simple hecho de que los medios a los que recurre una empresa en posición de dominio puedan ser calificados de “normales”, en el sentido de que compañías no dominantes hacen o pueden hacer uso de ellos, no basta para excluir la calificación de una determinada conducta como abusiva. Numerosos comportamientos son perfectamente lícitos cuando provienen de quienes no disfrutan de una posición de dominio y, sin embargo, están prohibidos cuando permiten a una empresa dominante reforzar o consolidar su posición en el mercado.
- Si bien es preciso que exista alguna suerte de vínculo entre la posición de dominio que ostente una empresa y el comportamiento eventualmente abusivo en el que incurra, no necesariamente ha de tratarse de una relación causa-efecto. La jurisprudencia comunitaria ha dejado atrás el criterio de la necesaria relación de causalidad entre dominancia y abuso : una conducta puede ser contraria al Derecho de la competencia incluso si no implica el ejercicio del poder de mercado de que disfruta su autor.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El Derecho de la competencia no sólo prohíbe las conductas que, por naturaleza, no pueden ser adoptadas más que por una empresa dominante, sino también aquellos comportamientos que pueden igualmente ser llevados a cabo por cualquier otra compañía, pero que producen un efecto anticompetitivo por el hecho de que su autor ostenta una posición de dominio.

II.D. SOBRE LA POSIBLE VULNERACION DEL REAL DECRETO-LEY 7/2000.

Como se ha indicado en la relación de hechos, una de las dos denuncias que formula LINCE, suscrita igualmente por RETEVISION, consiste en poner de manifiesto un eventual incumplimiento del RD-Ley aprobado por el Gobierno.

En opinión de esa operadora, TERRA habría anticipado la vigencia de la tarifa plana aprobada por el Gobierno para el día 1 de noviembre del año 2000, actuando esa compañía de manera ficticia cara al usuario para evitar que quien aparezca como prestadora del servicio sea la que realmente lo satisface, esto es TESAU, operadora sujeta a las previsiones del artículo 4.tres del RD-Ley.

LINCE ofrece como argumento de apoyo a su tesis el hecho de que en el contrato que TERRA ofrece a sus usuarios se prevé la migración de los mismos a otra filial del GRUPO TELEFONICA –previsiblemente Telefónica SAU- a partir del 1 de noviembre, fecha de entrada en vigor de la tarifa plana aprobada por el Gobierno.

Asimismo, LINCE indica que resulta cuando menos sospechoso que la tarifa plana de TERRA coincida en su importe con la que se aprueba en el RD-Ley.

Esta Comisión, después de examinar el RD-Ley y analizar la estructura del mercado, no considera que TERRA haya de manera ficticia y sustitutiva de TESAU. Este aserto resulta de una evidencia ya puesta de manifiesto anteriormente: la tarifa plana que fija el Gobierno responde a una modalidad de acceso a Internet que sólo puede prestar en la actualidad TESAU, en la parte del acceso físicamente entendido y que se materializa en una llamada a un número geográfico, dado su monopolio en el mercado de acceso. La oferta de TERRA atendería a la segunda de las modalidades que hemos señalado y que se materializa a través de la utilización por el ISP de numeración de inteligencia de red, lo que presupone que ese ISP puede establecer para el acceso el precio que estime conveniente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se pueden objetar a este razonamiento las dos razones que ofrece LINCE: la identidad de precios y la posibilidad de migración de abonados de una filial a otra del mismo GRUPO TELEFONICA.

Ahora bien, también estos dos argumentos podrían explicar una pura estrategia intragrupo, consistente en no competir internamente en precios, dejando al usuario la elección de la compañía que estime más conveniente y jugando, en una dirección u otra, con la posible migración de abonados. Es decir, en este caso, esas dos medidas no tendrían por qué justificar una decisión de anticipar la implantación de la tarifa plana, cuando además su utilidad sería escasa para un eventual objetivo de fidelizar al cliente, que siempre podría, en cualquier momento, cambiar de compañía.

En suma, esta Comisión no estima censurable que el GRUPO TELEFONICA haya comercializado una tarifa plana mediante llamadas a números 900 antes de la entrada en vigor de la tarifa plana que debe ofrecer TESAU mediante, previsiblemente, llamadas a números geográficos u otros especiales que pueda atribuir el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Otra cosa es el análisis sobre el tratamiento que en el RD-Ley se hace del mecanismo de interconexión y las obligaciones que, principalmente TESAU, debe cumplir a su amparo.

En este sentido, nótese que una de las razones por las que la fecha de entrada en vigor de nueva tarifa aplicable por TESAU ha sido fijada en el el 1 de noviembre, radica en la necesidad de realizar algunos ajustes en aspectos esenciales que han venido impidiendo una real competencia en el mercado de acceso a la Red : nos referimos a la conexión con el nodo de Internet. El RD-Ley presupone que esos ajustes deben realizarse obviamente antes de la entrada en vigor de la nueva tarifa, “de forma que todos los operadores en el mercado partan de las mismas condiciones”.

Se trataba, por tanto, de configurar, en la medida de lo posible, una estructura de costes que permitiera a los distintos PSIs actuar con la necesaria y deseable eficiencia económica. Unicamente en la medida que su capacidad económica no se vea resentida, podrán los proveedores contribuir a intensificar el acceso de los ciudadanos a Internet mediante el abaratamiento de los precios finales.

III. SOBRE LA VIGENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA CMT

La eficacia de las medidas adoptadas por la CMT decaerá en el momento en que se complete el proceso de actualización de los Acuerdos generales de interconexión como consecuencia de la modificación de la O.I.R. de Telefónica producida por el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, en dicho Acuerdo se introducen en la O.I.R. de Telefónica nuevas condiciones para la aplicación de los nuevos precios de interconexión que se concretan, fundamentalmente, en la exigencia de que los operadores interconectados comuniquen a Telefónica, con una antelación mínima de quince días al de la efectividad para el usuario, los números correspondientes a las líneas de abonado que se acojan a la tarifa plana. Además de estas nuevas condiciones, y como más arriba se ha indicado, persiste el carácter subsidiario de la O.I.R respecto de los Acuerdos Generales de Interconexión, por el cual la eficacia de la modificación de la O.I.R. está sujeta a la modificación previa de dichos Acuerdos.

Esta previsión, en buena lógica, resulta de aplicación a cuantos números se comuniquen a partir de la entrada en vigor del Acuerdo (el 1 de noviembre), planteándose a continuación como cuestión nada baladí la situación de los números CASI notificados al amparo de las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión.

Caben varias interpretaciones:

- 1) que los operadores interconectados se vean obligados, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a notificar nuevamente esos números a Telefónica. En ese supuesto, cabrían tres posibilidades, a su vez:
 - que Telefónica aplicara las condiciones de interconexión previstas en las medidas cautelares adoptadas por la CMT.
 - O que se aplicaran las condiciones de interconexión generales de la O.I.R- de Telefónica previas a la modificación aprobada por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.
 - O bien que se apliquen las nuevas condiciones previstas en la modificación de la O.I.R.
- 2) Que los operadores interconectados no notifiquen nuevamente esos números, lo que lleva consigo el inconveniente de no poder determinar qué condiciones les serían de aplicación.

A juicio de esta Comisión, la opción que resulta más adecuada de las expuestas desde una óptica de protección de la competencia efectiva es aquella que supone la comunicación de nuevo de los números CASI, siéndoles cautelarmente de aplicación las nuevas condiciones contenidas en la modificación de la O.I.R., y ello por las siguientes razones:

- Es la opción que mejor favorece la situación de competencia en el mercado de los diferentes operadores, en la medida en que permite



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicar de manera inmediata y uniforme a todos los operadores los nuevos precios de interconexión.

- No puede desconocerse en este punto una realidad: la propia Telefónica está aplicando desde el primer día la nueva tarifa plana aprobada por el Real Decreto-Ley 7/2000, con lo que resulta necesario establecer las condiciones idóneas para que sus competidores puedan replicar dicha oferta de tarifa plana y competir en el mercado.

En razón de todo lo expuesto a lo largo de la presente Resolución, sobre la base de las competencias que le han sido conferidas por la legislación sectorial de aplicación, y de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Primero.- Respecto a la conducta del GRUPO TELEFONICA.

(i). Que el GRUPO TELEFONICA ha incurrido en una política de precios constitutiva de un comportamiento anticompetitivo en el mercado nacional de los servicios de acceso a Internet a través de RTC y RDSI. En definitiva, el citado Grupo habría estado valiéndose del producto comercializado por una de sus filiales, TERRA NETWORKS, S.A., para, adelantándose en el tiempo a la gran mayoría de sus competidores, erigir una barrera que le permitiera posicionarse favorablemente de cara al nuevo entorno de precios del sector de referencia.

(ii). Que no se ha vulnerado lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio.

Segundo.- Respecto a las medidas cautelares adoptadas en su momento por esta Comisión.

Dado que la modificación de la OIR de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., aprobada recientemente por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ha entrado en vigor, de acuerdo con lo previsto en el Acuerdo de 19 de octubre, el día 1 de noviembre de 2000, pero la aplicación de los nuevos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precios de interconexión establecidos en dicho Acuerdo se hacen depender del cumplimiento de ciertas condiciones, la presente Resolución confirma las medidas cautelares adoptadas en resoluciones de fecha 27 de julio y 28 de septiembre de 2000 y dispone la continuación de la aplicación de las mismas en las siguientes condiciones:

- (i) Respecto de los nuevos números CASI se comuniquen a partir del 1 de noviembre de 2000 y mientras no se modifiquen los acuerdos de interconexión, serán de aplicación los precios establecidos en la nueva Oferta de Interconexión de Referencia de acuerdo con los correspondientes servicios de interconexión que aparecen en dicha oferta y de las características de los Puntos y Niveles de Interconexión ya acordados entre los operadores.
- (ii) Respecto de los números CASI comunicados por los operadores en cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones de la CMT de fecha 27 de julio y 28 de septiembre de los corrientes seguirán siendo de aplicación las medidas contenidas en dichas resoluciones, con las siguientes salvedades:
 - Los operadores interconectados comunicarán a Telefónica su voluntad de que respecto de dichos números se apliquen los nuevos precios de interconexión recogidos en el Acuerdo de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.
 - A partir de esa comunicación, Telefónica aplicará dichos precios de interconexión de la misma forma que se ha descrito en el apartado anterior.
 - En el supuesto de que transcurridos diez días a contar desde la notificación de esta resolución no se hubiera realizado la comunicación a que se refiere este apartado, Telefónica podrá aplicar respecto de dichos números las condiciones generales de interconexión contenidas en los acuerdos de interconexión actualmente en vigor.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes