



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de julio de 2000, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la

**RESOLUCION EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA DE LINCE RESPECTO DE LA “TARIFA PLANA PERSONAL” QUE COMERCIALIZA TELEFONICA SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED, S.A. (TERRA), POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS CAUTELARES.**

### 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 dirige a la CMT poniendo de manifiesto determinadas prácticas de la empresa TERRA NETWORKS S.A. (en adelante TERRA) y en general del grupo Telefónica, relativas a la denominada tarifa plana personal de acceso a INTERNET.

Asimismo, y tras exponer lo que estima conveniente, solicita de esta Comisión que inicie el oportuno expediente administrativo, que adopte medidas cautelares y que concluya dictando una resolución en la que se requiera 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 4.3 del Real Decreto-Ley 7/2000”.

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

**Segundo.-** Los hechos que refiere 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 Telefónica SAU, 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 Telefónica, 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 Telefónica.

2º Que esta última previsión está contenida en el artículo 6º del RD-Ley que dice 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 4.3 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 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 ha 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 4.3 del RD-Ley, incluido el precio de 2750 pts. Mes. Por otra parte, la tarifa personal se ofrece empaquetando el acceso desde la RTC de Telefónica, utilizando para ello un número 900 de la misma Telefónica, previéndose, además, que TSCR (filial de TERRA con quien se contrata el servicio) podrá ceder el contrato o los derechos y obligaciones del Contrato a cualquier sociedad del grupo Telefónica, mediante una simple notificación al cliente por vía electrónica, desprendiéndose de esta previsión la posibilidad de migrar los clientes de TERRA a Telefónica 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 Telefónica.

6º Por tal razón considera que la única medida posible es que Telefónica 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.

**Tercero.-** 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 TELEFONICA SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED, S.A., esta Comisión ha comprobado que esta compañía está comercializando una tarifa plana de acceso a Internet al precio final de 2.750 pesetas al mes, IVA no incluido.

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:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (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.

**Cuarto.-** Asimismo, esta Comisión ha acreditado que con anterioridad a TERRA, RETEVISION está comercializando, una vez en vigor el RD-Ley, una tarifa plana para acceso a INTERNET.

### HABILITACION COMPETENCIAL DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con el artículo 1.dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/1997), la CMT tiene 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 precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector. Las mismas previsiones están contenidas en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, el Reglamento de la CMT), aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

Para el cumplimiento de ese objeto, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de determinadas funciones, entre ellas:

- **Art. 1.Dos.2c) Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias... para lo que dictará las medidas oportunas.**

(i). artículo 1.dos.2.f) de la Ley 12/1997: 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(ii). artículos 5 y 19.uno del Reglamento de la CMT:

- *“1. Para el cumplimiento del objeto señalado en el artículo anterior, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las funciones que se determinarán en los artículos siguientes, sin menoscabo alguno de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en relación con el acceso y utilización de las redes y servicios de telecomunicación, restricciones técnicas o de uso de aquéllas, numeración, niveles de calidad, encaminamiento del tráfico, interconexión de las redes e interoperabilidad de los servicios, igualdad de trato de todos los operadores y puesta a disposición de las innovaciones tecnológicas y adecuación de la red, formación correcta de los precios en el sector, utilización de información privilegiada y, en general, cualquier materia relacionada con la oferta de las redes y servicios suministrados que directa o indirectamente repercuta sobre las condiciones de acceso y utilización de las redes y servicios de telecomunicación, o sobre las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, así como cualesquiera aspectos directamente relacionados con las funciones de la Comisión.”*
- *“1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptará las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes.”*

De la misma manera, el artículo 1 Dos 2 i) atribuye a la CMT la función de “fijar los precios máximos de interconexión que deban regir en las relaciones comerciales entre los operadores”.

Por su parte, el punto seis del artículo 1 de la Ley 12/1997 habilita a la CMT para, en el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, adoptar de oficio, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/1997 y en el artículo 2 del Reglamento de la CMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992).

Conforme a las previsiones contenidas en los artículos 69 y 72, respectivamente, de dicha Ley, el órgano administrativo competente podrá



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

iniciar por propia iniciativa los procedimientos, pudiendo asimismo adoptar de oficio las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. En este mismo sentido (habilitación para la adopción de medidas cautelares) se pronuncia el artículo 31 del Reglamento de la CMT.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

#### **1.- Sobre el contenido del RD Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones .**

Como resulta de su Exposición de Motivos, una de las medidas liberalizadoras que se contienen en el RD-Ley consiste en establecer 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 4.3 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 Telefónica, 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 Telefónica 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 correspondan con los centros de acceso al servicio INTERNET pertenecientes a los diferentes proveedores de este último servicio.<sup>1</sup>

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

---

<sup>1</sup> 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

El tráfico dirigido a los números correspondientes a centros de acceso a INTERNET se entregará por Telefónica 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 una propuesta de modificación de la OIR de Telefónica, “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”.

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 Telefónica, tal como denuncia LINCE, es preciso detenerse un instante en precisar el mercado afectado y los diferentes servicios y operadores involucrados en el mismo.

### **2.- Sobre los diferentes servicios prestados en la provisión de acceso a INTERNET.**

La “Tarifa Plana Personal” ofertada y aplicada por 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). La configuración técnica del producto comercializado (baja velocidad de transmisión, número reducido de cuentas de correo electrónico, espacio en servidor para colocación de páginas web, etc.) permitiría concluir que el servicio en cuestión estaría destinado principalmente a pequeños usuarios, no pareciendo probable que los destinatarios sean los segmentos de gran consumo.

Mediante la contratación de este servicio, cualquier usuario puede, contando con un terminal y una línea telefónica conectadas a su ordenador, acceder a la red de INTERNET y a todos la información y contenidos que en ella se contienen.

El acceso a través de RTC o RDSI y el acceso a través de líneas alquiladas constituyen hoy en día los principales cauces para adentrarse en Internet. La segunda de dichas modalidades tiene como destinatarios a clientes de uso intensivo, fundamentalmente grandes empresas y organismos públicos. La primera 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.

Por otra parte, dentro del servicio de provisión de acceso a INTERNET, conviven en la actualidad dos modalidades, según la manera en la que los proveedores de este servicio se sirvan de la red telefónica que ofrece el acceso:

- 1) Una primera modalidad 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 modalidad, el servicio de acceso al nodo de INTERNET es prestado por un operador clásico de telefonía fija, fundamentalmente Telefónica que tiene la consideración de operador dominante y casi exclusivo en la prestación del servicio de llamadas que tienen asociada tarifa metropolitana. El precio por este servicio está sujeto a tarifas aprobadas por la Comisión Delegada de 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 4.3 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 Telefónica.

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 Telefónica. Ese número geográfico puede pertenecer a la propia Telefónica 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 modalidad, dada las peculiaridades del régimen de interconexión ofrecido por Telefónica, 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 Telefónica su red al servicio del operador que suministra un número a un usuario de Telefónica para darle el servicio de acceso a INTERNET, debe pagar a dicho operador un precio por la





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terminación de llamadas, sin que este operador deba realizar ningún pago por utilizar la red de acceso de Telefónica..

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 modalidad se produce una situación de competencia limitada entre operadores derivada del 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 Telefónica, 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 Telefónica, 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 2) Una segunda modalidad de acceso a INTERNET, alternativa a la anterior y de menor utilización hasta la fecha <sup>2</sup> es aquélla en la que, utilizándose otro tipo de numeración, como es la de inteligencia de red, 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, mediante el uso de números 900, y dado que en esta 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 titular del número 900.

Como corolario de esta estructura de precios, el operador titular del número 900 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 modalidad 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 operador titular del número 900 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 modalidad 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 modalidad, 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

---

<sup>2</sup> El primer operador que comercializó esta modalidad, antes del RD-Ley fue precisamente la denunciante LINCE.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de interconexión, siendo los márgenes comerciales reducidos dada la existencia de planes de descuento de Telefónica, 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 modalidades, el proveedor de acceso a INTERNET no cuenta con numeración propia, sino que necesita que le sea subasignada o simplemente otorgada (como a cualquier usuario) por parte de un operador con derecho a numeración.

Precisado lo anterior, podemos destacar dos aspectos que nos permitirán centrar posteriormente las diferentes cuestiones:

- a) El RD\_Ley, al establecer una tarifa plana aplicable por Telefónica, 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 Telefónica 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 Telefónica, como operador monopolista en la red de acceso. Estas previsiones son:
  - Telefónica 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 Telefónica 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, que en estos momentos, a falta de otra numeración, es la única que permite una real competencia en precios entre operadores, como ya hemos señalado.

### **3.- Sobre el producto comercializado por TERRA.**

De los datos que se han reseñado en la relación de hechos, se desprende que el servicio comercializado por TERRA se ajustaría a la segunda de las modalidades que hemos explicado: esta compañía, mediante la utilización de numeración de red inteligente, ofrece como un solo servicio empaquetado, toda la gama de posibles servicios de acceso a INTERNET y especialmente el consistente en el servicio de acceso material a la red telefónica y el resto de servicios INTERNET, cobrando por ello una tarifa plana.

Como contrapartida, TERRA, como ISP se verá obligado a abonar a Telefónica el precio estipulado para los servicios de red inteligente fijados por la CDGAE para Telefónica S.A.U.

Desde este punto de vista, no se puede considerar que TERRA o el Grupo Telefónica estén incumpliendo aquella parte del RD-Ley relativa a la tarifa aprobada con vigencia de 1 de noviembre de 2000, por cuanto esa tarifa aludiría a la primera de las modalidades de servicio que se han descrito.

Otra cosa son las obligaciones y condiciones que en materia de interconexión contiene el RD-ley, y sobre las cuales profundizaremos posteriormente.

### **4.- Sobre el mercado relevante.**

INTERNET es en la actualidad el medio por excelencia para la prestación de los servicios telemáticos e interactivos. Se trata de una red integrada por múltiples redes de ordenadores de todo el mundo que usan como soporte para la comunicación las redes de telecomunicaciones públicas y privadas de los países donde se encuentran y que utilizan un protocolo específico de comunicación denominado TCP/IP, si bien se conectan otras redes basadas en protocolos distintos que han desarrollado pasarelas para conectarse con INTERNET y ofrecer así los servicios que en ella se prestan.

Ahora bien, para que los usuarios puedan utilizar y explotar los servicios telemáticos e interactivos que se ofrecen en INTERNET, necesitan valerse de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

unos prestadores de servicios especiales, los proveedores de servicios de acceso a INTERNET (ISPs), que en España necesitan para desarrollar su actividad contar con una autorización general de tipo C otorgada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Estos operadores pueden prestar una amplia gama de servicios: albergamiento telemático, diseño y producción Web, publicidad y marketing, comercio electrónico, servidor de Correo, servidor FTP, gestión de dominios... y, necesariamente y en todo caso, el acceso a INTERNET bien utilizando la red telefónica básica bien otro tipo de redes existentes en el mercado (conexiones Frame Relay, líneas dedicadas, satélite, etc.).

Desde el punto de vista de la demanda, la descripción del mercado relevante en este caso sería el relativo a toda la gama de servicios que hemos enunciado, que hacen que un usuario pueda escoger un operador u otro, de los muchos que existen y operan en la actualidad.

Esta unicidad del mercado, se predica incluso en el caso del acceso utilizando la red telefónica básica, en el que, como hemos visto y según la modalidad que se escoja de las dos existentes en la actualidad, aparece como servicio que se cobra de manera separada el suministrado por el operador telefónico que ofrece acceso al usuario.

Y ello es así, porque este servicio suministrado por el operador telefónico exige previamente que el usuario haya contratado con el ISP una dirección asociada a una numeración telefónica que le permitirá encaminar las llamadas a un nodo de INTERNET.

Se quiere decir con ello que la actividad material de suministrar técnicamente el acceso a INTERNET a través del uso de la red telefónica exige previamente un contrato con un operador de acceso a INTERNET que adjudicará a cada cliente una numeración –bien geográfica, bien de inteligencia de red- que permitirá el encaminamiento de las llamadas a INTERNET.

En este sentido, para el usuario el acceso a INTERNET se contempla como un único mercado en el que se posicionan diferentes operadores que ofrecen una gama de servicios, uno de los cuales, quizás el más sensible, sea el de acceso que lleva asociado un precio por su uso. De esta manera, según cual sea la modalidad de las dos reseñadas que se escoja, la oferta del ISP variará, por cuanto si estamos en la primera modalidad es evidente que no podrá incluir en dicha oferta un precio por el uso del acceso -de hecho la mayoría de los ISPs, son gratuitos en este punto, obviamente- y si se trata de la segunda modalidad ofrecerá un precio, para competir directamente con el operador dominante en acceso.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se insiste en que desde el punto de vista del usuario no se identifican como dos servicios diferentes el de acceso a INTERNET a través de la red telefónica y el que pueda agrupar el resto de servicios. Tan es así, que el primero no se puede contratar aisladamente, requiere previamente un contrato con un ISP.<sup>3</sup>

Debe recordarse en este punto que un elemento decisivo para la calificación del mercado relevante es el elemento de sustituibilidad de la demanda.

Como se señala en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 102/77 (Hoffmann-La Roche contra Comisión),

“El concepto de mercado relevante implica de hecho que puede haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo y ello presupone que hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos”.

En este sentido, las dos modalidades, frente al usuario, son perfectamente sustituibles, en la medida en que en ambas el servicio respecto a dicho usuario es el mismo –la provisión de acceso a INTERNET-, 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 modalidad el precio de los dos servicios prestados es fácilmente calculable –basta sumar a las tarifas oficiales de Telefónica el precio, si es que exige alguno, establecido por el ISP; y en la segunda, ambos servicios están empaquetados, con lo que el precio total alternativo al de la primera modalidad se establece por el ISP.

Una demostración de la 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.

En definitiva, el mercado relevante sería el de provisión de acceso a INTERNET, bien se realice ese acceso mediante la marcación por el usuario de un número geográfico, bien mediante la marcación de un número de inteligencia de red.

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

---

<sup>3</sup> El ejemplo de los bonos de descuento BONONET de Telefónica es palmario. Sólo se pueden contratar estos descuentos en las llamadas a números correspondientes a ISPs.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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 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.

### **3.- Sobre la posición de Telefónica SAU y otras empresas del Grupo Telefónica en dicho mercado.**

Así descritos el servicio y mercado relevantes, es preciso señalar las características de la posición de mercado de las empresas del grupo Telefónica involucradas en los distintos tramos que vertebran el proceso de acceso a Internet a través de la RTC o RDSI:

(i). Conexión del usuario vía módem al correspondiente nodo de acceso a través de las redes de referencia: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) es operadora declarada dominante de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones y el Reglamento de Interconexión en los mercados de redes y servicios de telefonía fija disponible al público así como en el mercado nacional de la interconexión.

Como consecuencia de ello está obligada en la fijación de sus precios de interconexión a observar los principios de proporcionalidad, transparencia, objetividad y no discriminación, no pudiendo aplicar a los operadores terceros, precios o condiciones distintas de aquéllos que aplica a sus filiales o asociadas (Art. 22.4 Ley General de Telecomunicaciones y 9.1 del Reglamento de Interconexión).

Pero además, Telefónica S.A.U. disfruta de una posición de dominio en el sentido del Derecho de la competencia como propietaria que es del 99% de las redes de acceso. Como consecuencia de lo cual, la práctica totalidad de las



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conexiones se efectúan haciendo uso de la infraestructura de la citada compañía. De esta posición resulta que su comportamiento está sujeto, además, a las reglas que rigen el de las empresas que disfrutan de una tal posición y que se sintetizan en la particular responsabilidad que le incumbe de no atentar con su comportamiento contra una competencia efectiva y no falseada en el mercado. (Sentencia de 9 noviembre de 1983 "Michelin" Asunto 322/81, Rec. p. 3461 y Resolución CMT de 4-XII-97 "Planes Claros").

(ii). Servicios de acceso a la información: la contratación del nodo de acceso y la de la línea de datos dedicada que une dicho nodo con el SPI se llevan a cabo de forma conjunta. En este mercado de datos, Telefónica Data España, S.A. (en adelante TDE) disfruta de una cuota del 90% que le atribuye igualmente la condición de dominante según el Derecho de la competencia.

Es de destacar que el 69% de los contratos de alquiler de líneas fueron suscritos con TDE.

(iii). Por su parte Terra, en tanto que PSI ostenta en el mercado considerando un cuota del 24,1%, en términos de ingresos reales y del 27,8% en cuanto a números de abonados. Si bien podría considerarse a Terra como el principal proveedor de los servicios de referencia, la configuración del sector no posibilitaría actualmente calificar tal posición como de claro dominio en Derecho de la competencia.

Los datos aportados ponen de manifiesto, por tanto, 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.

Así, y con independencia de lo que ahora diremos respecto de mercados conexos, Telefónica SAU puede considerarse un agente económico prestador de servicios directamente en el mercado de acceso a INTERNET, a través de la primera de las modalidades que más arriba se han explicado y cuyo precio, atendiendo a la duración de la llamada a INTERNET y a un número suministrado al usuario por el ISP, está fijado oficialmente con el carácter de tarifa por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.

Pero es que su presencia y participación en la segunda de las modalidades es aún más incuestionable en la medida en que, entrando en juego la interconexión y siendo Telefónica dominante en mercado nacional de redes y servicios de telefonía fija, puede con sus decisiones influir decisivamente en el



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comportamiento de los competidores, alterando las situaciones de competencia efectiva en el mercado.

Es así que se hace preciso traer aquí la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto a la caracterización de la posición dominante conjunta la cual consiste en que "varias empresas tengan conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores y, por último, de los consumidores"; a estos efectos resulta que "el mero carácter independiente de las entidades económicas de que se trata no basta para excluir la posibilidad de que ocupen una posición dominante colectiva" (Sentencia de 7 de octubre de 1999 Irish Sugar Plc contra CE, Asunto T - 228/97, Rep. Pág..... que cita otras anteriores). En dicha sentencia el TPI señala que "En efecto, el Tribunal de Justicia, siguiendo la línea de su jurisprudencia anterior y de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia (sentencia del Tribunal de Justicia, Almelo, antes citada, apartado 42; de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto, C - 96/94, Rec. p. I - 2883, apartados 32 y 33; de 17 de octubre de 1995, DIP y otros, asuntos acumulados C - 140/94, C - 141/94 y C - 142/94, Rec. p. I - 3257, apartado 26; de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros, C - 70/95, Rec. p. 3395, apartados 45 y 46; sentencia SIV y otros/Comisión, antes citada, apartado 358, y Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, antes citada, apartado 62), confirmó que una posición dominante colectiva consiste en que varias empresas tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados C - 68/94 y C - 30/95, Rec. p. I - 1375, apartado 221)".

La citada sentencia indica además que, "la jurisprudencia no contiene ninguna indicación de la que quepa deducir que el concepto de posición dominante colectiva es inaplicable a dos o más empresas que se encuentren en una relación comercial vertical. Como subraya la Comisión, salvo que se acepte que existe una laguna en la aplicación del artículo 86 del Tratado, no se puede tolerar que empresas que se encuentren en una relación vertical, aunque sin estar integradas hasta el punto de constituir una sola y única empresa, puedan explotar de manera abusiva una posición dominante colectiva".

Y ello tanto más cuando las empresas forman parte de un mismo grupo.

En su sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, As. 48/69, Rep. Pág 619), el Tribunal de Justicia declaró que "la circunstancia de que una filial tenga



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

personalidad jurídica propia no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la sociedad matriz".

Ello permite concluir (y así lo ponen de manifiesto tanto la práctica del ejecutivo comunitario como la jurisprudencia del TJCE) que la existencia de personalidad jurídica propia y distinta de la de la sociedad matriz no es un criterio determinante a los efectos de apreciar, *ratione personae*, la existencia de una empresa susceptible de incurrir en conductas contrarias a la libre competencia. Es la ausencia de control sobre la filial, 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.

Como ya ha sido señalado por la CMT en su resolución de 20 de mayo de 1999, la toma de una participación mayoritaria en el capital de una sociedad no determina *per se* la ausencia de independencia económica en dicha empresa en el sentido referido (véanse a título ilustrativo las sentencias del TJCE *ICI* y *Sterling*, ya citadas; así como la de 4 de mayo de 1988, Asunto 30/87, *Bodson c. Pompes funèbres*, Rec. 2479). Es necesario que la sociedad participada sea efectivamente controlada por la matriz en cuestión. Cuando la filial lo es al 100% en relación a la empresa matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica a la que nos hemos venido refiriendo: así lo ha sostenido el TJCE en sus sentencias de 25 de octubre de 1983, Asunto 107/82, *AEG-Telefunken*, Rec. 3151; de 1 de abril de 1993, Asunto T - 65/89, *BPB Industries et British Gypsum*, Rec. II - 392. Véanse igualmente las conclusiones del Abogado General Warner en la ya citada *Commercial Solvents*; y las alegaciones de la Comisión Europea en la sentencia de 18 de octubre de 1989, Asunto 374/87, *Orkem*, Rec. 3283.

Finalmente y por lo que respecta al sector de telecomunicaciones la Comunicación de la CE de 22 de agosto de 1998 sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones señala que "para que una empresa preste servicios en el mercado de las telecomunicaciones, puede necesitar acceso a las diversas infraestructuras. Para prestar tales servicios, precisará, por lo general, la interconexión a la red pública conmutada de telecomunicaciones, por ejemplo. El acceso a esta red estará casi invariablemente en manos de un operador de telecomunicaciones dominante. Por lo que se refiere a los acuerdos de acceso, será la posición dominante derivada del control de las infraestructuras el factor más importante para la evaluación de la Comisión".

"El hecho de que una empresa mantenga una posición dominante no depende exclusivamente de los derechos legales de que disponga, puesto que el mero hecho de acabar con los monopolios legales no pone fin a la situación de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominio. Ni que decir tiene que, a pesar de las Directivas de liberalización, el desarrollo de una competencia efectiva por parte de proveedores alternativos de red con capacidad y alcance geográfico adecuados llevará su tiempo".

"La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Tetra Pak podría resultar importante asimismo para el sector de las telecomunicaciones. En dicha sentencia, el Tribunal establecía que, dados los vínculos tan estrechos existentes entre el mercado en el que Tetra Pak mantenía una posición dominante y aquél en el que no ejercía un dominio, y la cuota de mercado tan elevada que poseía en el mercado dominado, la empresa se hallaba en: "una situación que podía equivaler al mantenimiento de una posición dominante en los mercados en su conjunto".

"Aunque en el caso de Tetra Pak el análisis se centrara en los mercados horizontales estrechamente vinculados, el razonamiento puede aplicarse asimismo a los mercados verticales de estas características, que a partir de ahora serán habituales en el sector de las telecomunicaciones. En este sector, suele ser frecuente que un operador particular disfrute de una posición extremadamente sólida en los mercados de infraestructura y, al mismo tiempo, en los mercados de servicios derivados de dicha infraestructura. Normalmente, en los servicios derivados, los costes más elevados corresponden a la infraestructura. Además, los operadores se enfrentan a menudo a los mismos competidores en los mercados de infraestructuras y en los de servicios derivados".

"Así pues, es posible que se produzcan situaciones caracterizadas por la existencia de mercados estrechamente vinculados y, al mismo tiempo, de un operador con una posición de mercado extremadamente sólida, como mínimo, en uno de estos mercados".

Cuando se den ambas circunstancias, podrá resultar oportuno que la Comisión considere que el operador correspondiente se halla en una situación equiparable al mantenimiento de una posición en los mercados en su conjunto".

Como consecuencia de la apreciación de una posición de dominio conjunta surge la posibilidad de apreciar un abuso de tal posición que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal comunitario supone que, "si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva". Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el mercado. Por lo tanto, es posible considerar legítimamente que el comportamiento individual de una de las empresas que ocupan la posición dominante colectiva constituye la explotación abusiva de dicha posición.

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 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.

Por lo demás, no puede olvidarse que 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.

Aplicando esta doctrina al supuesto que ahora se analiza, la conclusión es clara: El análisis de la compatibilidad de la oferta de Terra con las exigencias de respeto de la competencia debe hacerse desde la perspectiva de la posición de dominio conjunta de que disfruta el grupo Telefónica. Aún más, será preciso determinar igualmente si Telefónica S.A.U., desde su posición dominante en el mercado de redes y servicios finales resulta responsable del efecto anticompetitivo de la conducta de Terra, con incumplimiento de las obligaciones que le incumben derivadas tanto de la legislación sectorial como del Derecho de la competencia.

### **4.- Sobre la eventual vulneración del RD-Ley en la oferta comercializada por TERRA.**

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





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Telefónica, operadora sujeta a las previsiones del artículo 4.3 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 Telefónica –previsiblemente Telefónica SAU- a partir del 1 de noviembre, fecha de entrada en vigor de la tarifa plana aprobada por el Gobierno.

Asimismo, indica LINCE 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 esté operando de manera ficticia como sustitutiva de Telefónica. 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 Telefónica, 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.

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 Telefónica.

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.

Otra cosa es el análisis sobre el tratamiento que en el RD-Ley se hace del mecanismo de interconexión y las obligaciones que, principalmente Telefónica, debe cumplir a su amparo.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, ya hemos dicho que una de las razones por las que la nueva tarifa aplicable por Telefónica no entra en vigor hasta el 1 de noviembre radica en la necesidad de realizar algunos ajustes en aspectos esenciales que hasta la fecha han impedido una real competencia en el mercado de acceso a INTERNET, en aquél servicio integrado en dicho mercado que consiste materialmente en acceder al nodo de INTERNET.

Uno de los ajustes que necesariamente debe realizarse es el de la interconexión entre operadores, que no consiste sólo en establecer unos precios adecuados de interconexión para que otros operadores puedan competir en la tarifa aprobada en el RD-ley, sino en crear unas condiciones idóneas de interconexión mediante un ajuste adecuado de la numeración utilizada y de los precios más idóneos según cual sea esa numeración.

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”.

En el presente caso, esos ajustes no se han realizado todavía – la CMT debe elevar a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos una propuesta antes del 15 de septiembre- si bien, al comercializarse por el Grupo Telefónica una tarifa con identidad de precio de la tarifa aprobada por el Gobierno, podría darse una situación en la que, por la falta de un adecuado marco de interconexión, en el día en que se aprobarán los ajustes pertinentes y especialmente el día 1 de noviembre de 2000, la situación de partida de los operadores en el mercado no se diera en las mismas condiciones.

Entre estas mismas condiciones, necesariamente se encuentra el precio de interconexión, que, en buena lógica debe ser el mismo para todos los operadores que se interconecten con Telefónica.

Ese precio, por otra parte, debe permitir, para que exista competencia entre operadores, que exista un margen suficiente respecto del precio final que supone la tarifa oficial aprobada por el Gobierno.

Sin embargo, en el presente caso la oferta de Terra sólo puede asentarse en una de dos posibilidades:

- O bien los precios que Terra paga a Telefónica S.A.U. por el uso de sus números 900 son los aprobados para tal servicio por la CDGAE, en cuyo caso el precio ofertado por Terra estaría por debajo del coste del servicio a través del cual proporciona el acceso a internet;
- O bien los precios que Telefónica S.A.U. cobra a Terra por el uso de tales números son inferiores a los fijados oficialmente, en cuyo caso, como



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

destaca Lince, estaría eliminando el margen que los demás operadores necesitan para replicar una oferta como la analizada.

Es evidente que esta Comisión no se opone a que el Grupo Telefónica pueda ofrecer una tarifa plana mediante llamadas a números 900, incluso antes de que entre en vigor la tarifa plana que deberá ofrecer Telefónica mediante previsiblemente llamadas a números geográficos u otros especiales que pueda atribuir el Ministerio de Ciencia y Tecnología, lo que no resulta admisible es que pretenda crear unas condiciones especiales para sus filiales que comercializan la tarifa plana, antes del 1 de noviembre.

### **5. Sobre el posible abuso de posición de dominio por parte de las empresas del grupo Telefónica**

Tal y como ha quedado descrito en los antecedentes de hecho de la presente Resolución, Lince pone de manifiesto que la aplicación de la nueva tarifa provoca gravísimos efectos anticompetitivos en el mercado de acceso a Internet al ser el precio de interconexión que están obligados a abonar a Telefónica los operadores alternativos, superior al precio de venta a los usuarios finales resultante de la aplicación de la tarifa ofertada por Terra. La consecuencia de tal escenario es la imposibilidad para estos operadores 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 del proveedor".

Señala Lince, que si estimáramos un consumo del 100% de esos minutos, el precio de interconexión por minuto resultante sería de 0,06 ptas./minuto. Incluso partiendo de una hipótesis extremadamente conservadora de consumo únicamente del 50% de los minutos ofrecidos, el precio por minuto resultante es de 0,13 ptas./ minuto. El radical efecto de pinza de márgenes queda también demostrado si se piensa que ese precio por minuto es muy inferior al precio de interconexión de un operador que estuviera interconectado de forma generalizada a nivel local".

"Debe además entenderse que la posibilidad para Lince de obviar la interconexión con Telefónica S.A.U. para ofrecer el mismo servicio es ficticia ya que la única posibilidad sería la contratación de un número 900 de Telefónica S.A.U. por Lince a través de su filial ISP (Wanadoo), lo que traería como consecuencia la migración de todos los clientes de Wanadoo hacia la red de Telefónica S.A.U. con la consiguiente pérdida de imagen de marca y la exclusión, ahora si total, de Lince del mercado de operadores que proporcionan el acceso a Internet.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Puede y debe concluirse con base en lo anterior, que es imposible para un operador alternativo competir con la oferta de Telefónica/Terra a no ser renunciando a cubrir siquiera el coste de la interconexión con la remuneración obtenida del cliente final". (Páginas 7 y 8 de la denuncia).

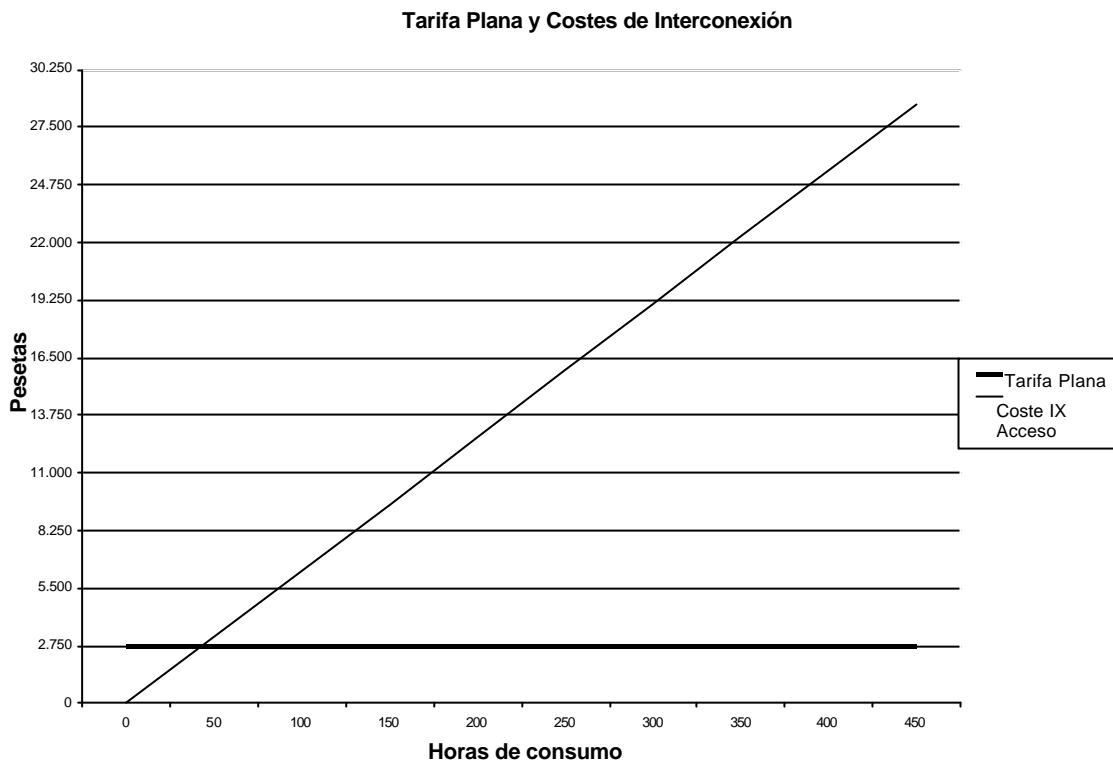
Sobre la base de la información aparecida en prensa y difundida por la propia TERRA a través de su página web, esta Comisión ha llevado a cabo un primer análisis económico de la tarifa plana comercializada por la empresa, tomando como parámetro de referencia los precios de interconexión contenidos en la OIR vigente. No hay que olvidar que, a diferencia de la articulación del servicio por parte de Telefónica/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 Telefónica 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 haría inviable la aplicación de la oferta 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 posibilitaría un máximo de conexión de alrededor de 470 horas mensuales, de las cuales aproximadamente 430 corresponderían a horario de tarifa reducida\* en interconexión y el resto a horario de tarifa normal. El precio total de esas 470 horas, en términos de interconexión, ascendería a 30.948 pesetas, cifra ésta que resultaría 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 requeriría 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.

---

\* 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

A la luz de ese primer examen valorativo, la cantidad requerida por TERRA como contraprestación económica resultaría estar significativamente por debajo de los precios OIR que demanda TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. En consecuencia, tal oferta de Terra no puede ser replicada por ningún otro operador en las condiciones de precios de interconexión que se ven obligados a satisfacer por el uso de la red de Telefónica, quedando por tanto estos operadores fuera del mercado.

De aceptarse esta premisa, resultaría que el área de negocio de la compañía comercializadora correspondiente a la provisión de servicios de acceso a Internet se encontraría en situación de pérdidas: el suministro a cada cliente implicaría para la empresa la pérdida de la totalidad de los costes fijos y una porción de los variables.

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. En ese sentido, una primera interpretación de esa sucesión de hechos podría llevar a entender 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. En suma, la legítima defensa de los intereses que ostenta en su calidad de agente económico.

Sin embargo, la situación de TERRA y de la filial de RETEVISION en la provisión de acceso a INTERNET no es la misma, por cuanto el Grupo Retevisión no acredita una posición de dominio en el mercado, a diferencia de lo que acontece como hemos visto, en el caso del Grupo Telefónica.

A este respecto, la doctrina comunitaria es constante en el sentido de que, si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella (sentencias United Brands/Comisión, antes citada, apartado 189; BPB Industries y British Gypsum/Comisión, antes citada, apartado 69; Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartado 147. Y Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, antes citada, apartado 107).

De lo anterior se deduce que el artículo 86 del Tratado prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce así su posición, recurriendo a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, no toda competencia





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

basada en los precios puede considerarse legítima. La prohibición que establece el artículo 86 del Tratado se justifica también por el objetivo de no causar perjuicios a los consumidores ( en sentido, véanse las sentencias del tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215, apartado 26, y Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada, apartados 526 y 527)".

Debe hacerse notar que, con independencia de que la empresa del GRUPO TELEFONICA no haya sido la primera en lanzar al mercado la aplicación de una tarifa plana de acceso a Internet, los cálculos efectuados a la luz de las primeras informaciones de que se dispone permiten presumir razonable y suficientemente que, dados los precios de interconexión actualmente en vigor, la cuantía de las pérdidas a las que conduciría la aplicación de una política tarifaria como la practicada por TERRA podrían ser de una dimensión tal que únicamente entidades con la fortaleza económica de RETEVISION pudieran soportarlas 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 o 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.

Es muy importante señalar a este respecto que, mientras que los pagos de interconexión en el caso del Grupo Retevisión supondrán ingresos vía interconexión a favor de Telefónica –con lo que, Retevisión, no ostante 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 Telefónica 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.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de las subvenciones cruzadas entre empresas del grupo, consideradas como prácticas anticompetitivas para el operador dominante.

La Ce en la Comunicación sobre los acuerdos de acceso citada indica que "(C)uando el operador goce de una posición dominante en el mercado de productos o servicios, la reducción de los precios podrá constituir una práctica abusiva. Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedicada a las actividades ascendentes impone a los competidores. Las pérdidas registradas en la rama de actividades descendentes pueden quedar ocultas si el operador dominante ha atribuido a sus actividades de acceso costes que debería haber asignado propiamente a las operaciones descendentes, o ha determinado de forma inadecuada los precios de transferencia dentro de la organización".

"En circunstancias adecuadas, puede demostrarse que se ha producido una reducción de los precios mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado descendente, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, en caso de que existan, y el precio que el operador de la red aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente).

Si se produjera alguno de estos supuestos, los competidores en el mercado descendente habrían de hacer frente a una reducción de precios que podría expulsarlos del mercado".

En consecuencia, la oferta de Terra resultaría anticompetitiva produciendo el efecto de expulsar del mercado de acceso a Internet a los operadores entrantes por la vía de fijación de precios anormalmente bajos.

Por otra parte, de acuerdo con los arts. 22.4 de la Ley General de Telecomunicaciones, y 9.1 del Reglamento de Interconexión, los operadores dominantes deberán ofrecer a los terceros unas condiciones de interconexión transparentes, proporcionales, objetivas y no discriminatorias.

A su vez, la obligación de no discriminación se traduce para los operadores dominantes en el mercado de redes fijas, en la necesidad de dar a terceros la interconexión en las mismas condiciones que se las ofrece a sí misma, a sus filiales o asociadas, con precios orientados a costes.

Por tanto, si los precios de interconexión que Telefónica está aplicando internamente en el suministro de servicios de inteligencia de red a Terra, son distintos de los fijados en la OIR de Telefónica para los demás operadores, ésta estaría discriminando a los demás operadores provocando su salida del mercado afectado, e incurriendo con ello en una violación de las obligaciones que para ella resultan de la legislación sectorial así como en un supuesto de conducta constitutiva de abuso de su posición de dominio con graves efectos para el mantenimiento de la competencia.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, la CE en la Comunicación sobre los acuerdos de acceso citada señala que "(E)n términos generales, las empresas que gocen de posición dominante están obligadas a facilitar el acceso de modo que se disponga de los productos y servicios ofrecidos a las empresas de operaciones derivadas en unas condiciones no menos favorables que las concedidas a otras partes, incluidas sus propias divisiones de operaciones derivadas.

El principio por el que se obliga a las empresas dominantes a celebrar contratos en determinadas circunstancias será a menudo de aplicación en el sector de las telecomunicaciones. En la actualidad, existen monopolios o monopolios virtuales en la oferta de infraestructura de red para la mayoría de los servicios de telecomunicaciones de la Comunidad. Aún en los casos en los que se han eliminado las restricciones, o en los que se eliminarán en breve, la competencia en los mercados descendentes seguirá dependiendo de la fijación de tarifas y de las condiciones de acceso a los servicios ascendentes de red que sólo irán reflejando gradualmente las presiones competitivas del mercado.

Pero además es preciso destacar que las previsiones del reciente Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, 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 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 permitiría entender, con la cautela que exige el carácter preliminar de las valoraciones efectuadas por la CMT a la luz de los datos de que dispone a fecha de hoy, que actualmente la promoción comercializada por TERRA no podría ser razonablemente replicada por cuantas entidades operan de forma eficiente en el mercado nacional de servicios de acceso a Internet a través de RTC o RDSI. Es decir, no podría ser contestada sin que la viabilidad financiera de esas entidades resultase irremediable o gravemente lesionada. La aplicación de la tarifa plana objeto de análisis pudiera pues erigir una importante barrera para la entrada o un legítimo posicionamiento en el sector de constante referencia.

De manera que mediante una conducta anticompetitiva en un mercado, el de las redes de acceso, estaría manteniendo y aún reforzando su posición de dominio en otro mercado conexo, el de los servicios de Internet.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, una empresa que dispone de una posición dominante en un mercado no puede abusar de esa posición dominante para facilitar su entrada en un mercado de productos derivados,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

perjudicando la posición competitiva de las demás empresas en este último mercado, consagrando así el principio de que la explotación abusiva de una posición dominante en un mercado puede afectar a la competencia en otro mercado. En consecuencia, "un prestador de acceso dominante no podrá discriminar entre las partes participantes en los distintos acuerdos de acceso, cuando tal discriminación restrinja la competencia. Esta discriminación podría concretarse en la imposición de condiciones diferentes, incluida la aplicación de tarifas diferentes, o cualquier otra diferenciación entre acuerdos de acceso, salvo en el caso de que tal discriminación esté justificada objetivamente. Es probable que esta discriminación restrinja la competencia en el mercado descendente en el que pretendiese operar la empresa que haya solicitado el acceso, en el sentido de que podría limitar la posibilidad de que este operador se introdujese en el mercado o expandiese sus operaciones en el mismo".

Por tanto, Telefónica estaría incurriendo tanto en violación de sus obligaciones como operador dominante en el mercado de redes fijas en materia de interconexión, como de las que se derivan para ella de las normas generales del Derecho de la competencia. Teniendo en cuenta la conexión de los mercados en los que operan Telefónica y Terra para el servicio examinado, la primera estaría exportando su posición de dominio en las redes de acceso a un mercado en el que una filial suya al 100% no tiene directamente esa posición cerrando el paso a la competencia en este último, a través de una oferta de esa filial susceptible de ser clasificada de abusiva.

Finalmente, 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 previsto, hasta la fecha, 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. Las actuales condiciones de precios finales y de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tarifas OIR, en un sector como Internet, permitirían prever que los cuatro meses previstos en la promoción de TERRA podrían ser decisivos a los efectos señalados. En este sentido, informaciones muy recientes aparecidas en medios de comunicación señalan que, en el primer día de vigencia de la promoción comercializada por TERRA, la cifra de contrataciones se ha elevado a 8.137.

En virtud de todas las consideraciones expuestas a lo largo de este subapartado II.A., la CMT entiende que existen indicios suficientes para estimar que el GRUPO TELEFONICA, mediante la oferta de TERRA o bien no se está ajustando a sus obligaciones en materia de interconexión, tratando Telefónica de manera discriminatoria a sus competidores respecto de sí misma, o bien, de alegarse que esta discriminación no se da en realidad, pudiera estar incurriendo 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 cualquiera de los dos casos, su actuación legitima una intervención de esta Comisión para salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de provisión de acceso a INTERNET.

### **II.B. Sobre la concurrencia de los presupuestos necesarios para adoptar medidas cautelares en el marco de este procedimiento.**

La presente Resolución tiene por objeto, además de acordar la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo, adoptar, al amparo de la habilitación competencial en su momento señalada, las medidas cautelares que se estimen oportunas en el caso que nos ocupa, a fin de asegurar en la medida de lo posible la eficacia de la Resolución que esta Comisión adopte en el marco del procedimiento principal. Más concretamente, la medida consistirá en una obligación de hacer: Telefónica deberá ofrecer a los demás operadores unas condiciones provisionales de interconexión que permitan a éstos emular la oferta de TERRA en los términos que se señalan en la parte resolutoria de esta Decisión.

Como ha quedado señalado en los fundamentos de Derecho precedentes, el efecto anticompetitivo de la oferta de Terra derivaría del eventual incumplimiento por Telefónica S.A.U. de las obligaciones que le incumben en virtud tanto de la legislación sectorial como de las normas generales del Derecho de la competencia. En consecuencia, es a Telefónica S.A.U. a quien corresponde imponer la obligación de hacer que permita impedir tal efecto.

Se estima concurren en el presente caso los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, a saber: existencia de elementos de juicio suficientes; necesidad para asegurar la eficacia de la resolución que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podiera recaer e inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o violación de derechos amparados en leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales aunque no se dé audiencia a las partes, siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985 de 15 de febrero).

### **(i). Existe una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente procedimiento.**

Como ha sido indicado con anterioridad, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.seis de la Ley 12/1997, en relación con el artículos 1.dos.1 del mismo texto legal, así como en el artículo 31 del Reglamento de la CMT y en el artículo 72 de la Ley 30/1992.

### **(ii). Apariencia de buen derecho.**

Como se señala en el apartado II.A. de esta Resolución, la CMT entiende que existen indicios suficientes para estimar que el GRUPO TELEFONICA pudiera estar incurriendo en 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 podría estar valiéndose de la tarifa plana de TERRA para, adelantándose en el tiempo a la gran mayoría de sus competidores con una promoción no disponible para los PSIs, erigir una barrera que le permita posicionarse favorablemente de cara al futuro nuevo entorno de precios previsto por el legislador para el sector de constante referencia.

Esta presunción se efectúa sobre la base de las consideraciones expresadas a lo largo del apartado antes citado, así como a la luz de los datos de que se dispone a fecha de hoy y en el marco de cálculos y valoraciones de carácter preliminar.

### **(iii). Necesidad y urgencia de la medida.**

La CMT entiende que es de todo punto necesario adoptar en el momento presente una medida de carácter provisional que asegure la eficacia de la





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución que pueda ser adoptada en el marco del procedimiento principal. Es preciso tener en cuenta que, hasta tanto no se fijen por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de esta Comisión, los precios modificados de la OIR de Telefónica, los cuales regirán con carácter general y definitivo los acuerdos de interconexión de ésta con los demás operadores, una medida como la ahora adoptada resulta de necesidad evidente. Una vez fijados por la Comisión Delegada los indicados precios desaparecerá el peligro que para la competencia supone, como se ha razonado, la oferta objeto de la presente Resolución.

Efectivamente, si la Resolución final de la CMT en este procedimiento iniciado a instancia de Lince confirmase las conclusiones preliminares ahora alcanzadas sin que anteriormente se hubiese intervenido cautelarmente, los elementos de juicio señalados a lo largo de este Acuerdo permiten prever, razonablemente, que resultaría ciertamente difícil garantizar el objetivo a perseguir por la Resolución de referencia: la promoción y fortalecimiento de unas condiciones de competencia efectiva en el mercado nacional de acceso a Internet a través de RTC y RDSI.

Como ya ha sido señalado, los restantes operadores, que con adecuados precios de interconexión podrían replicar la oferta de Terra, 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.

Téngase en cuenta que el período de tiempo que se extiende hasta la fecha límite prevista por el Real Decreto-Ley 7/2000 resultaría decisivo a la hora de sentar las bases para garantizar en el futuro esas condiciones de competencia efectiva a las que nos hemos referido. Vuelve a insistirse en la consideración de que, respecto 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. Las actuales condiciones de precios finales y de tarifas OIR, en un sector como Internet, permitirían prever que los cuatro meses previstos en la promoción de TERRA podrían ser decisivos a los efectos señalados. También permiten prever que la gran mayoría de sus competidores podrían encontrarse en una situación de desventaja competitiva de cara a su futuro posicionamiento en el mercado considerado.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**(iii). La medida es idónea y proporcional al resultado perseguido, y no supone para TERRA ni para terceros interesados en el expediente un perjuicio de imposible reparación en el caso de que la resolución del procedimiento principal no confirme las conclusiones ahora alcanzadas, ni constituye tampoco una violación de derechos amparados en Leyes.**

Efectivamente, la medida adoptada favorecerá, por las razones expuestas en su momento, a la gran mayoría de los competidores de TERRA que actualmente no están en condiciones a aplicar una política tarifaria equiparable, impidiendo, al menos provisionalmente, que se encuentren en una muy probable situación de desventaja competitiva. Respecto a TERRA, dada su condición no de operador dominante, pero sí de principal PSI en un sector claramente atomizado, no se encontrará en una situación de desventaja competitiva que no pueda razonablemente superar de cara a un adecuado posicionamiento en el futuro entorno de precios.

Por otra parte, esta Resolución se adopta "inaudita parte" dada la urgencia para la adopción de la medida de que se trata.

Debe tenerse en cuenta que el otorgamiento de un trámite de audiencia específico para la adopción de la presente medida cautelar, con el consiguiente retraso que implicaría, frustraría los efectos que se persiguen con la adopción de la medida cautelar, pues se estaría privando al operador solicitante de la posibilidad de prestar cierto servicio en competencia y, a la vez y subsiguientemente, a los usuarios de recibir un servicio que satisfaga quizás de modo más apropiado sus necesidades.

Por otra parte, la adopción de la medida "inaudita parte" no implicaría indefensión por cuanto la medida cautelar supone una verdadera llamada al interesado para que en el expediente pueda manifestar lo que a su derecho convenga y, en cualquier caso, siempre está abierta la posibilidad de interponer el correspondiente recurso.

La medida cautelar positiva que se adopta resulta, efectivamente la más adecuada al objetivo perseguido por las razones que a continuación se señalan:

1.- Constituye el objeto de esta Comisión la salvaguarda de la competencia en beneficio de los ciudadanos (art. 1 Dos 1 de la Ley 12/1997), lo que conlleva que toda solución de protección de la competencia que proteja el interés de los usuarios de la manera más amplia posible será siempre más adecuada a la función y razón de ser esta Comisión que aquella que obligue a sacrificar alguno de ambos objetivos. En este sentido una medida que, permitiendo el mantenimiento de la oferta examinada, asegure además que no se producen



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

perjuicios irreparables para la competencia, resulta plenamente adecuada al objetivo pretendido.

2.- El Real Decreto-Ley 7/2000 prevé la modificación, definitiva y de carácter general e ilimitado en el tiempo, de la OIR de Telefónica aprobado por la CDGAE. sin que por ello se ocasione perjuicio a ningún interesado como consecuencia del establecimiento ahora de las condiciones necesarias como medida cautelar.

3.- Una medida positiva resulta la menos perjudicial para cada uno de los afectados:

- Para Telefónica y Terra, por cuanto si resultara revertida se trataría simplemente del derecho de la primera a exigir precios de interconexión más altos de los ahora establecidos (lo que permite una fácil reparación), pero sin provocar la paralización de la oferta de Terra que determinaría un daño de mucha más difícil reparación.
- Para los competidores de Telefónica a quienes permitirá tener unos precios de interconexión adecuados para la emulación de la oferta en cuestión.
- Para los usuarios en fin, quienes no se verán privados de ofertas de acceso a Internet que les resultan extraordinariamente beneficiosas.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las funciones reconocidas por la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones, y por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, así como 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,

## RESUELVE

**Único.-** Adoptar una medida cautelar consistente en una obligación de hacer:

- 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, podrá interponerse, 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes