



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

### CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de noviembre de 2001, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCION POR LA QUE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICION PRESENTADO POR RETEVISIÓN I, S.A.U CONTRA LA RESOLUCION DE LA CMT DE FECHA 5 DE JULIO DE 2001 RELATIVA A LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS DENTRO DEL EXPEDIENTE MTZ 2001/4935 SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES PARA EL ACCESO INDIRECTO AL BUCLE DE ABONADO DE LA RED TELEFONICA PUBLICA FIJA DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U CON EL OBJETO DE ARTICULAR LOS MECANISMOS QUE POSIBILITEN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ADSL EN COMPETENCIA**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Retevisión I S.A.U contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre medidas cautelares dictadas para establecer condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica fija de Telefónica de España, SAU con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 38/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 8 de noviembre de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/5172.

### HECHOS

**PRIMERO.-** Telefónica de España, SAU, (en adelante TESAU) presentó ante los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología propuesta de precios y



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones de prestación de nuevos servicios de ADSL minoristas para su aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Con fecha 7 de junio de 2001, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitió un informe para la Dirección de Políticas Sectoriales del Ministerio de Economía en el cual se expresaba que, dado el efecto potencial de esta oferta sobre el grado de competencia en el mercado, en el caso de que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobara la oferta presentada por TESAU, esta Comisión habría de proceder inmediatamente a exigir a TESAU y, a aprobar, en su caso, una modificación urgente de su oferta mayorista.

En consecuencia, con fecha 5 de julio de 2001 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo y en el seno del expediente MTZ 2001/4935 para el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado que permitiesen prestar servicios ADSL en competencia con TESAU, resolvió adoptar medidas cautelares, por las cuales, entre otras, se modificaban los precios mayoristas para el servicio GigADSL de TESAU que aparecían en la Oferta de acceso al bucle de abonado, en lo referente a la cuota de abono por el servicio de conexión. Esta modificación de precios se decía expresamente que sólo sería de aplicación para *"aquellas modalidades que estén siendo ofrecidas por TESAU en su oferta minorista"*.

Concretamente se resolvió: " Adoptar las siguientes medidas cautelares:

*Primero.- Modificar los precios mayoristas para el servicio GigADSL de TESAU que aparecen en la Oferta de acceso al Bucle de Abonado, en lo referente a la cuota de abono por el servicio de conexión. Esta modificación de precios sólo será de aplicación para aquellas modalidades que estén siendo ofrecidas por TESAU en su oferta minorista.*

*La cuota de abono mensual de conexión de cliente para el servicio mayorista de acceso indirecto al bucle de abonado GigADSL, para cada modalidad, no podrá superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por el coeficiente que se indica en la siguiente tabla:*

Modalidad	Coeficiente
D	0.53
B	0.47
C	0.37

*Segundo.- TESAU deberá incluir en su Oferta de acceso al Bucle de Abonado el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado con conexión extendida a Punto de Acceso Indirecto Distante (PAI-D), cuya descripción se recoge en el Apéndice 1 a esta resolución. Este servicio sólo será de aplicación para aquellas modalidades que estén siendo ofrecidas por TESAU en su oferta minorista.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*La estructura de precios de este servicio será análoga a la del servicio GigADSL, salvo que la cuota de abono mensual de conexión de cliente, para cada modalidad, no podrá superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por el coeficiente que se indica en la siguiente tabla:*

<i>Modalidad</i>	<i>Coeficiente</i>
<i>D</i>	<i>0.55</i>
<i>B</i>	<i>0.49</i>
<i>C</i>	<i>0.39</i>

*Esta cuota mensual sustituye a los dos precios recurrentes fijados para el servicio mayorista de acceso indirecto al bucle, que son la cuota mensual por punto de acceso indirecto y la cuota mensual por conexión. En lo que respecta a los precios no recurrentes, se aplicarán los establecidos para GigADSL.*

*TESAU comenzará a aceptar peticiones de este servicio transcurrida una semana desde la notificación de la presente resolución, si a la indicada fecha TESAU pudiera ya comercializar sus servicios de ADSL minorista o, en otro caso, desde la fecha en que sea posible tal comercialización, de acuerdo con la resolución que dicte la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.*

*Los PAI-D solicitados por los operadores autorizados se constituirán por TESAU en un plazo no superior a 40 días, para el 80% de las peticiones recibidas.*

*Tercero.- En caso de limitaciones, TESAU debe dar prioridad a las peticiones de los operadores respecto a las de los abonados propios.*

*Cuarto.- Los operadores podrán, a los efectos de valerse con mayor eficiencia de los servicios recogidos en las medidas anteriores, utilizar las infraestructuras soporte de los Pdl's ópticos constituidos para interconectar las redes telefónicas de los operadores para el acceso a los PAIs. Asimismo, los operadores también podrán emplear la infraestructuras soporte de los Pdl's ópticos de terceros operadores, o la constituida para el servicio de entrega de la señal en el marco del acceso desagregado al bucle.*

*Quinto.- La prestación del servicio con PAI-D será complementaria de los servicios de acceso indirecto ya incluidos en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado de TESAU, pudiendo los operadores combinar de la forma que deseen los servicios preexistentes y los incluidos mediante esta medida cautelar a la hora de configurar su oferta minorista.*

*Sexto.- TESAU no podrá negarse a negociar solicitudes de acceso a su red diferentes de las aquí previstas, siempre que tengan como finalidad la prestación del servicio minorista ADSL por parte del operadores.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Séptimo.- Se insta a TESAU para que modifique su actual Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, incorporando las medidas adoptadas en la presente resolución. TESAU actualizará, asimismo, el texto de su Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, incorporando esta modificación, el día siguiente a la notificación de la presente resolución.*

*Octavo.- Durante el período de vigencia de las presentes medidas cautelares, TESAU deberá presentar por correo electrónico ante la CMT (dirección buclesadsl@cmt.es) un reporte quincenal de las peticiones y el número de líneas acumuladas en relación con el acceso indirecto al bucle de abonado durante la quincena inmediatamente anterior, desglosando las cifras por semanas (comprendidas entre los lunes hasta los domingos) y por operador autorizado. Estos reportes deberán remitirse los días miércoles de las semanas siguientes al vencimiento de las quincenas, de acuerdo con los formatos indicados en el Apéndice 2. "*

Esta resolución fue notificada en plazo a los interesados en el expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** La citada resolución de 5 de julio fue recurrida en reposición por TESAU mediante escrito de 13 de julio de 2001. Este recurso fue tramitado con carácter de urgencia y finalmente fue estimado parcialmente por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su Resolución de fecha 26 de julio de 2001 (Expediente AJ 2001/5050).

La resolución que puso fin a este procedimiento acordó modificar los coeficientes por los cuales debía de multiplicarse la cuota de abono del servicio minorista para obtener el precio del servicio mayorista y concretamente resolvió:

*"Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad de Telefónica de España, S.A.U y, consecuentemente, anular los coeficientes establecidos en el resuelve primero y segundo del Acuerdo de esta Comisión por el que se aprobó la Resolución de 5 de julio de 2001, a aplicar a las cuotas de abono mensual del servicio minorista ADSL aprobado para TESAU para obtener las correspondientes a los servicios GigADSL y de acceso indirecto al bucle de abonado con conexión extendida a Punto de Acceso Indirecto Distante (PAI-D), respectivamente. En consecuencia, se acuerda*

*1º- Establecer que la cuota de abono mensual de conexión de cliente para el servicio mayorista de acceso indirecto al bucle de abonado GigADSL, para cada modalidad, no podrá superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por el coeficiente que se indica en la siguiente tabla:*

Modalidad	Coeficiente
-----------	-------------



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D	0.58
B	0.60
C	0.60

2º - Establecer que la cuota de abono mensual de conexión de cliente para el servicio de acceso indirecto al bucle de abonado con conexión extendida a Punto de Acceso Indirecto Distante (PAI-D), para cada modalidad, no podrá superar a la cantidad obtenida de multiplicar la cuota de abono mensual del servicio minorista aprobado para TESAU para la misma modalidad por el coeficiente que se indica en la siguiente tabla:

Modalidad	Coeficiente
D	0.60
B	0.62
C	0.62

*Esta cuota mensual sustituye a los dos precios recurrentes fijados para el servicio mayorista de acceso indirecto al bucle, que son la cuota mensual por punto de acceso indirecto y la cuota mensual por conexión. En lo que respecta a los precios no recurrentes, se aplicarán los establecidos para GigADSL."*

**TERCERO.-** Con fecha 1 de agosto de 2001 y entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 3 de agosto, Retevisión presenta escrito por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución de la CMT de 5 de julio de 2001 por motivos diferentes de los que motivaron el recurso de reposición mencionado en el antecedente de hecho precedente.

Concretamente alega que la resolución de 5 de julio lesiona sus legítimos intereses por lo que solicita de la Comisión que:

*"1.- Modifique los acuerdos Primero y Segundo de modo que los precios mayoristas para el servicio GigADSL de TESAU que aparecen en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado y los precios mayoristas de la modalidad con conexión extendida a Punto de Acceso Indirecto Distante (PAI-D) no se calculen exclusivamente con referencia a los precios minoristas de TESAU, sino a los precios minoristas más bajos aplicados por cualquiera de las filiales del Grupo Telefónica, correspondiendo a esa Comisión la aplicación efectiva de dicha medida, a cuyo efecto podrá tomar como base los precios minoristas del servicio ADSL que preceptivamente le comuniquen las empresas del Grupo Telefónica.*

*2. Adicionalmente, amplíe las medidas cautelares de forma que los programas de descuentos y promociones que afecten a las cuotas de alta por cliente u otros pagos no recurrentes de los servicios minoristas ADSL, aplicados por cualquiera de las empresas del Grupo Telefónica se trasladen en iguales cuantías a las cuotas de alta por cliente del servicio mayorista GigADSL ofrecido a los*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*operadores autorizados o, en su defecto, de una rebaja equivalente de los precios de conexión mensual por cliente de dicho servicio mayorista.*

*3.- Ordene a TESAU la aplicación inmediata de estas medidas, suprimiendo a tal efecto las referencias contenidas en la Resolución de 5 de julio de 2001 a la aprobación de la oferta minorista de TESAU por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos."*

Fundamenta su solicitud en los siguientes motivos:

Primero.- Que el objetivo de la medida cautelar adoptada cual es el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de TESAU por parte de los operadores autorizados, con el fin de articular los mecanismos que hagan posible la prestación de los servicios ADSL en condiciones competitivas, parte del análisis de que los precios minoristas propuestos por TESAU para el servicio ADSL darían lugar a una situación de estrangulamiento de márgenes.

Retevisión entiende que esta situación de estrangulamiento de márgenes que pretende remediar la medida cautelar, ya venía produciéndose desde el momento en que, bajo la marca "Telefónica", el Grupo Telefónica ofrecía los distintos servicios minoristas de su filiales, coincidiendo la oferta de las filiales con los precios propuestos por TESAU para su aprobación por la CDGAE, de manera que resultaban indistinguibles, desde un punto de vista del usuario, las actuaciones realizadas a la fecha de manera conjunta por TESAU y por las otras filiales del Grupo Telefónica en relación con la comercialización de los servicios minoristas ADSL. De hecho, se hace referencia en la oferta del Grupo Telefónica a que estos servicios son prestados por Telefónica Data y comercializados por Telefónica de España. A tal efecto, aporta pruebas de la de la citada comercialización con anterioridad a la aprobación por la CDGAE de las tarifas de TESAU.

Retevisión mantiene que, en línea con la jurisprudencia comunitaria y resoluciones anteriores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe tratarse a las empresas del Grupo Telefónica que ofrecen servicios minoristas ADSL como una unidad económica que ostenta una posición de dominio en el mercado de prestación de servicios minoristas ADSL en territorio español, siendo el mercado ascendente el de los servicios mayoristas ADSL, prestados en exclusiva por TESAU.

En consecuencia, la Comisión debería haber aplicado a los hechos descritos la teoría del grupo empresarial desarrollada en la Resolución *Lince/Terra* de 27 de julio de 2000, al caso de la prestación de servicios minoristas ADSL por parte de empresas del Grupo Telefónica, examinando su compatibilidad con el





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derecho de la Competencia, en vez de limitarse exclusivamente a los precios propuestos por TESAU.

Las medidas adoptadas por la CMT, según Retevisión, han resultado insuficientes para corregir una situación continuada de pinzamiento de márgenes que ya se producía y que continuará produciéndose, con independencia de que TESAU ofrezca directamente los servicios ADSL minoristas o lo haga a través de otras filiales del grupo Telefónica, motivo por el cual debe modificarse la resolución dictada en consecuencia.

Además, mantiene Retevisión que de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de agosto de 1998, debe considerarse abusivo el pinzamiento de márgenes a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente, por lo que en tanto el Grupo Telefónica no aporte la prueba de esta eficiencia, cautelarmente la Comisión deberá hacer extensivas las medidas cautelares adoptadas a las ofertas comerciales de las distintas empresas del dicho grupo que prestan los servicios minoristas ADSL.

Segundo.- Por otra parte alega Retevisión que el estrangulamiento de márgenes a que se ven sometidos los operadores autorizados por parte del Grupo Telefónica se ve agravado por los regalos, descuentos y promociones con los que el Grupo Telefónica fideliza a los clientes.

Así bajo el nombre de "Telefónica", las filiales ofrecen, desde el 19 de abril (o fechas posteriores, según la modalidad) hasta el 15 de septiembre (en todas las ofertas) el alta y extensión del cableado gratis, lo cual supone una subvención a dichos clientes de 19.070.-ptas., 29.570.-ptas. y 55.070.-ptas. para las denominadas modalidades estándar, class y premium, respectivamente.

A este respecto, Retevisión mantiene que las medidas cautelares resultan insuficientes en relación con el objetivo que pretenden cubrir al dejar fuera de su ámbito las cuotas de alta por cliente del servicio GigADSL mayorista y centrarse únicamente en las cuotas de abono mensual.

**CUARTO.-** Con fecha 8 de agosto de 2001 se publicó en el BOE núm. 189 la Orden de 3 de agosto de 2001 por la que se dispone la publicación de los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 2 de agosto de 2001 sobre Tarifas y servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, por el cual entre otros se fijan precios fijos para las tarifas de los servicios ADSL minoristas prestados por TESAU en los siguientes términos:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### *1. Descripción de los servicios ADSL minoristas.*

*Los servicios ADSL Minoristas a prestar por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal», se estructuran en tres servicios distintos con las siguientes características:*

*Servicio ADSL-RTC, compatible con líneas telefónicas analógicas.*

*Servicios ADSL-RDSI, compatible con bucles de accesos básicos RDSI.*

*Servicio Kit ADSL, compatible exclusivamente con bucles con líneas telefónicas analógicas. No requiere filtro en el domicilio del usuario, por lo que resulta autoinstalable por parte del usuario.*

*En cada uno de ellos existen dos componentes del servicio diferenciadas: El servicio de acceso a Internet y los servicios básicos Internet de portal de contenidos con correo electrónico.*

#### *1.1 Servicio de acceso a Internet.*

*El acceso a Internet se ofrecerá mediante ADSL y con tarifa plana bajo tres modalidades distintas para cada servicio. Dichas modalidades se corresponden con unas determinadas velocidades máximas:*

*Básica: 256 Kbit/s (sentido red a usuario) y 128 Kbit/s (sentido usuario a red).*

*Class: 512 Kbit/s (sentido red a usuario) y 128 Kbit/s (sentido usuario a red).*

*Premium: 2 Mbit/s (sentido red a usuario) y 300 Kbit/s (sentido usuario a red).*

*Las velocidades Class y Premium no están disponibles en la modalidad del Servicio Kit ADSL. Las velocidades mencionadas son velocidades máximas en capa ATM. La velocidad en capa IP, y por lo tanto del acceso a Internet, dependerá en cada momento del tráfico de Internet, del número de internautas simultáneos y de otros factores técnicos asociados a esa red (ocupación de servidores, puertos, etc.).*

#### *1.2 Servicios básicos de Internet*

*Se ofrecerá incluido en cada uno de los servicios el siguiente conjunto o paquete de facilidades:*

*Cinco buzones de correo electrónico de 5Mbytes por buzón.*

*10 Mbytes de páginas web personales con número limitado de elementos gráficos.*

*Acceso a contenidos del portal que Telefónica de España pondrá a disposición de los usuarios.*

### *2. Tarifas de los nuevos servicios. (importes netos a los que se aplicarán los impuestos indirectos de acuerdo con la normativa vigente)*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Se aprueban las siguientes tarifas para los nuevos servicios ADSL Minoristas:*

<i>servicio</i>	<i>modalidad</i>	<i>cuota de alta pesetas</i>	<i>abono mensual pesetas</i>
<i>ADSL/RTAC (líneas analógicas)</i>	<i>Básica</i>	<i>15.000</i>	<i>6.500</i>
	<i>Class</i>	<i>25.500</i>	<i>12.476</i>
	<i>Premium</i>	<i>51.000</i>	<i>25.053</i>
<i>ADSL/RDSI (accesos básicos RDSI)</i>	<i>Básica</i>	<i>15.000</i>	<i>6.500</i>
	<i>Class</i>	<i>25.500</i>	<i>12.476</i>
	<i>Premium</i>	<i>51.000</i>	<i>25.053</i>
<i>Kit ADSL (líneas analógicas)</i>	<i>Básico</i>	<i>5.000</i>	<i>6.500</i>

*Estas tarifas incluyen los servicios básicos de acceso a Internet (cinco buzones de correo electrónico de 5 Mbytes por buzón, 10 Mbytes de páginas web personales con número limitado de elementos gráficos y acceso a contenidos del portal que Telefónica de España podrá a disposición de los usuarios). Las tarifas anteriores no incluyen la venta, instalación ni mantenimiento del equipamiento en el domicilio del usuario.*

*Las nuevas propuestas para los precios de los servicios ADSL Minoristas se regirán de acuerdo con lo dispuesto en el punto 3 del anexo sobre el marco regulatorio de los precios de determinados servicios de telecomunicaciones prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» contenido en la Orden, de 10 de mayo de 2001, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se modifica el Acuerdo, de 27 de julio de 2000, por el que se establece un nuevo marco jurídico de precios para los servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal».*

**QUINTO.-** Con fecha 24 de agosto de 2001 se reciben alegaciones de TESAU en el siguiente sentido:

Primero.- Que el recurso es inadmisibile y carente de objeto, ya que con la Resolución de 26 de julio de 2001 que resolvió el recurso interpuesto por TSAU contra la Resolución de la CMT de 5 de julio admitiendo parcialmente las pretensiones de ésta, han quedado revisadas las medidas cautelares, y conforme al artículo 87.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, finalizado el procedimiento. Por lo demás TESAU alega que Retevisión debería haber recurrido la resolución de 26 de julio.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, alega TESAU que Retevisión pretende, con el recurso a la Resolución de 5 de julio, conseguir un resultado equivalente al que tendría el recurso de la Resolución de 26 de julio, cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Ley 30/92, contra ella no cabe nuevo recurso en vía administrativa. En consecuencia la admisión del recurso de reposición contra la Resolución de 5 de julio supondría un fraude de Ley puesto que lo que pretende Retevisión con este recurso es revisar el contenido de una resolución firme en vía administrativa.

Segundo.- La modificación que propone Retevisión en la medida cautelar es innecesaria.

En este sentido, alega TESAU en primer lugar que, las ofertas de Telefónica DATA y TERRA no son coincidentes entre sí, ni coinciden con las propuestas por TESAU. La oferta de TESAU carece de la modalidad A, que sí se ofrece en la oferta de TERRA, no incluye servicios post-venta (venta equipo, instalación y mantenimiento, no recoge promociones ni descuentos asimilables a los que ofrecen TERRA y DATA. Los elementos de similitud que pudieran ser identificados (cuotas mensuales y de alta) parten de la rígida estructura de costes y márgenes que viene impuesta por la regulación de precios a nivel mayorista derivado del apartado 7 del anexo de la Orden de 29 de diciembre de 2000.

Además el conocimiento y experiencia que DATA y TERRA han acumulado sobre condiciones de mercado se debe a una competencia en prestaciones y a una clara eficiencia empresarial, que, a su vez sirve como referencia para el conjunto de oferentes en el mercado. Es normal que el resto de operadores presente a nivel minorista entre los que se encuentra TESAU intenten emular en sus aspectos básicos la horquilla de precios – que no ofertas- por aquellas aplicados.

Por otra parte TESAU es libre, aunque haya sido declarado operador dominante en ciertos mercados, de asumir la promoción de servicios de otras filiales del grupo, lo cual es distinto de prestar directamente los servicios. Además no se están generando expectativas falsas en el consumidor por el hecho de que se utilice la marca “Telefonica” en la web “Telefónica on line” puesto que en el momento en que se comunican al usuario las condiciones de prestación del servicio se constata la identidad de la empresa prestadora.

Por último, señala TESAU que la utilización de la marca Telefónica es inherente a la pertenencia al Grupo. La CMT debe evitar llegar a la conclusión de que el mero hecho de pertenecer a un grupo genera ya de por sí un elemento de cargo para valorar cualquier conducta como susceptible *per se* de restringir la competencia. Si Telefónica DATA o TERRA son operadores que se



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pueden presentar ante el consumidor como parte del Grupo, ello responde a una razón ontológica y no puede calificarse como restrictivo con entidad suficiente como para generar una regulación *ex ante* por parte de la CMT que sancione el ejercicio de un derecho legítimo.

Tercero.- No procede extender ni retrotraer una medida cautelar con el objetivo de pretender modificar una situación que se ha estado dando desde finales de 1999, fecha en la que Terra y Telefónica Data iniciaron la comercialización de sus servicios. El hecho de que TESAU entre a formar parte del mercado como oferente a nivel minorista en nada modifica la situación preexistente con el Grupo Telefónica ya presente en el mercado. De hecho los precios mayoristas fueron fijados por una Orden Ministerial sin distinción de ningún tipo.

Por otra parte, carece de sentido que para corregir una hipotética situación de estrangulamiento de márgenes entre la oferta mayorista y minorista de TESAU se utilice un elemento ajeno a este binomio como es la oferta ADSL de otras empresas distintas, pues la medida cautelar desde un principio se justifica en función de la entrada en el mercado de la oferta minorista de TESAU.

Cuarto.- La CMT debe asumir que las empresas del Grupo Telefónica disponen de personalidades jurídicas diferentes así como de los títulos habilitantes necesarios para ofrecer esta clase de servicios y han venido prestando sus servicios en cumplimiento estricto de la normativa vigente.

De ahí, concluye TESAU que el posicionamiento actual de Telefónica DATA y TERRA en el mercado a nivel minorista es respuesta a un entorno competitivo único e idéntico al que han tenido que enfrentarse el resto de operadores y no derivado de su mera pertenencia al Grupo Telefónica. Es decir, responde a la autonomía propia empresarial de cada una de estas dos empresas sin haber dispuesto de ventaja alguna derivada de su pertenencia al Grupo Telefónica.

Quinto.- La extensión de las medidas cautelares a cualquier precio, promoción, descuento o ventaja económica que oferten empresas del Grupo Telefónica, generaría efectos distorsionadores del mercado en lugar de beneficios.

En primer lugar, porque la medida propuesta tendría por efecto reducir claramente el margen de libertad y de autonomía empresarial a la hora de poder decidir su posicionamiento en el mercado por vía de precios y actuaciones comerciales no recurrentes. Si cualquier actuación suya a nivel minorista tuviera que tener su correspondiente impacto en el mercado ascendente se generarían rigideces en los precios finales de este tipo de servicios.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De hecho TESAU manifiesta que TESAU viene ofreciendo al día de hoy promociones en las cuotas de alta del servicio GigaADSL, de los cuales se beneficia RETEVISION, tras la publicación de la OBA, sin necesidad de adoptar medidas cautelares.

Séptimo.- El Grupo Telefónica no disfruta de posición dominante alguna en el ámbito de los servicios sustentados con tecnología ADSL ofrecidos a nivel minorista.

En este sentido alega TSAU que Retevisión no determina adecuadamente el mercado de referencia desde el punto de vista económico para ubicar el posicionamiento competitivo del Grupo Telefónica. No existe en la actualidad un mercado configurado autónomo y genéricamente como el de los servicios minoristas ADSL, sino el de servicios de acceso a internet en el que la tecnología ADSL sería sólo una modalidad, pero las características del mercado vendrán determinadas por el tipo de cliente. En la actualidad, ninguna empresa del grupo Telefónica disfruta de una posición de dominio en el mercado de los servicios de acceso a internet; al ser este un mercado muy competitivo y con una gran concurrencia de ofertas.

Octavo.- El Grupo Telefónica no disfruta de posición dominante colectiva alguna, puesto que dicho concepto se refiere a empresas independientes y sin ninguna relación de subordinación a una dirección estratégica que 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 competidores. En su caso concreto no sería de aplicación el concepto pues “no estaríamos ante empresas independientes en el sentido aportado con el Derecho de la competencia”.

Ahora bien, el hecho de reconocer que a efectos de la normativa de la competencia el Grupo Telefónica representa un unidad económica, no significa, según TESAU, que la CMT deba tener en cuenta necesariamente las ofertas comerciales y posicionamiento competitivo de Terra y Telefónica Data en sus respectivos mercados a la hora de dotar de contenido a la medida cautelar impuesta, pues entiende que el hecho de considerar el Grupo Telefónica como una única entidad económica presente en varios mercados a los efectos de calificar conductas bajo la perspectiva del derecho de la competencia es diferente de incorporar como elemento de valoración una situación que deriva de actuaciones y éxitos en el mercado desde finales de 1999, en el ejercicio de su propia autonomía empresarial, ante un entorno competitivo dado.

Noveno.- En relación con el fenómeno del “pinzamiento de márgenes”, no procede aplicar los criterios y principios propios del Derecho de la Competencia



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para la aplicación de los artículo 6 LDC y 81 y 82 del tratado CEE a una actuación de la CMT consistente en realizar una regulación ex ante de las condiciones de mercado, en tanto que organismo sectorial.

En relación con el estrangulamiento de márgenes destaca TESAU que no procede aplicar, de la forma que Retevisión pretende, los principios y criterios sobre el estrangulamiento de márgenes recogidos en la normativa de Derecho de la Competencia, puesto que son sólo aplicables a las situaciones de abusos de posición de dominio. No cabe desvirtuar libremente las categorías jurídicas de Derecho de la Competencia, para aplicarlas a situaciones en las que no existen supuestos de abuso de posición de dominio para conseguir ampliar gratuitamente a otras empresas del Grupo Telefónica el contenido de una medida cautelar ya de por sí innecesaria. En este sentido alega TESAU lo siguiente:

En primer lugar, el hecho de que las empresas del Grupo Telefónica tengan diferente personalidad jurídica y una clara separación contable, actúa en calidad de presunción *iuris tantum* que acredita la transparencia y las actuaciones no discriminatorias de una empresa en posición de dominio, presunción que sólo es susceptible de ser desvirtuada con prueba en contrario y en este sentido cita la Resolución de 26 de febrero de 1999 del Tribunal de Defensa de la Competencia. Según TESAU, existen mecanismos legales en el mercado español- i.e Ley de Defensa de la Competencia - al alcance de los competidores para asegurar en cada caso en concreto que a pesar de una separación contable formal, no se esté cometiendo ningún tipo de abuso. No cabe pues asumir en el diseño regulatorio de los mercado la existencia de prácticas de subvenciones cruzadas entre empresas del Grupo Telefónica.

En segundo lugar, no cabe identificar en la esfera de TESAU el más mínimo ejercicio de libertad empresarial en la configuración de los precios en el mercado ascendente, que han sido fijados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y por ello, no es posible imputarle un supuesto de abuso de posición de dominio, concepto que exige que exista una actuación de las empresas en el ámbito de su actividad económica y cita al efecto la doctrina de la Comisión Europea y Jurisprudencia comunitaria que entiende aplicable.

Por último, no puede permitirse que Retevisión asuma sin la adecuada justificación que las actividades de TERRA y de Telefónica DATA carecen del grado de eficiencia que pudiera ser predicable de toda empresa presente en la prestación de servicios sustentados con tecnologías ADSL a nivel minorista. En este sentido se pone de manifiesto además que hay ofertas en le mercado más ventajosas que las de las empresas del Grupo Telefónica y que no hay situación de estrangulamiento de márgenes, especialmente tras la adopción de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medidas cautelares en las que se impone una disminución de los costes de acceso.

Por último, alega TESAU que el aparente interés actual de Retevisión por desarrollar el mercado de servicios sustentado con tecnología ADSL, no coincide con la nula proactividad empresarial realizada en el mismo, pues hasta febrero de 2001 otros operadores de menor entidad que la recurrente eran más proactivos en la provisión de servicios ADSL, lo que contrasta con la actuación de la matriz de Retevisión y sus filiales en Italia.

En conclusión TESAU solicita de la CMT que acuerde la inadmisión del recurso de reposición.

**SEXTO.-** Con fecha 11 de octubre de 2001, la entidad Lince Telecomunicaciones SAU (en adelante Lince) formula alegaciones en las que abunda sobre los motivos expuestos por Retevisión para interponer el presente recurso y además añade los siguientes motivos de reposición de la resolución recurrida:

Primero.- Que las condiciones económicas de la oferta mayorista recibieron un tratamiento desequilibrado puesto que cautelarmente sólo se modificó el problema de pinzamiento de márgenes existente en las cuotas recurrentes pero no en lo que respecta a los precios de los servicios no recurrentes (alta por conexión de demarcación y conexión de cliente), respecto de los cuales la CMT determinó que se aplicarían los establecidos para el GigADSL (en 1999), los cuales no se corresponden con los costes actuales de TESAU que han determinado los precios de su oferta minorista actual, por lo que se presume, además, que la eficiencia económica alcanzada en estos años por TESAU se ha trasladado a si misma y a sus filiales, pero no a sus competidores.

Entiende Lince que la oferta económica de los servicios ADSL es apreciada por el clientes como un todo, en sus distintos elementos cuotas de alta y mensuales, y que la adquisición de clientes en este mercado se obtiene precisamente gracias a las promociones y descuentos en las cuotas iniciales de conexión (altas, equipos) y no por los precios mensuales. De ahí que TESAU y sus empresas filiales realizaron el lanzamiento comercial de sus ofertas a cliente final con descuentos de hasta el 100% en las cuotas de alta, mientras que los operadores alternativos siguen abonando a TESAU las cuotas de alta por los clientes que se conectaban en GigADSL.

De lo anterior concluye que el verdadero objeto de la medida cautelar fue insuficientemente cubierto por la decisión adoptada que no llega a paliar el pinzamiento de márgenes que se está produciendo y que se ve agravado





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

además por la estimación parcial del recurso de reposición de TESAU que vino a restar eficacia a las medidas cautelares adoptadas.

Segundo.- Abundando sobre lo anterior, Lince pone de manifiesto que las filiales de Telefónica, antes de la aprobación de la oferta minorista de ADSL de TESAU y hasta el día de la fecha, realizan descuentos de hasta un 100% en las cuotas de alta. La propia TESAU desde que lanzó comercialmente su propio servicio mayorista realiza estas mismas ofertas a los clientes finales. Ante las protestas de varios operadores, TESAU les comunicó una oferta temporal en los precios mayoristas consistente en un descuento del 50% en las altas por cliente de la modalidad D con una duración hasta el 15 de septiembre, así como una oferta en las altas por cliente de las modalidades B y C hasta el 30 de septiembre fijando la tarifa en de 15.000.pesetas.

Lince alega que para poder competir con la oferta minorista de TESAU y sus filiales consistentes en no cobrar a los clientes por las cuotas de alta, tendría que afianzar a dichos clientes finales de ADSL durante un mínimo de 5,8 meses en servicio, simplemente para satisfacer los costes incurridos por el servicio GigADSL en concepto de altas y cuotas mensuales, es decir que sólo a partir del 6 mes de servicio el operador empezaría a tener un margen real para poder hacer frente al resto de costes incurridos (transporte nacional, salida internacional de internet, costes comerciales, etc).

Como consecuencia de esta agresiva política comercial en la provisión de servicios ADSL, TESAU y sus filiales acaparan el 90-92% de las cuotas de mercado.

Además entiende Lince que o bien se está vendiendo por debajo de coste o bien TESAU ha obtenido eficiencias económicas en sus costes que no ha trasladado a los operadores alternativos.

De todo lo anterior Lince concluye que las medidas cautelares deberían ser modificadas con objeto de extender la aplicación de los coeficientes establecidos para fijar los márgenes entre la oferta minorista y la mayorista, a las cuotas de alta por cliente (multiplicando dichos coeficientes por los precios minoristas que TESAU ofrezca a sus clientes finales en cada momento).

Tercero.- Por último, alega Lince que Telefónica habría infringido la Orden de 3 de agosto de 2001 por el que se dispone la publicación de los acuerdos de la Comisión Delegada de Gobierno para asuntos económicos de 2 de agosto de 2001, sobre tarifas y servicios prestados por Telefónica de España SAU que incluye los servicios ADSL minoristas, la cual establece que las nuevas propuestas para los precios de dichos servicios se regirán de acuerdo con lo



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dispuesto en el punto 3 del anexo sobre el marco regulatorio de los precios de determinados servicios de telecomunicaciones prestados por TESAU contenido en la Orden de 10 de mayo de 2001.

De acuerdo con el mismo, TESAU está obligada a comunicar cualquier descuento, promoción o variación de sus precios aprobados en la oferta minorista ADSL, con anterioridad al lanzamiento comercial de las mismas.

De todo lo anterior concluye Lince solicitando que se modifiquen las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión, extendiéndose los coeficientes también a las cuotas de alta por cliente (para todas las modalidades existentes en la OBA) que efectivamente TESAU esté ofreciendo en cada momento a los clientes finales.

Asimismo se solicita de la CMT que, como órgano garante de la competencia en el mercado, lleve un control exhaustivo de la actividad en cada momento de TESAU en la comercialización de su oferta minorista de ADSL, a los efectos de impedir que la estrategia exclusoria de TESAU deje sin efecto las medidas regulatorias adoptadas y cita como ejemplo el papel desarrollado al respecto por la ART Francesa, que entre otras cosas retrasó la entrada en vigor de los nuevos descuentos propuestos por France Telecom en las altas de su oferta minorista de manera que los otros operadores estuvieran disfrutando de los descuentos en la oferta mayorista con anterioridad al lanzamiento comercial de la oferta minorista del dominante.

Cuarto.- En cuanto a la actuación en el mercado de las filiales del grupo Telefónica, Lince abunda en los argumentos de Retevisión para llegar a la conclusión de que considera necesario que la CMT extienda las medidas cautelares, una vez modificadas si tiene a bien aceptar las propuestas de Lince y Retevisión, en relación a las cuotas de alta por cliente, a las empresas filiales de TESAU que comercializan, o comercialicen en el futuro servicios ADSL. Sin embargo Lince entiende que esta pretensión podría exceder el objeto de un recurso de reposición e insta a la Comisión a abrir urgentemente un nuevo procedimiento para salvaguardar la competencia efectiva en el mercado.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A. Fundamentos jurídicos procedimentales.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **Primero.- Competencia y plazo para resolver.**

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

### **Segundo.- Admisión a trámite.**

La Resolución de la CMT de 5 de julio de 2001 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición de acuerdo con el artículo 116 de la LRJPAC. En la medida en que Retevisión alega que la Resolución de 5 de junio lesiona sus legítimos intereses al no articular los mecanismos que posibilitan suficientemente la prestación de servicios ADSL en competencia, está invocando causa de nulidad o anulabilidad prevista en los artículo 62 y 63 de la misma Ley, conforme requiere el artículo 107.

Por todo ello, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, se admitió a trámite el recurso interpuesto.

En este sentido, aun cuando la Resolución recurrida fuese modificada como consecuencia de la admisión parcial de un recurso interpuesto por otro interesado, ello no es óbice para que pueda admitirse a trámite la solicitud interpuesta legítimamente por Retevisión en el plazo que la Ley le otorga para ello, respecto de un aspecto de la Resolución que no fue objeto del recurso de reposición inicial y que la ahora recurrente considera que lesiona sus legítimos intereses.

La interpretación contraria, pretendida por Telefónica, es decir la inadmisión del recurso por el mero hecho haber sido ya objeto de un recurso de reposición previo la misma resolución, conduciría a una situación de indefensión y de trato desigual respecto de los distintos interesados en un procedimiento administrativo. En ese hipotético escenario sólo el interesado que se adelanta en el tiempo frente a los demás e interpone un recurso de reposición contra una resolución que afecta a más interesados podría ver admitida a trámite su pretensión y estimada, en su caso su solicitud, mientras que los demás interesados, a los que la legislación otorga idénticos derechos, verían



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

rechazada de plano la protección de sus legítimos intereses, al no poder ni siquiera resultar admitida a trámite su pretensión.

Por otra parte, desde el punto de vista del objeto y causa, el recurso interpuesto por Retevisión no interfiere en los aspectos de la Resolución de 5 de julio que fueron modificados en la estimación parcial del recurso interpuesto por TESAU acordada en fecha 26 de julio por lo que no se puede entender que se esté recurriendo en vía administrativa un aspecto de la resolución que ya fue objeto de recurso, y para el cual, de acuerdo con el artículo 117.3 de la Ley 30/1992, sólo pudiera haber ya recurso en vía contencioso administrativa.

Así, mientras que la Resolución de 26 de julio se limita a anular los coeficientes establecidos en el resuelve primero y segundo del Acuerdo de la Comisión de 5 de julio, que debe aplicarse a las cuotas de abono mensual del servicio minorista ADSL aprobado para TESAU para obtener las correspondientes a los servicios GigADSL y de acceso indirecto al bucle de abonado con conexión extendida a Punto de Acceso Indirecto Distante (PAI-D), y a sustituir estos coeficientes por otros, lo que plantea Retevisión, no es la nueva modificación de este coeficiente, sino la utilización de este mismo coeficiente en relación con la oferta minorista de las empresas del Grupo Telefónica a efectos de calcular el precio mayorista que debe aplicar TESAU (incluido a los programas de descuentos y promociones), pretensión que además fundamenta en una distinta motivación jurídica de la que motivó el primer recurso.

### **B. Fundamentos jurídicos materiales.**

#### **Primero.- Antecedentes de la Resolución Recurrida**

La medida cautelar ahora recurrida fue adoptada en el marco de las competencias de la Comisión para establecer las condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de TESAU. Estas competencias le son atribuidas tanto por el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes, aprobado por Real Decreto 3456/2000 de 22 de diciembre, como por la propia Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede intervenir de oficio, con relación al acceso al bucle de abonado de TESAU cuando esté justificado, para garantizar la no discriminación, la competencia leal, la eficiencia económica y el máximo beneficio de los usuarios. A su vez, el artículo 11 del mismo Reglamento dispone que la Comisión podrá dictar resolución motivada instando



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a la modificación de la oferta y fijará la fecha a partir de la cual surtirá efectos. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda, establece entre otras cosas, que TESAU incorporará en su primera oferta de acceso al bucle de abonado su oferta comercial de acceso, y el artículo tercero, apartado segundo, que los operadores dominantes que ofrezcan acceso indirecto al bucle de abonado de sus red respetarán el principio de no discriminación y de transparencia en relación con las condiciones técnicas, económicas, operativas y comerciales, en particular frente a los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones que pueden requerir este acceso.

Asimismo, esta intervención de la Comisión en relación con la modificación de la Oferta de TSAU de acceso mayorista al bucle de abonado tiene su justificación última en la función de salvaguarda de libre competencia que la Ley atribuye a la CMT, según resulta del artículo 1.Dos.2 letras c) y f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones, modificada en este punto por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

Fue en cumplimiento de este objeto, una vez abierto el expediente de modificación de la OBA presentada por TSAU y ante la inminencia de la aprobación y entrada en el mercado de la Oferta Minorista de Telefónica, que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consideró necesaria la adopción de medidas cautelares que salvaguardasen el efecto útil de la resolución de modificación de la OBA cuyo procedimiento se había abierto en virtud de la habilitación competencial descrita.

### **Segundo.- Requisitos para la adopción legítima de las medidas cautelares**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, está facultada para la adopción de medidas cautelares en materias de su competencia por los artículos 1. seis de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones y el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por Real Decreto 1.994/1996, de 6 de septiembre.

En consecuencia, para verificar si en el acto impugnado concurre causa de nulidad o anulabilidad que motive la estimación del recurso de reposición interpuesto por Retevisión, se habrá de verificar si la Resolución recurrida infringe esta normativa sobre adopción de medidas cautelares, la cual por otra parte, sigue en líneas generales el procedimiento administrativo de la LRJPAC.

Así, el artículo 1. seis de la Ley 12/1997 dispone que "En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la CMT, una vez iniciado el procedimiento, podrá en cualquier momento, de oficio o a



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen suficientes elementos de juicio para ello".

Los términos reglamentarios en que se ejercita esta facultad, contenidos en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión, vienen a sancionar, por una parte, que la medida pueda consistir en la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento y, por otra parte, impiden que se dicten medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de los derechos amparados por las Leyes.

Pues bien, la medida cautelar adoptada justifica suficientemente la apariencia de buen derecho, la existencia de cobertura jurídica adecuada y, también, que se ha realizado un juicio de razonabilidad, en cuanto a la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, requisitos todos ellos necesarios para asegurar la legalidad de la actuación cautelar (STC 108/1984, de 26 de noviembre y Auto del TC de 9 de diciembre de 1987).

Como veremos a continuación, el hecho de que la medida cautelar adoptada no llegue a dar una respuesta a todas las cuestiones suscitadas en el marco de este complejo procedimiento, como pueden ser las alegadas por la recurrente, no es suficiente para viciar de nulidad o de anulabilidad la resolución, sino incluso, todo lo contrario, puesto que la medida cautelar no puede llegar a prejuzgar el contenido de la resolución final. Por esta razón procede desestimar el recurso planteado en sus distintos motivos de impugnación.

### **Tercero.- Primer motivo de desestimación del Recurso**

Por lo anteriormente expuesto, es preciso desestimar el recurso en cuanto a la alegación consistente en que no se han tomado en consideración las cuotas no recurrentes (cuotas de alta por conexión de demarcación y alta por conexión de cliente) de la oferta mayorista de TESAÚ a la hora de dictar la medida. El hecho de que las mismas no fueran tomadas en cuenta a los efectos de evitar cautelarmente un efecto de pinzamiento de márgenes no vician de nulidad o anulabilidad la resolución recurrida, puesto que lo único que la misma pretende es salvaguardar el efecto útil de la resolución que en su día se dicte de orientación a costes de los precios de los servicios mayoristas, favoreciendo hasta ese momento la existencia de un margen comercial que se consideró adecuado y proporcional al resultado que se pretendía garantizar.

La medida en sí misma no prejuzga la resolución final por lo que no debe recoger exhaustivamente todos los costes, ni todos los conceptos a los que, con posterioridad, se van a imputar los costes del servicio.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo mismo cabe decir sobre las alegaciones relativas a la supuesta mejora en la eficiencia económica de TESAU que luego no se ha visto reflejada en los costes que se asocian a los servicios mayoristas. Esta pretendida eficiencia, y el tratamiento adecuado que debe darse a las cuotas de los servicios no recurrentes, deberán ser abordadas en la resolución definitiva del expediente, donde sí deberán desglosarse adecuadamente los distintos conceptos que integran los servicios mayoristas y los mismos se orientarán a costes.

### **Cuarto.- Segundo motivo de desestimación del Recurso**

De la misma manera, frente a las alegaciones consistentes en que la medida adoptada el 5 de julio es insuficiente por cuanto no toma en cuenta la oferta minorista de las empresas filiales del Grupo Telefónica a la hora de determinar el posible pinzamiento de márgenes que pretende remediar, hay que contestar que esta argumentación, no carente de lógica económica, no implica, no obstante, necesariamente que la medida cautelar adoptada incurra en causa de nulidad o anulabilidad que vicien su fundamento y justifiquen su revisión en vía de recurso de reposición, motivo este que también hay que desestimar.

En primer lugar, porque si el objeto del procedimiento es la fijación de los precios mayoristas de acceso ADSL en el ámbito de la Oferta de Bucle de Abonado ( en adelante, OBA) que debe ofrecer TESAU, la medida cautelar adoptada difícilmente puede consistir en la fijación de precios finales a las otras empresas del Grupo Telefónica y ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá.

En segundo lugar, hay que recordar que la Resolución de 5 de julio trataba de evitar el daño que para la competencia en el mercado, pudiera causar la entrada en el mercado de una oferta minorista de TESAU antes de la modificación por la Comisión de la OBA propuesta por TESAU.

Esta OBA deberá reflejar, como hemos visto en el Fundamento de Derecho anterior, además de la orientación a costes de los precios, que se cumplen los principios de no discriminación y transparencia en relación con las condiciones técnicas, económicas, operativas y comerciales ofrecidas a los operadores que requieren este acceso. Además de estos principios, la Comisión deberá garantizar, en la Resolución que apruebe la modificación de la OBA, que la misma permite la competencia leal y la eficiencia económica, lo que supone que no pueden existir subvenciones cruzadas entre empresas de un mismo grupo que el proveedor de acceso ADSL, las cuales, a su vez, prestan servicios en el plano minorista en competencia con otras empresas.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La inminencia de la aprobación de la Oferta Minorista de TESAU sin haber podido, debido a la complejidad de la tarea encomendada a la CMT, proceder a la modificación de la OBA, obligó a esta Comisión a adoptar una medida cautelar que permitiese evitar el efecto sobre la competencia que tendría la entrada en el mercado de una oferta como la de TESAU sin haber constatado previamente que la OBA cumplía efectivamente con las condiciones requeridas por el Reglamento de Acceso al Bucle.

La Resolución de 5 de julio toma en cuenta el daño que se produciría en la competencia si se retrasasen las posibilidades para competir en las mismas condiciones, sobre todo si se considera el gran potencial comercial de TESAU que le permite conseguir un gran número de clientes en el periodo de dilación que media entre la aprobación de la oferta minorista de TESAU y la resolución de modificación de la OBA. En este sentido se tomó en cuenta las dificultades que se encuentra un operador para conseguir que un cliente de otro cambie de proveedor y, más en un mercado como el objetivo de la oferta minorista de ADSL. Por otra parte, se atendió a que la base de clientes obtenida mediante acceso indirecto sería fácilmente migrable a servicios basados en bucle compartido y desagregado, de lo que se pudo inferir que es muy probable que clientes obtenidos por TESAU llegasen a suponer una reducción de la base de clientes potenciales para los servicios antes citados y redujera así el impacto procompetitivo de la modificación de la OBA una vez aprobada.

La herramienta utilizada para paliar este impacto en la estructura de la competencia y, con ello, salvaguardar el efecto útil de la resolución final, fue la evitación de un pinzamiento de márgenes entre los precios finales propuestos por la propia TESAU y el precio que se cobra a los competidores por el suministro y acceso a la red. Los precios mayoristas, fueron calculados recurriendo al método denominado "retail minus" sobre precios de las cuotas recurrentes. Es decir, se tomó únicamente en consideración el coste de cuota de conexión mensual.

De lo anterior, es preciso destacar que si bien, para adoptar la medida cautelar se tomaron como referencia los precios minoristas de TESAU para la conexión mensual, lo cierto es que estos precios coincidían con los precios aplicados por las filiales del Grupo Telefónica para este mismo concepto de conexión mensual por cliente.

Efectivamente, se da la circunstancia, como ha sido acreditado en el expediente precisamente por la recurrente, que las ofertas que a través de los anuncios en medios de comunicación y la página web de *telefonicaonline* e *infonegocio* venía ofreciendo el Grupo Telefónica en el momento de adopción de la Resolución recurrida, coincidía en lo relativo a las cuotas recurrentes con la misma oferta minorista que TESAU sometió a aprobación de la CDGAE



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(excepto según TESAU para la modalidad A, que sí que ofrece TERRA y respecto de la cual los otros operadores interesados no han presentado alegaciones).

Ello supone que, la medida, al relacionar el margen competitivo con la oferta minorista de TESAU, a efectos prácticos estaba tomando en cuenta las circunstancias del mercado, es decir, el hecho de que las ofertas minoristas de las empresas de su mismo grupo eran similares (en lo que se refiere al parámetro considerado para la adopción de la medida, es decir la cuota mensual) y que el precio propuesto por TESAU era el precio de referencia del mercado a partir del cual aplicar el método del *retail minus*.

El efecto de salvaguarda de la libre competencia que pretende la medida cautelar, mediante el aseguramiento del efecto útil de la resolución de modificación de la OBA, viene a ser *de facto* el mismo que resultaría de estimar en el presente recurso la pretensión de Retevisión en lo referente a las cuotas recurrentes, por lo que resultaría injustificada, por innecesaria la modificación de la resolución recurrida.

Asimismo hay que tener en cuenta que la medida se adoptó con carácter provisional y urgente, para evitar el daño que pudiera producir la aparición en el mercado de una oferta minorista prestada y comercializada directamente por TESAU.

Ello no obstante, la medida cautelar no prejuzga el contenido de la resolución final que se dicte en el expediente en cuanto al tratamiento que deba darse a la oferta mayorista de TESAU en relación con la oferta minorista del Grupo Telefónica (TESAU y filiales). Así, en la medida en que la misma presente unas reducciones de precios que revelen una eficiencia económica que ha de ser trasladada a los precios mayoristas de la OBA de TESAU (toda vez que reflejan unos costes menores), las alegaciones de Retevisión y Lince habrán de ser tenidas en cuenta en aquel procedimiento.

### **Quinto.- Tercer motivo de desestimación del Recurso**

Por otra parte, no constituyó en su día el objeto del procedimiento y, en consecuencia, no puede serlo del presente recurso, la valoración de si el Grupo Telefónica incurrió en prácticas anticompetitivas en la comercialización de sus servicios ADSL antes de la aprobación de los precios minoristas de TESAU. Tampoco, la actual política de aplicación de descuentos por parte de las filiales de TESAU y por la propia TESAU deberán ser objeto de análisis en su correspondiente procedimiento, no siendo materia del presente recurso de reposición.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, en cuanto a la legitimidad de la aplicación de los descuentos por TESAU, tampoco esta alegación puede ser motivo de revisión en reposición de la resolución adoptada, puesto que excede del objeto del procedimiento. Sin embargo, a juicio de esta Comisión existen indicios de que TESAU, ha aplicado descuentos no autorizados en su oferta minorista ADSL en lo relativo a cuotas de alta, por lo que, procede abrir de oficio el correspondiente procedimiento por incorrecta aplicación de las tarifas por los operadores dominantes, competencia que le viene atribuida en virtud del artículo 1. Dos.2 h) de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones.

### **C.- Consideraciones sobre la existencia de posibles prácticas anticompetitivas y en particular sobre los precios inferiores a los minoristas de referencia que pudieran aplicar las empresas del Grupo Telefónica en el futuro.**

Como ya se ha comentado, el hecho de que no proceda modificar en reposición la medida cautelar adoptada no implica que no hayan de prevenirse las eventuales conductas contrarias a la libre competencia que puedan ser desarrolladas por los operadores.

Así, con independencia de si TESAU está aplicando en su oferta minorista descuentos no autorizados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de los hechos descritos en el presente expediente, resulta que empresas del Grupo Telefónica ofrecen servicios minoristas más favorables en su conjunto que la oferta minorista aprobada para TESAU por la CDGAE. En relación con esto, podría entenderse que, en ausencia de una aprobación de la contabilidad de costes, el método del *retail minus* no ha sido correctamente aplicado por esta Comisión y que en consecuencia el margen permitido por este habría de ser revisado. Esta posibilidad, a la vista de los datos con los que actualmente se cuenta, debe ser descartada.

De ahí que, desechada esta posibilidad sobre la base de las alegaciones de TESAU y de los datos con que en estos momentos cuenta esta Comisión, las citadas ofertas más favorables podrían obedecer a una de las siguientes razones: 1) o bien TESAU estaría vendiendo los servicios mayoristas en condiciones diferentes y más favorables a empresas de su mismo grupo, 2) o bien se estarían aplicando subvenciones cruzadas intragrupo, y/o directamente, se estaría vendiendo a pérdida por parte de empresas del Grupo, reproduciéndose, en este último caso, una situación similar a la que dio lugar a la intervención de esta Comisión en el caso *Terra/Lince* Resolución de 27 de julio de 2000 de adopción de medidas cautelares y Resolución final de 8 de noviembre de 2000.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las posibles conductas descritas, realizadas además por un Grupo empresarial con poder de mercado, podrían resultar, en ciertos supuestos de hecho, no sólo contrarias a la legislación sectorial - y en particular al Reglamento de acceso al bucle- sino también, con carácter general, a la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones que la Comisión tiene encomendada salvaguardar en virtud de la Ley 12/1997. En uno y otro caso la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para intervenir previa instrucción del correspondiente procedimiento.

En este contexto, la Comisión no podría admitir las alegaciones de TESAU que pretenden argumentar que otras empresas del Grupo Telefónica pueden lícitamente desarrollar las prácticas comerciales que a la primera le están vedadas por estar sometida a regulación como consecuencia de su posición en ciertos mercados, cuando los hechos demuestran que las empresas del Grupo Telefónica están actuando en el mercado como una unidad económica, comercializando sus servicios bajo la misma marca e incluso comercializando bajo el nombre de TESAU los servicios de empresas del mismo grupo.

En este sentido hay que destacar que la CMT, interpretando reiterada jurisprudencia comunitaria ya ha precisado que *"que cuando un grupo de sociedades constituye una "unidad económica", en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de la sociedad matriz, existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones del derecho de la competencia. Téngase en cuenta que cuando una filial lo es al 100% en relación a la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica. ... cuando la participación en la filial no es del 100%, o de la casi totalidad del capital social, no cabe la presunción anterior, siendo necesario verificar la ausencia efectiva de poder decisorio esencial"* (Resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2001, sobre *Tarifa plana de Terra* y Resolución de la CMT de 20 de mayo de 1999, interpretando la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria).

Asimismo el TJCE tiene declarado en la Sentencia de 14 de julio de 1972 , *ICI* caso 48/60 que *"la circunstancia de que la filial tenga personalidad jurídica propia no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la matriz... esto es especialmente así cuando la filial no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado. A su vez, en AEG - Telefunken c. Comisión* de 25 de octubre de 1983 As. 107/82, viene a decir que en el caso de que no se tenga el control al 100% de la empresa, hay que atender a si estaba en posición de ejercer influencia en las decisiones y si, de hecho, lo hizo.

De hecho, la propia TESAU reconoce como aplicable a sus empresas asociadas esta jurisprudencia pues dice expresamente que "en cualquier caso



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no estaríamos ante empresas independientes en el sentido aportado por el Derecho de la Competencia" (pag. 13 del escrito de alegaciones), lo cual resulta evidente además por la política de comercialización conjunta aplicada, bajo la misma marca y la comercialización por la propia TESAU de los servicios de sus filiales. (También el Tribunal de Defensa de la Competencia ha abordado esta problemática de comercialización conjunta tanto en su Resolución del Asunto *Servicom* de 4 de febrero de 1997 Expte. MC 18/96, como en *Telefónica/Airtel* Expte. 413/97). En cualquier caso, la determinación de si se está actuando en una determinada conducta como grupo habrá de hacerse caso por caso.

Por otra parte, tampoco puede admitirse la alegación de TESAU consistente en que la Comisión en sus resoluciones no puede aplicar a las empresas del Grupo Telefónica criterios propios del Derecho de la Competencia, puesto que la intervención de esta Comisión no se limita, como pretende TESAU a la regulación *ex ante* de las condiciones de competencia. (En lo que se refiere a las competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la Ley 12/1997 las mismas han sido confirmadas por Sentencia de 17 de octubre de 2000 de la Audiencia Nacional en el caso *Cabitel*, y por Sentencia de 13 de febrero de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

En la misma línea de razonamiento, respecto a las alegaciones de TESAU de que ni la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de agosto de 1998 sobre los acuerdos de acceso, ni la normativa de defensa de la libre competencia pueden utilizarse para marcar las pautas para proceder a una regulación *ex ante* de las condiciones de mercado por parte de los organismos sectoriales, hay que indicar, en primer lugar, que esta regulación *ex ante* se hace necesaria en determinados sectores precisamente porque existen fallos de mercado que hacen que el mero ejercicio *ex post* del derecho de la competencia sea insuficiente para salvaguardar la competencia, lo que no significa que a la hora de determinar los principios regulatorios aplicables no se acuda a la misma filosofía y lógica económica, y que, de hecho, se vaya más allá en la intervención de lo que las normas de defensa de la libre competencia permitirían. Ejemplo evidente de esta interacción lo constituye el propio Reglamento de Acceso al Bucle.

En segundo lugar hay que precisar que la CMT en el ámbito de sus competencias, no sólo puede acometer una aproximación regulatoria *ex ante*, sino también *ex post*, pues puede instar, por ejemplo, a la cesación de una conducta para salvaguardar la competencia en el mercado cuando la misma está siendo vulnerada por prácticas contrarias a la misma, en cuyo caso, por supuesto que aplicará las categorías del derecho de la competencia. Esta última afirmación se traduce concretamente, entre otros aspectos, en que ni la





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existencia de personalidad jurídica separada de las filiales, ni el cumplimiento formal de las obligaciones de separación de cuentas impiden *per se* la imputación de conductas abusivas a un grupo económico.

En cuanto a la alegación de TESAU consistente en que no existe por su parte el más mínimo ejercicio de libertad empresarial en la configuración de los precios en el mercado ascendente (puesto que han sido fijados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología) y por ello, no es posible imputarle un supuesto de abuso de posición de dominio, hay que realizar las siguientes precisiones: en primer lugar, que los precios contenidos en la Orden de 29 de diciembre de 2000 para su aplicación por TESAU tienen el carácter de máximos, por lo que sí que hay cierta flexibilidad. En segundo lugar, sí podrían resultar imputables al Grupo Telefónica prácticas de reducción de márgenes anticompetitivas en el caso en que llegara a demostrarse, en el supuesto concreto, que se está actuando como grupo, puesto que los precios aplicados por las filiales no están sujetos a regulación, sino que se determinan libremente.

Por último, aunque la medida cautelar condicione su aplicación a la existencia de una oferta minorista por parte de TESAU, sin tomar en cuenta si esta misma oferta se está prestando a través de las filiales, hay que recordar que TESAU sigue vinculada por la obligación general de no discriminar entre la oferta que presta a sus filiales y empresas asociadas y los servicios que presta a los competidores de estas, obligaciones estas derivadas tanto de la normas sobre competencia generales como concretamente del Reglamento de Acceso al Bucle.

Por todo lo anterior, cabe desestimar el recurso de reposición interpuesto, si bien a la vista de que existen indicios suficientes para ello, procede incoar el correspondiente expediente por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en virtud de la habilitación competencial atribuida a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las letras c) y f) del artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Asimismo, existen indicios de que TESAU, ha aplicado y continúa aplicando descuentos no autorizados en su oferta minorista ADSL en cuanto a las cuotas de alta, por lo que también procede abrir el correspondiente procedimiento en virtud de la habilitación competencial atribuida a esta Comisión por el artículo 1. Dos.2 h) de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Vistos los citados hechos y fundamentos jurídicos, esta Comisión

**ACUERDA**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Primero.-** Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Retevisión contra Resolución de esta Comisión de fecha 5 de julio de 2001, Resolución que se confirma en sus propios términos.

**Segundo.-** Iniciar de oficio el correspondiente procedimiento en virtud de la habilitación competencial atribuida a esta Comisión por el artículo 1. Dos.2 h) de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones en relación con los presuntos descuentos no autorizados aplicados por TESAU en su oferta minorista ADSL.

**Tercero.-** Iniciar de oficio expediente por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia por parte del Grupo Telefónica en virtud de la habilitación competencial atribuida a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por las letras c) y f) del artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones.

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

Contra el apartado primero de la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra el mismo puede interponerse 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.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Contra los apartados segundo y tercero de la resolución a que se refiere el presente certificado, en cuanto actos de trámite, no cabe recurso alguno, sin perjuicio del derecho de los interesados a oponerse a los mismos para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M<sup>a</sup> Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes