



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 01/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de enero de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A LA PROMOCIÓN DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE EL SERVICIO “LÍNEA IMAGENIO”

(AEM 2005/107)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de diciembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) un escrito remitido por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, TESAU) por el que, se comunica a esta Comisión su intención de comercializar una nueva promoción sobre servicio Imagenio a partir del 26 de enero de 2005.

La promoción comunicada consistiría en:

- La exención de la cuota de alta del servicio “Línea Imagenio” con acceso a Internet de Banda Ancha, cuando la contratación se realice entre el 26 de enero y el 14 de febrero de 2005.
- Incluye módem router gratuito.
- Incluye obsequio aplicable a las líneas RTB objeto de la promoción, consistente en un descuento del 100% del importe de las llamadas metropolitanas con una duración máxima de 120 minutos (incluido el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecimiento de la comunicación), excepto llamadas a números 908 y de Red Inteligente, realizadas de lunes a domingo, las 24 horas del día, hasta el 31 de diciembre de 2005, para aquellos clientes que contraten el Servicio ADSL simultáneamente con una Línea Individual RTB en las fechas de aplicación de la promoción.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), la habilitación competencial de esta Comisión para la tramitación del presente procedimiento se encuentra recogida en el artículo 48.3. e) que establece que corresponde a esta Comisión “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta”.

Asimismo, la CMT 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, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LJPAC) de conformidad con el artículo 48.1. de la LGTel.

En relación a la competencia de esta Comisión para la adopción de medidas cautelares el artículo 48.12 de la LGTel establece que: *“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a 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 elementos de juicio suficientes para ello”.*

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la CMT, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante RCMT), habilita a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, 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”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según el mismo artículo 31 del RCMT dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

De acuerdo con el artículo 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC.

Conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada LRJPAC,

“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.

II CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE JUSTIFICAN LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

La presente Resolución tiene por objeto la adopción de una medida cautelar. Para poder adoptar la misma, es necesario que concurren en el presente expediente todos los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, y que vienen recogidos en el artículo 72 LRJPAC. Dichos elementos son los siguientes:

- La existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la citada medida cautelar;
- La necesidad de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer;
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares considerando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se tomen sin audiencia de las partes, siempre que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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.

En los apartados posteriores se analizará la concurrencia en la situación planteada por los escritos de TESAU, con el fin de determinar la procedencia de la adopción de medidas cautelares.

II.1 Razonabilidad y apariencia de buen derecho

Como se describirá con detalle a continuación, TESAU propone la venta de la “Línea Imagenio”, que incluye los servicios de acceso telefónico fijo, banda ancha y televisión, con una tarifa plana de voz metropolitana. Adicionalmente cabe decir que dicha tarifa plana se provee como un obsequio por la compra de los primeros.

Así, se plantean dos elementos de importancia para el análisis que debe realizar esta Comisión. Por una parte, debe determinarse si la propuesta de TESAU implica un empaquetamiento, en tanto en cuanto, no es posible contratar una tarifa plana como la propuesta por TESAU de forma independiente al resto de servicios. Por otra parte, es necesario determinar la emulabilidad de los diferentes paquetes por parte de terceros, a partir de los productos mayoristas existentes y en función del precio final de los mismos.

Siguiendo el razonamiento anterior, debe determinarse si la promoción propuesta por TESAU constituye un empaquetamiento desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Así, TESAU propone regalar una tarifa plana metropolitana de voz durante todo el año 2005 si se adquiere, en un determinado periodo (desde el 26 de enero al 14 de febrero de 2005) el servicio “Línea Imagenio”.

Este aspecto respecto a la venta combinada es relevante dado que el Artículo 82 del Tratado estima que la venta empaquetada puede ser constitutiva de un abuso de posición dominante:

“d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A partir del Artículo anterior, la Comisión consideró en el caso Microsoft¹, que para que un empaquetamiento sea ilícito deben darse las siguientes circunstancias:

- Existencia de mercados de producto separados: en otro caso, existiría un único producto y no podría darse una venta empaquetada;
- La empresa debe ser dominante en el mercado que se empaqueta (en el mercado del producto empaquetado no es necesario): esta condición asegura que los empaquetamientos anticompetitivos conlleven una extensión de posición de dominio;
- La empresa dominante no ofrece la posibilidad de contratar el servicio fuera del paquete;
- El empaquetamiento cierra el mercado a la competencia.

De esta forma, el análisis de los diferentes productos propuestos por TESAU debe determinar si se cumplen las anteriores previsiones. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia Tetra Pak International SA/ Comisión², consideró que *“aun en el caso de que la venta asociada de dos productos sea conforme a los usos mercantiles o existe un vínculo natural entre los dos productos de que se trate, dicha venta puede sin embargo constituir un abuso a efectos del artículo 86, salvo si resulta objetivamente justificada”*. Por tanto, no sería suficiente que, en el caso de existir una venta empaquetada ilícita, se estuvieran comercializando productos similares en el mercado.

En los siguientes puntos se pretende evaluar si, para las diferentes propuestas de TESAU, se dan las circunstancias anteriores, analizando la situación en los diferentes mercados afectados y la justificación objetiva de la oferta propuesta.

A. Existencia de mercados separados

En la Resolución de esta Comisión por la que se aprobaba el informe preceptivo sobre la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. de aprobación del nuevo servicio “Línea Imagenio”³ se definieron dos mercados diferentes

¹ Véase Asunto C-3/37.792.

² Véase Asunto C 333/94.

³ Resolución de 24 de julio de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

afectados por el lanzamiento de este servicio: mercado de acceso a Internet de banda ancha y mercado de la televisión de pago. Por otra parte, esta Comisión ha definido en diferentes ocasiones el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público⁴.

En definitiva, la práctica de esta Comisión en Resoluciones anteriores muestra que existen tres mercados diferentes para los productos que TESAU propone empaquetar en esta ocasión. Por tanto, se cumple la primera condición para considerar los descuentos de referencia como un empaquetamiento.

B. Dominancia en el mercado del producto empaquetado

La práctica de esta Comisión respecto a la posición del Grupo Telefónica en los mercados de referencia anteriores se basa en la aplicación de la teoría de mercados conexos definida por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso Tetra Pak II⁵. Así, la posición de dominio de TESAU provendría de la posesión de una red de acceso que ningún operador entrante ha podido desplegar hasta la fecha⁶.

Ni siquiera la existencia de elementos mayoristas alternativos al despliegue de una red propia es en este momento una alternativa viable a la red de acceso de TESAU. Así, en la Resolución de 7 de octubre de 2004⁷ se puso de manifiesto la desproporción entre la provisión de servicios de banda ancha mediante bucles desagregados en comparación con los accesos indirectos al bucle:

“Pues bien, de los últimos datos que obran en poder de esta Comisión sobre número de bucles desagregados se desprende que frente a un total de 2.109.413 líneas ADSL (12,4% de pares de cobre activos de TESAU), sólo estarían desagregados 58.295 bucles (de ellos 8.645 en acceso compartido), esto es un 0,34 % de los pares activos de TESAU.”

⁴ Por todas ver Resolución de 11 de noviembre de 2004, sobre la denuncia presentada por Tele 2 Telecommunication Services, S.L. en relación con la conducta de Telefónica de España, S.A.U. en la comercialización del nuevo esquema tarifario denominado “Oferta Modular”.

⁵ Asunto C-333/94, Tetra Pak v Comisión.

⁶ Por todas, ver Resolución de 28 de julio de 2004, sobre las denuncias presentadas por Wanadoo España, S.L. y la Asociación de empresas operadores de servicios de telecomunicaciones (ASTEL) contra Telefónica de España, S.A.U. en relación con la promoción del servicio “Kit ADSL USB” y el Bono Metropolitano.

⁷ Resolución por la que se pone fin al período de información previa a la apertura de un procedimiento de modificación de la Oferta de Acceso al Bucle del Abonado como consecuencia del lanzamiento por TESAU del servicio “ADSL a tu medida”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El citado informe preceptivo aprobado el 24 de julio de 2004 consideró que el servicio mayorista necesario para proveer la “Línea Imagenio” era el acceso desagregado y no el indirecto:

“Por lo que respecta a los servicios de acceso indirecto al bucle incluidos en la OBA (servicios GigADSL), cabe decir que no son adecuados para la prestación de servicios del tipo de Imagenio. Al margen de que las modalidades actuales sólo llegan a los 2 Mbit/s de máximo, y que para Imagenio podría requerirse más de 4 Mbit/s en media, es preciso señalar que la tecnología en que se apoyan los servicios GigADSL, con redes ATM entre los repartidores y los PAIs, de acuerdo con los niveles de precios de las actuales modalidades incluidas en la OBA, llevaría asociados unos costes que comprometerían la viabilidad económica de esta solución. Así pues, consideramos que el actual planteamiento del servicio de acceso indirecto al bucle considerado en la OBA resulta inviable para replicar Imagenio.”

En conclusión, cabe decir que los argumentos respecto a la dominancia de TESAU dada su posición en el mercado de acceso son aplicables a los mercados afectados por la prestación del servicio Imagenio. Por tanto, se cumple de nuevo la circunstancia prevista por la jurisprudencia europea para considerar la propuesta de TESAU como un empaquetamiento ilícito de servicios de telecomunicaciones.

C. Posibilidad de contratar el producto empaquetado por separado

En general, una venta combinada se produce cuando la compra de un producto primario (en este caso, la “Línea Imagenio”) implica el consumo de otro producto secundario (servicio telefónico fijo). En el caso de la propuesta de TESAU, los consumidores pueden contratar el servicio telefónico fijo con independencia de la contratación del servicio Imagenio.

Ahora bien, una situación de vinculación puede caracterizarse de una manera más genérica como servicios que podrían suministrarse de forma separada, se están, de hecho, comercializando conjuntamente. Así, la promoción propuesta por TESAU podría constituir una venta empaquetada si la forma más ventajosa para el cliente fuera consumir la totalidad de los servicios mediante el paquete diseñado por TESAU.

En este sentido, en el caso Tetra Laval⁸, el Tribunal consideró que la extensión de posición de dominio puede realizarse mediante dos tipos de prácticas:

⁸ Párrafo 217-218, Asunto T-5/02, Tetra Laval contra Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

primero, mediante la venta empaquetada de los productos afectados y comercializados por la empresa dominante. Segundo, ofreciendo incentivos, tales como precios predatorios, guerras de precios o descuentos fidelizadores. Sin embargo, los últimos serían constitutivos de abuso de posición dado que no están justificados de forma objetiva.

Pues bien, este segundo aspecto parece ser el de relevancia en este caso, dado que la forma más barata para el cliente de consumir el paquete es asumiendo la promoción, en tanto y cuanto el servicio telefónico sería gratuito durante un año. Por tanto, de facto, TESAU impone un empaquetamiento entre el servicio telefónico fijo, los servicios de acceso a Internet de banda ancha y los servicios de televisión de pago.

D. Cierre de la competencia en el mercado debido a la comercialización de la oferta empaquetada

Una vez se ha constatado que la propuesta de TESAU es una venta combinada o empaquetamiento desde el punto de vista del Derecho de la competencia, cabe analizar el impacto que la propuesta tendría en el mercado. Cabe referirse de nuevo a la citada Resolución de 24 de julio de 2003 en la que ya se analizaba un escenario de empaquetamiento de los productos propuestos en esta ocasión por TESAU:

“(...) los precios regulados deben permitir que este mercado sea concursable para los operadores alternativos a TESAU y que la eficiencia en costes que deriva del tamaño de la operadora no suponga la creación de barreras a la entrada al mercado que refuerce su posición en el mismo.

En conclusión, esta Comisión estima que el lanzamiento del Servicio Imagenio introduce mayor competencia en el mercado de acceso dado que la oferta de TESAU se equipara con la de sus competidores. Este hecho en sí mismo es fruto de las fuerzas de mercado, dado que es legítimo que el operador dominante, a la vista de las pérdidas de cuota de mercado, reaccione mejorando el valor percibido por sus clientes. Ahora bien, tampoco debe olvidarse la posición de TESAU en el mercado del servicio telefónico fijo y de su tamaño, que le permite gozar de importantes ahorros en costes derivados de sus economías de escala y gama. Un posible empaquetamiento de servicios que incluyera telefonía, acceso a Internet con ADSL, televisión y acceso a contenidos bajo demanda haría difícilmente concursable el primer mercado.

Así, esta Comisión considera que la actual configuración del Servicio Imagenio es adecuada y que en ningún caso debería plantearse la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aprobación de una oferta conjunta de los servicios anteriormente detallado.”

De forma coherente con las consideraciones realizadas en el cuerpo del informe, en las conclusiones se consideró que:

2. *“Que no se vincule en ningún caso la prestación del servicio Imagenio con la provisión por parte de la misma operadora del servicio telefónico fijo.”*

En el mismo sentido de las cautelas de esta Comisión en el citado informe se encaminan las ofertas presentes en el mercado. Evidentemente no existen ofertas semejantes por parte de los operadores que basan su provisión en el acceso indirecto al bucle (ni siquiera en aquellas zonas geográficas en las que se han desagregado bucles). Pero es que tampoco los operadores de cable ofrecen descuentos similares por la contratación de los paquetes integrados de telefonía fija, Internet y banda ancha.

Ahora bien, el impacto de la “Línea Imagenio” es todavía reducido en tanto y cuanto ha conseguido un nivel relativamente bajo de penetración desde su lanzamiento en junio de 2004, tal y como se observa en la tabla siguiente:

[CONFIDENCIAL]

En cualquier caso y, a pesar del reducido impacto en el mercado, el hecho de que una oferta como la propuesta por TESAU no pueda ser emulable mediante los servicios mayoristas previstos, dado el reducido alcance del desarrollo del bucle desagregado hace necesario un mayor estudio de un empaquetamiento como el previsto por TESAU.

II.2 Necesidad y urgencia de la medida

Las medidas cautelares aprobadas en la presente resolución son necesarias y urgentes para asegurar la eficacia de la resolución definitiva que se adopte en el procedimiento en el cual se enmarcan, existiendo elementos de juicio suficientes para ello, tal y como ya se ha expresado, y según exige el artículo 72 de la LRJPAC y 31 del RCMT. De hecho, la medida cautelar propuesta en el presente procedimiento es necesaria para asegurar la eficiencia de la resolución que pudiera recaer, y su adopción debe ser urgente para asegurar el efecto útil de la resolución que se dicte.

En efecto, la adopción de las presentes medidas resulta necesaria para analizar si es conveniente modificar las condiciones de acceso al Bucle del Abonado de la red telefónica pública fija de TESAU por parte de los operadores alternativos, con el fin de articular los mecanismos que hagan posible la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestación de servicios empaquetados del servicio “Línea Imagenio” y el servicio telefónico fijo en condiciones competitivas adecuadas.

El daño que puede sufrir la competencia en el mercado de servicios minoristas de banda ancha y telefonía fija se vería muy incrementado si se retrasan las posibilidades de competir en las mismas condiciones de los posibles operadores alternativos, sobre todo si se considera el gran potencial comercial de TESAU, que le puede permitir conseguir un gran número de clientes en ese periodo de dilación. Hay que tener 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.

Así las cosas, es evidente la necesidad y urgencia inaplazable de las medidas que aquí se establecen, a fin de garantizar que el efecto de la resolución que se dicte eventualmente no quede mermado en lo referente al mercado minorista de ADSL.

II.3 Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes

La adopción de esta medida cautelar no supone para TESAU un perjuicio de imposible o difícil reparación ni siquiera por el hecho de que la medida cautelar se adopte inaudita parte, a tenor del periodo promocional limitado (desde el 26 de enero al 14 de febrero) y de la evolución de la demanda de los servicios correspondientes a la “Línea Imagenio”.

Esto es, al ser la promoción limitada en el tiempo y con una penetración todavía reducida, el número de clientes nuevos que contraten una línea debido a la promoción no será muy elevado, por lo que el perjuicio que supone para TESAU no implica una merma en su capacidad de competir. En contraposición, y como se ha justificado anteriormente, la comercialización por parte de TESAU de la promoción comunicada supondría serios perjuicios para aquellos operadores alternativos de servicios de tráfico telefónico dado que no serían capaces de emular la oferta conjunta de TESAU.

En razón de las consideraciones de Hecho y de Derecho esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

ACUERDA

Primero. La promoción propuesta por TESAU respecto al servicio “Línea Imagenio” supone un empaquetamiento ilícito de los servicios de telefonía fija,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceso a Internet de banda ancha y televisión. Dicha venta conjunta no puede ser emulada por los operadores alternativos a este operador.

Segundo. Se impone a TESAU, en sede cautelar, la paralización de la promoción sobre el producto “Línea Imagenio” en tanto no se evalúe el impacto negativo sobre la competencia del empaquetamiento ilícito que supone.

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, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real