



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 nº 22/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de junio de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO AL NUEVO PRODUCTO S5.2/06 PROPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Expediente AEM 2006/756

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- COMUNICACIÓN DEL NUEVO SERVICIO POR PARTE DE TESAU

Con fecha 30 de mayo de 2006 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) en el que comunica la intención de comercializar un nuevo producto, codificado como S5.2/06, consistente en una línea para segundas residencias a un precio de cuota de abono mensual reducida.

A continuación se describen las características de dicho servicio:

CONFIDENCIAL [...]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- APERTURA DEL EXPEDIENTE AEM 2006/756

Con fecha de 8 de junio de 2006 se ha incoado procedimiento para el análisis del producto consistente en una línea para segundas residencias a un precio de cuota de abono mensual reducida, en cuyo seno se adopta la presente medida cautelar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial

De conformidad con lo establecido en el artículo 48.2 de la LGTel, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de servicios audiovisuales, conforme a lo previsto en su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

Por su parte, el artículo 48.3 de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función:

“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.”

En uso de la habilitación competencial citada, mediante Resolución de esta Comisión de 23 de marzo de 2006 (publicada en el B.O.E. nº 87 de 12 de abril de 2006), se aprobó la definición y análisis de los mercados de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones.

En dicha Resolución, tras definir y analizar los mercados citados, se concluye que no eran realmente competitivos y se identificó a TESAU como operador con poder significativo en los mismos, imponiéndose las correspondientes obligaciones, entre las que se encontraban aquéllas relativas a la provisión de los servicios al por menor. En concreto, en el Anexo 2.3 se estableció que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU no podría comercializar ofertas minoristas, tanto generales como personalizadas, que implicasen riesgos para la libre competencia tales como:

- Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);
- Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requerido, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...);
- Prácticas discriminatorias, en particular, discriminación abusiva en términos de precios;
- Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).

Segundo. Habilitación competencial para la adopción de medidas cautelares

El artículo 48.12 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones señala 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”*.

El artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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”*.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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”.

Tercero. Concurrencia de los elementos que justifican la adopción de la medida cautelar

Elementos que deben concurrir para justificar la adopción de una 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:

- 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 de los elementos aquí citados, con el fin de determinar la procedencia de su adopción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Razonabilidad y apariencia de buen derecho

TESAU indica en su escrito que quiere lanzar este servicio debido a que *“el negocio tradicional de las telecomunicaciones fijas está experimentando un acusado retroceso debido, entre otros factores, a la sustitución progresiva del mismo por otras tecnologías, fundamentalmente la telefonía móvil. En este sentido, se viene observando la reticencia cada vez mayor de los clientes a contratar nuevas líneas cuando éstas son para ubicaciones en viviendas de utilización esporádica o periódica, entre las que se encuentran las viviendas de segunda residencia.”*

En primer lugar cabe matizar la afirmación de TESAU en su escrito cuando indica que *“el negocio tradicional de las telecomunicaciones fijas está experimentando un acusado retroceso”*. Esta afirmación no se corresponde con la realidad del mercado de acceso ni por número de accesos ni por ingresos. Concretamente, en el tercer trimestre de 2005 había aproximadamente 18.322.000 accesos, mientras que en el año anterior, el número de accesos instalados era aproximadamente 18.215.000. Así pues, hubo un ligero incremento entorno a un 1%. De la misma forma, los ingresos por Altas y Abonos mensuales aumentaron en un 3% para el mismo período (con crecimientos a lo largo de todo el año)¹.

El nuevo servicio propuesto por TESAU supone una reducción del **CONFIDENCIAL [...]**

Un operador alternativo puede emular el servicio de acceso bien mediante la Oferta del Bucle de Abonado o bien con su propia infraestructura. La oferta de servicio disponible en el mercado en este último caso es básicamente la de los operadores de cable. El grado de desarrollo del bucle totalmente desagregado no permite hoy en día constituir una alternativa, teniendo en cuenta el pequeño ARPU del servicio telefónico.

A mayor abundamiento, aún en el supuesto de que el bucle desagregado fuese una alternativa, TESAU, con este servicio, estaría incurriendo en una práctica de estrechamiento de márgenes al vender a nivel minorista la línea de la RTB por debajo de los precios mayoristas necesarios para replicar dicho servicio. Así el precio minorista fijado por TESAU para este servicio, **CONFIDENCIAL [...]** euros/mes, tendría un margen negativo del **CONFIDENCIAL [...]**% al venderse a nivel mayorista por 11,35² €. Así pues, este servicio de TESAU no sería emulable directamente a través de los servicios mayoristas contenidos en la OBA, ya que para ello, los operadores alternativos deberían subvencionar el coste del *alquiler del par*. En estas circunstancias, un operador alternativo, que

¹ Igualmente, los ingresos acumulados provenientes del “negocio tradicional” (correspondiente básicamente a acceso más tráfico) en los primeros tres trimestres del 2005 aumentaron un 1% respecto los mismos datos del 2004.

² Éste es el precio mayorista para el alquiler del par que contempla la OBA, aunque no es el único coste que debe asumir un operador alternativo para emular el servicio de acceso ya que requiere de equipos y material adicional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

haya desagregado bucle no sería capaz de emular la oferta de TESAU a no ser que fuese mediante los ingresos recurrentes obtenidos mediante la prestación de otros servicios, como por ejemplo el tráfico telefónico. A este respecto, la obtención de ingresos adicionales mediante los otros servicios no está exenta de incertidumbre ya que en mercados minoristas con presión competitiva podría ser difícil obtener rentas supranormales que permitieran compensar la subvención del acceso. Adicionalmente, los operadores alternativos siempre compiten con TESAU ya que éste está presente en todo el territorio nacional, mientras que hay zonas donde TESAU no tiene que hacer frente a esta competencia en acceso. En este sentido, TESAU puede apalancarse en los ingresos conseguidos en áreas sin competencia para dañar a los competidores en aquellas áreas donde sí existe competencia mediante el acceso al bucle.

En la Resolución de esta Comisión de 23 de marzo de 2006 (publicada en el B.O.E. nº 87 de 12 de abril de 2006), se aprobó la definición y análisis de los mercados de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones. En dicha Resolución se concluye que estos mercados no son realmente competitivos y se identifica a TESAU como operador con poder significativo en los mismos, imponiéndose las correspondientes obligaciones, entre las que se encuentran aquéllas relativas a la provisión de los servicios al por menor. En concreto, en el anexo 2.3 se establece que TESAU no podrá comercializar ofertas minoristas, tanto generales como personalizadas, que impliquen riesgos para la libre competencia. Estas ofertas se pueden instrumentalizar vía reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios), práctica que realizaría TESAU con este servicio de la manera en que se ha descrito anteriormente, o también vía prácticas discriminatorias³. En efecto, tal y como señala la normativa vigente, la discriminación del consumidor, consistente en la no aplicación de las mismas condiciones comerciales sin justificación objetiva (y no es una justificación objetiva idónea la de estimular la contratación de una segunda línea, cuando el descuento del **CONFIDENCIAL** [...] % de la cuota de abono no se justifica en términos de ahorros de costes, sino en una práctica que no puede ser reproducida con elementos mayoristas de TESAU por parte de sus competidores), es un acto de abuso de su poder de mercado⁴. En el mismo sentido, y para el segmento empresarial, constituye abuso de posición dominante la aplicación de condiciones desiguales para

³ TESAU incurriría en una práctica discriminatoria con este servicio ofreciendo precios diferentes a diferentes clientes. Por ejemplo, podría haber dos clientes empresariales, uno de los cuales podría tener 2 líneas en el mismo domicilio pagando 13,43 €/mes*2= 26,86 €/mes y el otro teniendo 2 líneas también pero en diferentes domicilios **CONFIDENCIAL** [...] €/mes con este servicio. El primer cliente sería discriminado con respecto a las condiciones que obtiene el segundo por la prestación de los mismos servicios, sin que hubiera una justificación objetiva para ello.

⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE num. 10, 11.1.1991).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros⁵.

El impacto potencial sobre el mercado de acceso de este servicio podría ser elevado, teniendo en cuenta que podría afectar a una parte del segmento negocios (**CONFIDENCIAL [...]**), y muchas de las empresas que tienen más de una delegación se podrían beneficiar de este servicio. Adicionalmente, las familias que tienen una segunda residencia con línea o aquellas que con el nuevo servicio la contratarían, sólo podrían aprovechar este precio si en ambas residencias, la habitual y la segunda, tuviesen contratadas las líneas con TESAU (lo cual podría constituir una fidelización anticompetitiva). Así pues, los operadores alternativos al no poder replicar dicha oferta perderían clientes en favor de TESAU⁶, lo que produciría un efecto de expulsión de operadores alternativos del mercado y recortaría las posibilidades de entrar a nuevos operadores, teniendo así, un efecto de cierre del mercado. Este impacto en el mercado se vería amplificado ya que los clientes con segundas residencias pertenecen a la parte alta del segmento residencial en cuanto a ingreso medio se refiere.

Un elemento muy importante a tener en cuenta es que el mercado de acceso es la puerta de entrada a otras fuentes de generación de ingresos, que pueden llegar a ser incluso más atractivas que las derivadas del propio acceso, en consecuencia, se convierte en un elemento esencial y estratégico para los operadores permitiéndoles, en el caso de disponer de una red acceso propia, configurar ofertas comerciales muy específicas que satisfagan cada una de las necesidades de comunicación de cada segmento que configura la demanda potencial en otros mercados conexos. Así pues, cualquier efecto anticompetitivo en este mercado podría tener consecuencias amplificadas en dichos mercados.

Esta práctica realizada por TESAU, empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado, perjudicaría a los consumidores a largo plazo ya que debilitaría la competencia existente en el mercado donde ya existen barreras de entrada e incrementaría éstas últimas en el mercado de acceso y por ende en los conexos donde TESAU ostenta una posición predominante. Así pues, esta práctica sería anticompetitiva por cuanto tendría efectos excluyentes perjudiciales para la competencia.

TESAU, en su condición de operador con poder significativo de mercado en los mercados de acceso debe cumplir las siguientes obligaciones:

⁵ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

⁶ El precio total que pagaría un cliente en concepto de acceso para 2 líneas sería de **CONFIDENCIAL [...]**€/mes. El operador que desagregase bucle pagaría a TESAU un precio mayorista para esas 2 líneas de 22,7€/mes. Así, el operador alternativo no sólo se vería mermado para competir por la segunda línea, sino que podría perder el cliente que tuviera con el la línea de la residencia habitual para poderse adscribir al servicio de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 1.- Obligación de selección de operador
- 2.- Obligación relativa a la provisión de los servicios de acceso al por menor en condiciones reguladas
- 3.- Obligaciones relativas a la provisión de los servicios al por menor
- 4.- Obligación de transparencia en relación con los precios minoristas
- 5.- Obligación de separación contable y contabilidad de costes en relación con los servicios de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija

En conclusión, TESAU estaría incumpliendo el punto tercero de las obligaciones que tiene impuestas ya que no puede comercializar ofertas minoristas que impliquen riesgos para la libre competencia. Por un lado, TESAU discriminaría a los clientes al cobrar precios diferentes para transacciones equivalentes. Por otro, aplicaría reducciones de precios anticompetitivos ya que los operadores alternativos no serían capaces de emular el servicio planteado por TESAU mediante los elementos mayoristas contenidos en la OBA y por lo tanto, TESAU, con el lanzamiento de este servicio, podría estar provocando un efecto de cierre de mercado. Efectivamente, TESAU estaría reduciendo la demanda potencial y la base de clientes de estos operadores alternativos, y desincentivaría la entrada de nuevos operadores con este comportamiento estratégico.

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.

En efecto, la oferta del operador dominante TESAU cierra el mercado reduciendo la demanda potencial para los operadores alternativos y desincentivando la entrada de nuevos *agentes* con su comportamiento estratégico, incumpliendo con las obligaciones impuestas por ser operador con poder significativo de mercado en los mercados 1 y 2 de la recomendación de la CE, concretamente aplicando reducciones de precios anticompetitivos y discriminando a los clientes.

TESAU podría lanzar este servicio de forma inminente con lo que se hace necesario, cautelarmente, paralizar el mismo debido a los efectos anticompetitivos puestos de manifiesto. De no adoptarse esta medida, numerosos clientes se podrían adscribir al servicio propuesto por TESAU y de esta manera cerrar el mercado a los operadores alternativos, o incluso arrebatárles parte de su actual cartera de clientes con este servicio que no pueden emular. En este punto hay que destacar los elevados costes de captación de clientes que supone un usuario. Por lo que cualquier cliente que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

migre de nuevo a TESAU supondría una pérdida relevante para sus competidores y debido a los altos costes de cambio de operador, seguramente no volverían con el operador alternativo una vez se dicte la Resolución definitiva. Por tanto, el daño que a la competencia puede causar la comercialización de estas promociones justifica la necesidad y la urgencia de la medida cautelar.

Así las cosas, es evidente la necesidad y urgencia inaplazable de las medidas cautelares que aquí se establecen, a fin de garantizar que el efecto de la Resolución que se dicte finalmente no quede mermado en lo referente a los mercados analizados.

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 a tenor de la evolución de la demanda de los servicios de acceso.

Esto es, el perjuicio que supone para TESAU no implica una merma en su capacidad de competir, dado que posee todavía una clarísima posición de dominio en el mercado de acceso. En contraposición, dejar que TESAU aplicara la promoción podría suponer serios perjuicios en el mercado, como se ha comentado.

De este modo, la paralización temporal del servicio objeto de estudio no supondrá una merma en la capacidad de competir de TESAU ni un perjuicio irrecuperable para TESAU.

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

ACUERDA

Único.- Se impone a TESAU, en sede cautelar, la paralización de la comercialización del servicio consistente en una línea para segundas residencias a un precio de cuota de abono mensual reducida con el fin de poder determinar si se está incumpliendo la obligación de no comercializar ofertas minoristas que impliquen riesgos para la libre competencia.



COMISION DEL MERCADO 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.

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

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera