



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 20/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de junio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2007/297**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO A RESULTAS DE LA DENUNCIA DE DIAL DIRECT TELECOM, S.L. CONTRA LUNA DE COS, S.L. POR EXPLOTACIÓN DE REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS SIN CUMPLIR CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA SECTORIAL DE TELECOMUNICACIONES.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Denuncia de DIAL DIRECT TELECOM, S.L.

Con fecha 7 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de DIAL DIRECT TELECOM, S.L. (en adelante, "Dial Direct") en virtud del cual denuncia a LUNA DE COS, S.L. (en adelante, "Luna de Cos") por ejercer en el mercado de las telecomunicaciones desde el año 2004 sin cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sectorial de telecomunicaciones que resultan exigibles para la realización de dichas actividades y por utilizar publicidad engañosa.

En concreto, Dial Direct manifiesta que Luna de Cos posee una estrategia de marketing que *"se basa en tele marketing directo y comerciales en la calle,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

convenciendo al consumidor que ellos son BT (British Telecom), sin reconocer que son simples agentes autorizados”.

Segundo.- Apertura del período de información previa

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de marzo de 2007 se informó a Dial Direct y Luna de Cos de la apertura del período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, se dio traslado del expediente, y se les concedió un plazo de 10 días para formular alegaciones.

Asimismo, se requirió a Luna de Cos para que informe a esta Comisión sobre lo siguiente:

“- La Actividad a la que se dedica, en concreto explicación detallada de la oferta de productos y servicios que ofrece, así como su descripción comercial.

-Indicar si explota alguna red y, en su caso, la tecnología utilizada.

-Vinculación comercial y contractual con BT España Compañía de Servicios globales de Telecomunicaciones, S.A.U. y con Telefónica de España, S.A.U.”

Tercero.- Requerimiento de BT España

Siendo necesario para la determinación y conocimiento de los hechos puestos de manifiesto, con fecha 16 de marzo de 2007, se requirió a BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, “BT España”) información detallada, con aportación de la correspondiente documentación acreditativa sobre la siguiente cuestión:

“-Indicar la relación contractual y comercial de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. con al entidad Luna de Cos, S.L.”

Cuarto.- Contestación al requerimiento de información

Con fecha 16 de abril de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de BT España por el cual contestó al requerimiento de información manifestando que Luna de Cos actúa como Agente de Ventas de BT España. Asimismo, aportó copia del Contrato de Agencia de 23 de marzo de 2005 suscrito con Luna de Cos y solicitó la confidencialidad de la información sobre las condiciones comerciales y económicas del referido contrato.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Alegaciones de Luna de Cos

Con fecha 20 de abril de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Luna de Cos en el que realizó las siguientes alegaciones en contestación al requerimiento de información llevado a cabo por esta Comisión:

- Luna de Cos comercializa todos los productos y servicios de BT y Arrakis (BT/empresas.es) con autorización expresa de esta compañía.
- Que no explota ninguna red, sino que trabaja a través de acceso indirecto con productos y servicios de BT España.
- Que no trabaja con Telefónica de España, S.A.U.

Asimismo adjuntó Contrato de Agencia, a los efectos de acreditar las alegaciones manifestadas.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Calificación de los escritos presentados por Dial Direct

El escrito presentado por Dial Direct ante esta Comisión el día 7 de marzo de 2007, constituye una denuncia, por la que se ponen en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en el artículo 53.t de la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, "LGTel"), consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en dicha ley y su normativa de desarrollo.

El artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 58 de la LGTel, determina que:

"1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.

En el escrito presentado se alude a una supuesta prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de Luna de Cos, sin haber realizado la notificación a la que se refiere el artículo 6 de la LGTel. En consecuencia, y de acuerdo con el precepto transcrito, ha de calificarse el escrito de referencia como una denuncia a fin de examinar, en consideración a las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, si procede iniciar o no el correspondiente expediente sancionador.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Los artículos 48.3.j) y 50.7 de la LGTel consagran como función de la Comisión, el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en esa Ley.

Para determinar si es competente esta Comisión para resolver acerca de la cuestión planteada en la denuncia, ha de analizarse si la conducta descrita se puede considerar como una conducta sancionable por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

A este respecto, el artículo 53. t de la LGTel establece que se considerarán infracciones muy graves:

“t) La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo”.

En lo relativo a la competencia para sancionar la referida infracción, la LGTel dispone en su artículo 58 que la competencia sancionadora corresponderá:

“a) A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53”.

De acuerdo con lo anterior, cabe concluir la competencia de esta Comisión para incoar y conocer sobre la supuesta infracción que se denuncia, y, consecuentemente, la competencia para decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento sancionador, según lo dispuesto en el artículo 11.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa

a) Naturaleza del periodo de información previa

El artículo 69.2 de la LRJPAC establece que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. Esta misma previsión y en idénticos términos viene recogida en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

El periodo de información previa es un trámite administrativo destinado a evitar los efectos negativos que pueden causarse a los afectados por la apertura de un procedimiento sancionador de forma automática con la mera presentación de una denuncia. El trámite de diligencias previas responde, por tanto, a razones elementales de prudencia, tratando de evitar que la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento, que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente, provoque perjuicios para los afectados.

En coherencia con lo anterior, y partiendo de la repercusión que la apertura inadecuada de un procedimiento sancionador puede presentar en la esfera jurídica del afectado, han de ponerse en juego buena parte de estos principios con carácter previo a la apertura del procedimiento para evitar, en la medida de lo posible, una apertura inadecuada del mismo. Será, por tanto, necesario adoptar en la valoración de las alegaciones y de la documentación aportada por las partes similar actitud a la que exigiría en el curso del procedimiento sancionador si llegara a iniciarse, sopesando su valor a la luz de los principios de la potestad sancionadora recogidos en el Título IX de la LRJPAC que han de ser tenidos también ahora en consideración.

b) Valoración en relación con la prohibición de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa sectorial

Sobre la base de las denuncias presentadas por Dial Direct, esta Comisión inició un período de información previa con objeto de verificar los hechos controvertidos y determinar si podían ser considerados suficientes para proceder a la apertura de un procedimiento sancionador.

De conformidad con las copias del Contrato de Agencia aportadas por Luna de Cos y por BT España en sus respectivos escritos de contestación a los requerimientos de información formulados por esta Comisión, ambas entidades han suscrito el referido contrato con fecha 23 de marzo de 2005. Dichos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

documentos acreditan que Luna de Cos actúa como Agente de Ventas de BT España, constituyendo el objeto contractual *“la realización por parte del Agente de la actividad de búsqueda, captación y todas las tareas ligadas a la contratación de los Servicios entre BT y sus Clientes a cambio de una remuneración, en un territorio concreto, y durante la vigencia”*. Los mencionados servicios son los de telefonía fija por acceso indirecto, servicios para locutorios y servicios de acceso 900.

La regulación del contrato de agencia tiene lugar, al margen del Código de Comercio, en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia, que vino a incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (en adelante, *“Ley de Agencia”*).

De acuerdo con el artículo 1 de la citada Ley, *“por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”*.

A su vez, la exposición de motivos de la Ley de Agencia, destaca, entre otros, como rasgos definitorios del contrato de agencia:

- (i) El agente comercial no actúa por cuenta propia, sino por cuenta ajena, y cuando concluye actos y operaciones de comercio debe hacerlo en nombre del principal, y;
- (ii) El carácter retribuido del agente. Esta remuneración consiste generalmente en una comisión calculada sobre la base de un porcentaje del precio de la transacción negociada por el agente.

Sobre la posible asunción de riesgos, si bien no se trata de un elemento esencial del contrato de agencia (el artículo 1 de la Ley de Agencia permite pacto en contrario a este respecto), sí resulta un elemento natural del negocio el que el agente no asuma el riesgo o ventura de las operaciones.

En este punto, es preciso traer a colación la interpretación que el Derecho Comunitario de la Competencia hace del contrato de agencia y su distinción de la figura del revendedor independiente, en el comúnmente denominado Reglamento de Exención por Categorías (en adelante, *“REC”*)¹ y, sobre todo, en las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales² (en lo sucesivo, *“las Directrices”*).

¹ Reglamento 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. (DO L 336 de 29/12/1999).

² DO C 291 de 13/10/2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con dichas Directrices, el acuerdo de agencia se considera como un genuino acuerdo de agencia si el agente no asume riesgo alguno, o éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad. Así, el principal asume los riesgos financieros y comerciales correspondientes y el agente no ejerce ninguna actividad económica independiente en relación a las actividades para las que ha sido designado como tal por el principal, por lo que resulta determinante a efectos de la calificación de un contrato como de agencia si el agente asume o no el riesgo de las operaciones, quedando, en consecuencia, excluido del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del TCE.

La Comisión Europea, en sus Directrices, apunta que la cuestión del riesgo ha de evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo.

En las mismas directrices da unas indicaciones de los casos en los que, por lo general, existirá un genuino contrato de agencia excluido del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del TCE. Uno de ellos será *“cuando la propiedad de los bienes objeto del contrato comprados o vendidos no le sea conferida al agente o el agente no preste directamente los servicios objeto del contrato y cuando el agente:*

- *no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato (...),*
- *no esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas (...),*
- *no mantenga, corriendo personalmente con los costes y riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de las mismas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos de que el agente sea responsable por negligencia (...),*
- *no cree o explote un servicio de posventa, de reparación o de garantía, a menos que el principal le reembolse la totalidad de los gastos en que incurra,*
- *no realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación de personal (...),*
- *no asuma responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido, a menos que, como agente, sea responsable por negligencia al respecto,*
- *no asuma responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que éste sea responsable por negligencia al efecto (...).”*

De acuerdo con lo anterior, se consideran contratos genuinos o de agencia propiamente dichos aquellos en los que el agente no se implica económicamente en la actividad del principal. Así, a modo de ejemplo, dicha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

circunstancia puede producirse no contribuye a sufragar los costes derivados de la actividad, no está obligado a intervenir en promociones de ventas, no mantiene existencias de bienes corriendo con los costes de financiación y de pérdida de ellas, devolviendo los bienes no vendidos al empresario principal, no realiza inversiones en material o personal, o no responde frente a terceros por los daños causados o frente a los clientes por el incumplimiento del contrato.

En cuanto al contenido del contrato de agencia, tal y como se contempla en la Ley de Agencia, pueden destacarse como obligaciones del agente la de aplicarse con la diligencia de un ordenado comerciante (artículo 9.1 de la Ley de Agencia), con arreglo a las instrucciones recibidas del empresario, comunicar al empresario toda la información que le pueda ser relevante, especialmente la relativa a la solvencia de las personas con quienes contrate, así como recibir en nombre del empresario, reclamaciones de terceros relativas a bienes vendidos o a servicios prestados.

El empresario principal deberá satisfacer al agente la remuneración pactada (artículo 10.2.c) de la Ley de Agencia) y poner a su disposición toda la documentación, material e información que pueda necesitar para desarrollar su cometido, advirtiéndole especialmente de cualquier previsión de descenso del volumen de operaciones que el agente hubiese podido esperar (artículo 10.2 a) y b) y poniendo en su conocimiento en el plazo de 15 días la aceptación o el rechazo de la operación (artículo 10.3).

Por último, conviene destacar la indemnización por clientela que contempla el artículo 28 de la Ley de Agencia, en cuyo apartado primero se prevé que en caso de extinción del contrato de agencia, *“el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”*.

En conclusión, son notas que caracterizan el contrato de agencia, las siguientes:

- La relación contractual entre el agente y el empresario principal es continuada o estable.
- El agente actúa necesariamente por cuenta del empresario principal, promoviendo actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o promoviéndolos y concluyéndolos por cuenta y en nombre ajenos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El empresario pagará al agente una remuneración.
- En cuanto a las obligaciones del agente, debe atenerse en el desempeño de la agencia a las instrucciones del empresario principal, actuar con diligencia, comunicar al empresario toda la información que le pueda ser relevante y recibir en nombre del empresario, reclamaciones de terceros relativas a bienes vendidos o a servicios prestados.
- El riesgo de las operaciones lo asume, salvo pacto en contrario, el empresario principal.
- El empresario debe poner a su disposición toda la documentación, material e información que pueda necesitar para desarrollar su cometido.
- También corresponde al empresario pagar una indemnización al agente ante la extinción del contrato cuando el agente hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente.

Todas estas notas características mencionadas se encuentran recogidas en el Contrato de Agencia entre BT España y Luna de Cos, es decir, constituyen el contenido esencial de la relación jurídica existente entre ambas entidades.

En relación con la continuidad y estabilidad de la relación contractual, la cláusula 3.1 establece que el contrato *“se pacta por un plazo de un (1) año, prorrogándose de forma automática año a año salvo que cualquiera de las partes notifique su intención de extinguirlo con el preaviso”*.

Asimismo, y respecto de la diligencia del Agente en el cumplimiento del objeto contractual, de acuerdo con las instrucciones recibidas por el empresario, el Contrato dispone en su cláusula 2.2. que *“sujeto a los términos y condiciones de este acuerdo, BT nombra al Agente no exclusivo para la promoción, desarrollo, cualificación, gestión y seguimiento de las oportunidades de venta del Servicio”(…)* reservándose el derecho *“a restringir al Agente la actividad de venta y comercialización sobre determinadas entidades, y en particular, sin ser limitativo, las entidades consideradas Grandes Cuentas por BT (más de 100 empleados) (…)*

Por otra parte, y en cuanto a las obligaciones del empresario principal, la cláusula 5 dispone que BT deberá *“satisfacer la remuneración pactada que se define concretamente en el Anexo 2 al presente contrato”* y *“podrá modificar las comisiones contenidas en dicho Anexo, previa comunicación por escrito al Agente en este sentido con una antelación de al menos 15 días”*. Asimismo, deberá *“poner a disposición del Agente en al cantidad que razonablemente sea posible, catálogos, tarifas y demás documentación e información para que el Agente lleve a cabo su actividad conforme con este Contrato”* y *“tendrá derecho a revisar y cambiar las*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

especificaciones del Servicio, así como cualquier otra información publicada o entregada al Agente”.

En materia de indemnizatoria, BT deberá indemnizar al Agente *“por cualquier tipo de reclamación que contra ella se realice por un tercero a raíz de este Contrato, cuando tal reclamación haya sido causada por la negligencia, incumplimiento contractual de BT”.* Dicha responsabilidad por todos los conceptos de BT y del Agente estará limitada al importe total de las cantidades pagadas en virtud del presente Acuerdo o que hubieran debido pagarse en caso de lograrse los objetivos del Agente (Cláusula 8.3).

Finalmente, Luna de Cos, en su condición de Agente, tiene como obligación *“actuar lealmente y de buena fe velando siempre por los intereses u operaciones que BT le confíe y haciendo todos los esfuerzos que sean razonables para buscar, promover, desarrollar, cualificar, arreglar y seguir las oportunidades de venta existentes en el mercado, de manera que se alcancen los objetivos especificados en el Anexo 4 Plan comercial”* (Cláusula 6.1).

En definitiva, realizadas las comprobaciones oportunas, no ha quedado acreditado que Luna de Cos explote redes o preste servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir con los requisitos exigidos por la normativa sectorial de telecomunicaciones. Puesto que Luna de Cos es, en realidad, un Agente de BT España, siendo este último el único que debe considerarse operador de comunicaciones electrónicas.

CUARTO.- Utilización de publicidad engañosa por parte de Luna de Cos.

Dial Direct manifiesta que la estrategia de Luna de Cos consiste en convencer al consumidor que *“ellos son BT (British Telecom) sin reconocer que en realidad son simples agentes autorizados”*(...) denunciando, por tanto, el uso de *“publicidad engañosa que lleva al consumidor una mala interpretación”.*

Como se ha reiterado en diversas Resoluciones de esta Comisión, los comportamientos de mera deslealtad competitiva pertenecen a una esfera competencial ajena a sus funciones y atribuciones. El legislador le habilita para conocer y pronunciarse a título principal con relación a comportamientos que atentan contra la libre competencia, pudiendo adoptar las medidas necesarias para restablecer el juego competitivo. Las conductas desleales no vulneran *“per se”* los niveles de competencia efectiva en los mercados afectados. Sin embargo, sí que son susceptibles de constituir un falseamiento de la misma. Así, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en su artículo 7, así como la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 3 de noviembre de 1995, prevén la posibilidad de que un comportamiento desleal vulnere las exigencias de la libre competencia si la conducta en cuestión rebasa el ámbito de la mera deslealtad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y tiene un impacto significativo sobre el mercado, perturbando sensiblemente su normal funcionamiento.

Es la presencia de este nexo indirecto y cualificado lo que legitima la intervención de esta Comisión en materia de competencia desleal, intervención ésta que se efectuará no a título principal, como corresponde a los tribunales ordinarios, sino a título incidental, a los efectos de resolver sobre una conducta anticompetitiva provocada por un comportamiento desleal de especial relevancia.

En el caso que nos ocupa, al margen de cuál sea la calificación jurídica de las prácticas publicitarias de Luna de Cos en el marco de la competencia desleal y de la publicidad engañosa, esta Comisión estima que los hechos puestos de manifiesto por Dial Direct no son susceptibles de distorsionar de manera sensible la libre competencia en los diferentes mercados nacionales de telefonía en los que interviene como Agente de BT España ni, en consecuencia, de afectar al interés público.

Por otra parte y de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Agencia acompañado por Luna de Cos y BT España, esta última entidad autorizó a la primera a la utilización de las Marcas BT con el propósito de cumplir con las obligaciones pactadas en este contrato.

Expresamente la cláusula 10.4 del referido contrato dispone lo siguiente:

“El agente no utilizará ni inscribirá (bien como marca registrada, marca de servicio, nombre comercial, nombre de empresa o de otra manera) ni realizará ningún negocio o comercio, ni permitirá a tercero así utilizar o inscribir o realizar ningún negocio o comercio, bajo cualquier nombre, marca o logotipo que incorpore o sea confusamente similar o idéntico a las Marcas o cualquier otra marca, logotipo o nombre perteneciente a cualquier empresa del Grupo BT”.

Dial Direct no aporta prueba alguna sobre el comportamiento de Luna de Cos en relación con la utilización de publicidad engañosa, ni existen indicios suficientes de tal comportamiento denunciado, de acuerdo con las actuaciones llevadas a cabo en el período de actuaciones previas.

No obstante lo anterior, el comportamiento publicitario de Luna de Cos no rebasaría el ámbito de la mera deslealtad, debiendo en consecuencia ser analizado por los tribunales ordinarios de la jurisdicción civil a la luz de la normativa vigente en materia de competencia desleal y publicidad engañosa, y, en su caso, por los tribunales ordinarios de la jurisdicción mercantil por el presunto incumplimiento del Contrato de Agencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Confidencialidad

BT España presentó escrito de fecha 16 de abril de 2007 al que acompaña copia del Contrato de Agencia suscrito el 23 de marzo de 2005 con Luna de Cos, y solicitó la confidencialidad de la información sobre las condiciones comerciales y económicas del referido contrato.

Sobre dicha solicitud, la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel establece que *“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad nacional de Reglamentación. Cada Autoridad decidirá, de forma motivada y a través de resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.

A su vez, el artículo 9.1. de la LGTel señala en su último inciso que *“Las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial”*. Ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, cabe señalar que el artículo 46 de la mencionada LGTel dispone que, tendrá la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones, entre otras, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por lo que, en virtud de lo señalado en los artículos anteriores, ha de analizarse si efectivamente la difusión de la información citada podría perjudicar a dicha operadora en el presente procedimiento por afectar a su secreto comercial o industrial.

A tales efectos, si bien no existe en el ordenamiento jurídico español, una norma que regule de forma directa y exhaustiva el llamado secreto comercial o industrial, puede tenerse en cuenta en el presente caso lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53,54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) Nº 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre información confidencial.

En efecto, la Comisión establece en el punto 3.2.1 18 de la citada Comunicación, que *“cuando la divulgación de información sobre la actividad*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera, relativa a los conocimientos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.”

Pues bien, analizada la información contenida en el Contrato de Agencia aportado por BT España, esta Comisión ha estimado, previa ponderación entre el interés de la entidad en que se declare su confidencialidad y el beneficio posible de los operadores autorizados a conocer el contenido de la misma, la procedencia de declarar la confidencialidad de los siguientes documentos:

- Las condiciones económicas y comerciales bajo las cuales se presta el servicio de Agencia. En particular los siguientes anexos del contrato:
- Anexo 1. Servicios a Distribuir y Funcionalidades
- Anexo 2. Comisiones
- Anexo 4. Plan Comercial
- Anexo 5. Datos del Agente
- Anexo 8. Promoción de los Servicios a través de Tienda BT
- Anexo 9. Medidas de seguridad exigibles en los contratos de nivel básico.

Debe declararse la calificación de confidencial de los referidos datos, pues los mismos contienen información de especial carácter estratégico, constitutivo de su secreto comercial. En efecto, el análisis ha revelado que el posible beneficio que podría aportar al resto de interesados conocer tal información es de entidad mínima en relación con los presuntos perjuicios que, sobre la estrategia comercial de los operadores cuyos datos se proporcionan, se podrían producir con la revelación del contenido de los apartados citados.

Por ello, se declara la confidencialidad de los datos así señalados en la propia Resolución respecto de todos los interesados y terceros del presente procedimiento.

A la vista de las actuaciones practicadas, cabe concluir que, en el marco de la presente información previa, no se ha concretado circunstancia alguna que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

permita determinar la necesidad de iniciar ningún procedimiento en relación con los hechos expuestos.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- No iniciar un procedimiento sancionador contra LUNA DE COS, S.L. y proceder al archivo de la denuncia presentada.

Segundo.- Declarar la confidencialidad de los Anexos 1, 2, 4, 5, 8, y 9 del Contrato de Agencia de 23 de marzo de 2005 suscrito entre BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. ESPAÑA y LUNA DE COS, S.L.

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 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer