



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 nº 27/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de julio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/5952 INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 24 DE ENERO DE 2002.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado a la entidad Telefónica de España, S.A.U. por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 24 de enero de 2002 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador y las alegaciones presentadas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 27/02 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 23 de julio de 2002, recaída en el expediente AJ 2002/5952

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por Acuerdo de 24 de enero de 2002, y en el marco del expediente MTZ 2001/4138 sobre comercialización de Grupo Cerrado de Usuarios por Telefónica de España, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó iniciar el expediente sancionador de referencia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica), como presunta responsable directa de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), por el incumplimiento del Resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La imputación de la mencionada infracción tuvo su origen en la denuncia presentada por la entidad MADRITEL COMUNICACIONES, S.A., (en adelante, MADRITEL), de fecha 14 de febrero de 2001, en virtud del cual se dirigió a esta Comisión poniendo de manifiesto la conducta de Telefónica con relación a la aplicación de determinados descuentos sobre el servicio telefónico disponible al público a empresas asociadas a la Asociación de Empresarios del Henares (en adelante, AEDHE).

MADRITEL afirmaba que tuvo conocimiento de la firma por parte de la AEDHE y Telefónica de un convenio de colaboración que permitía a las empresas asociadas a dicha asociación beneficiarse de reducciones de hasta el 40% en las llamadas nacionales; el 38% en las provinciales y entre el 20 y el 40% en las llamadas internacionales.

En atención a ello, MADRITEL solicitó la intervención de esta Comisión a los efectos de comprobar si, efectivamente, se estaban ofreciendo los citados descuentos a las empresas asociadas a la AEDHE y a que, en caso de que así fuera, sea incoado expediente sancionador contra Telefónica por incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 8 de junio de 2000 y 16 de septiembre de 1999.

SEGUNDO. La entidad Telefónica suscribió con la asociación AEDHE un acuerdo de colaboración comercial en virtud del cual dicha asociación actuaría como mediadora en la contratación del servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios prestado por Telefónica. Para ello, los grupos serían constituidos al efecto por cada una de las entidades integrantes de la AEDHE que lo soliciten, con sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores.

En el marco del convenio de colaboración mencionado anteriormente, la asociación AEDHE suscribió con Telefónica un convenio de adhesión con el fin de que se le aplicara al GCU por ella constituido las condiciones generales de GCU acordadas anteriormente por dicha asociación y Telefónica.

De acuerdo con la lista adjunta al convenio de adhesión, el GCU de la asociación AEDHE se constituyó por personas físicas y entidades asociadas a ella, además de con proveedores y trabajadores, que se relacionan a continuación:

NIF

TITULAR

.....

..... **SOCIO**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

..... SOCIO

..... SOCIO

..... SOCIO

..... RELACION DE TRABAJO

..... SOCIO

..... SOCIO

..... SOCIO

..... SOCIO

..... RELACION DE TRABAJO

..... SOCIO

..... SOCIO

..... SOCIO

..... SOCIO

..... PROVEEDOR

..... SOCIO

..... RELACION DE TRABAJO

TERCERO. Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción del expediente MTZ 2001/4138 iniciado al efecto, se llegó a la conclusión de que había elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justificaban la iniciación de un procedimiento sancionador contra Telefónica por el presunto incumplimiento del Resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Asimismo, se concluyó que dicho incumplimiento podía ser constitutivo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la LGTel.

Según consta en el expediente (documentos núms. 1, 2 y 3), el acuerdo de iniciación fue debidamente notificado al Instructor del procedimiento sancionador, a Telefónica y al denunciante.

CUARTO. Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento sancionador, se practicaron de oficio por el Instructor del expediente diversas actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos y la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinación de la eventual responsabilidad susceptible de sanción. Dichas actuaciones consistieron en lo siguiente:

A) Nota interna de la Dirección de Ofertas en el Mercado a la Instructora remitiendo el documento original de la Resolución de fecha 24 de enero de 2002 recaída en el expediente MTZ 2001/4138 (documento núm.4).

B) Peticiones de la Instructora dirigidas a los responsables de varias Direcciones de esta Comisión para que remitieran cualquier documentación o información, obrante en sus respectivas Direcciones, que pudiera ser de interés para la mejor instrucción del procedimiento sancionador (documentos núms. 5, y 8 del expediente). La solicitud dirigida a la Dirección de Ofertas en el Mercado fue contestada por esta Dirección mediante escrito del día 31 de enero de 2002 (documento núm.6).

C) Solicitud dirigida al Director de Administración de esta Comisión para que remitiera copia compulsada de la declaración de ingresos brutos del ejercicio de 2001 presentada por Telefónica ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (documento núm.14). Esta solicitud fue cumplimentada mediante escrito de la citada Dirección de fecha 16 de abril de 2002, al que acompaña copia compulsada del documento solicitado (documento núm.15).

QUINTO. Con fecha de 18 de febrero de 2002 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Telefónica (documento núm. 7), por el que se opone al inicio del procedimiento sancionador acordado contra ella por los motivos que básicamente se exponen seguidamente:

Primera.- Nulidad del expediente sancionador.

Tal y como expone Telefónica en este primer punto de sus alegaciones, el expediente MTZ 2001/4138, que se tramitó por esta Comisión y que terminó con la Resolución por la que, entre otras cosas, se acordó abrir procedimiento sancionador contra esa entidad, a su entender, se trata de un expediente sancionador encubierto en el que ya se establece y declara incumplida la Resolución de 8 de junio de 2000 (la existencia de un ilícito administrativo), faltando tan solo la determinación de la cuantía de la multa y haciendo que el presente procedimiento sancionador queda vacío de contenido, al estar predeterminada la resolución final.

Por ello, es por lo que el presente procedimiento sancionador se ha llevado fuera de los cauces procedimentales oportunos y se alega que este procedimiento adolece de nulidad de pleno derecho *al prescindir total y absolutamente de los más elementales principios que han de presidir la potestad sancionadora.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segunda.- Sobre la incompetencia de la CMT para tramitar el expediente sancionador.

Telefónica alega en este segundo punto, que esta Comisión carece de la competencia necesaria para sancionar a esa entidad, puesto que tan solo le puede imputar (a los efectos meramente dialécticos) el incumplimiento de los requisitos exigidos normativamente para la constitución de GCUs, tal y como han sido interpretados por la CMT, lo que en ningún caso es sancionable con medida distinta a la ya emprendida por este organismo de advertirles de la retirada de la licencia habilitante para dicho servicio.

Por ello, a juicio de esa operadora, no se ha producido incumplimiento alguno del requerimiento de la CMT, dado que el único contenido del mismo es el de recordar a esta parte su obligación de cumplir el ordenamiento jurídico, cuestión de la que carece de competencia para sancionar.

Tercera.- Tipificación de la conducta supuestamente infractora.

Telefónica alega que, dado que se le imputa el incumplimiento de una Resolución anterior de esta Comisión, en concreto, el *"presunto incumplimiento del apartado tercero del Resuelve de la Resolución de 8 de junio de 2000, dictada en el expediente ME 1999/1444*, en dicha prohibición se aprecia una excesiva amplitud e inconcreción, que resulta altamente discutible como configuradora de una supuesta infracción administrativa.

Para argumentar tal afirmación, la entidad Telefónica analiza la misma de forma desglosada de la siguiente manera:

Conductas prohibidas por las Resoluciones de la CMT

Para determinar si efectivamente se ha vuelto a realizar una posible práctica igual a la que se prohibió en el procedimiento que dio origen a la Resolución de 8 de junio de 2000, Telefónica considera necesario analizar precisamente esta Resolución, llegando a la conclusión de que las limitaciones que dicha decisión imponen al operador son las siguientes:

1. *Que no cabe concluir acuerdos considerando que el mero vínculo asociativo constituye una actividad en común que justifique la composición de un GCU.*
2. *Que no es conforme al Ordenamiento jurídico establecer un GCU en el que las asociaciones empresariales constituyan el núcleo común al que se incorporan sus entidades asociadas, por el mero hecho de serlo.*

Inexistencia de incumplimiento, por Telefónica de España, de las limitaciones impuestas por la CMT en su Resolución de 8 de junio de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este punto se analiza si las limitaciones a las que se hace referencia anteriormente han sido vulneradas ahora por este operador en el marco del expediente MTZ2001/4138.

Telefónica alega que no ha incumplido dichas limitaciones mediante la creación de GCUs entre una asociación y sus asociados, por las siguientes razones:

- AEDHE está compuesta por, aproximadamente, 1.400 miembros.
- La mayoría de estos miembros no forman parte de este GCU.
- EORUJOP tiene su propio GCU diferente del constituido por AEDHE y sus componentes no son miembros de esa asociación.
- Los miembros del GCU de AEDHE, identificados como "asociados", están en dicho GCU, no por su pertenencia a la Asociación, sino por la existencia de una actividad en común.

Además, Telefónica aclara que, en ningún apartado de la Resolución en cuestión, la Comisión prohíbe que un miembro de una asociación pueda formar parte de un GCU constituido por ésta, si mantiene una actividad con ella. Lo que la CMT prohibía es que la mera pertenencia a la asociación sea un vínculo suficiente para considerar que existe una actividad en común.

En este sentido, y a juicio de esta entidad, *sólo una extensión analógica permitiría incardinar el supuesto analizado en la Resolución de 24 de enero de 2002 en el presupuesto de hecho prohibido por la Resolución de 8 de junio de 2000*. A este aspecto, Telefónica se opone invocando Jurisprudencia Constitucional que declara la aplicabilidad con matices de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, prohibiendo expresamente la aplicación analógica en materia sancionadora. Finalmente, concluye alegando que no se da la supuesta coincidencia de las prácticas prohibidas en la Resolución anterior, puesto que:

1. *La Resolución de 8-6-2000 prohibía que una Asociación formase un GCU con la práctica totalidad de sus asociados, sin mediar otro vínculo más que la pertenencia a dicha Asociación.*
2. *En el supuesto analizado en el expediente MTZ 2001/4138 consiste en la mediación de una Asociación en la contratación de los GCUs que constituyan los miembros de la misma que así lo deseen, y una contratación de la propia Asociación únicamente con aquellos miembros entre los cuales hay una mínima parte de los componentes de la Asociación.*

Falta de inclusión de la existencia del consentimiento expreso y escrito y del deber de investigar o comprobar las condiciones de los miembros del GCU en la normativa reguladora del GCU y en las Resoluciones de la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se parte de la premisa de que, tanto en la Resolución incumplida del 8 de junio de 2000 como la que acuerda iniciar el presente procedimiento sancionador, no se incluye la obligación de exigir el consentimiento expreso y escrito de los componentes del GCU ni el deber de investigar o comprobar las condiciones de sus miembros.

En cuanto al primer punto relativo a la obligación de exigir el consentimiento expreso y escrito de los componentes del GCU, se alega por Telefónica que la misma se incorporó "ex novo" por esta Comisión a lo largo de la instrucción del expediente MTZ 2001/4138, que ha derivado en la apertura del presente procedimiento sancionador, pero no aparece en la Resolución ahora incumplida ni tampoco se exige por la normas de aplicación.

Respecto el deber de investigar o comprobar las condiciones de los miembros de los GCU, también se alega que no es ésta una exigencia recogida en la normativa reguladora de los GCU ni el Resolución ahora incumplida, sino que se trata de otro supuesto creado "ex novo" por la Comisión en el expediente MTZ 2001/4138. Además, manifiesta que el hecho de que este deber de investigar venga establecido en el derecho comparado (derecho francés y portugués) no acredita incumplimiento alguno de la Resolución de 8 de junio de 2000.

No acreditación por la CMT de inexistencia de consentimiento por parte de los integrantes del GCU.

A pesar de lo alegado en el apartado anterior, Telefónica manifiesta en este punto que todos miembros integrantes de los GCU analizados consintieron su inclusión en los mismos. A su juicio, esta circunstancia se deduce de las facturas reclamadas por la CMT a Telefónica y aportadas por ésta al expediente, puesto que en ellas se puede observar que, a todos lo integrantes de los grupos, se les aplicaba los precios de GCU y que al tener conocimiento de ello lo consentían.

Conocimiento, por parte de la CMT, de los contratos suscritos por Telefónica de España con sus clientes y de la operativa con la que ha prestado el servicio de telefonía vocal en GCU en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 8 de junio.

En este apartado, se alega que, en cumplimiento de la Resolución de 8 de junio de 2000, la entidad Telefónica procedió a modificar los contratos suscritos con sus clientes para la prestación del servicio de telefonía vocal en GCU y los notificó a la CMT, sin que hasta la fecha se haya mostrado algún inconveniente a los mismos por parte de ese organismo, por lo que ahora no se le puede imputar incumplimiento alguno relacionado con los mismos.

Por todo ello, Telefónica concluye su escrito manifestando que en modo alguno se ha incumplido la Resolución de la CMT de 8 de junio de 2000, por lo que procederá archivar el presente procedimiento sancionador iniciado contra ella.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO. El Instructor del expediente consideró conveniente, para el examen y mejor conocimiento de los hechos, al amparo de lo establecido en el artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, requerir a la Asociación de Empresarios de Henares (en adelante AEDHE) para que remitiera la siguiente información (documento núm. 9):

- *Que se informe sobre quiénes son los miembros que forman parte del Grupo Cerrado de Usuarios (GCU) constituido por su asociación (AEDHE) con Telefónica de España al amparo del convenio de adhesión y de las condiciones establecidas en el acuerdo de colaboración comercial suscrito entre ambas el día 27 de julio de 2000.*
- *Que se especifique cuál de los miembros que forman el GCU constituido por su asociación tienen la condición de asociados de la misma.*
- *Que se informe sobre el vínculo que les une con los miembros socios que forman el GCU constituido por su asociación.*

Asimismo, y respecto del certificado emitido el 24 de mayo de 2001 por la Secretaria General Adjunta de la asociación, Doña Pilar Fernández Rozado, cuya copia se adjunta al presente escrito, que se informe de lo siguiente:

- *Cuando en el certificado se hace referencia a que el GCU creado por la asociación está compuesto por diferentes personas físicas y jurídicas que responde a los intereses de la asociación, que se especifique con detalle cuáles son los intereses a los que se está refiriendo.*
- *Respecto a las empresas socias de la asociación y a la afirmación de que están vinculadas por movimiento de organización empresarial, que se informe detalladamente en qué consiste este vínculo.*
- *Respecto a la afirmación de que las personas relacionadas responden a relaciones asociativas jurídicas y mercantiles de la organización, que se explique con mayor detalle en qué consisten las mencionadas relaciones asociativas.*

SÉPTIMO. Con fecha 18 de marzo de 2002 tiene entrada en el Registro de esta Comisión, escrito del Secretario General Adjunto de la citada Asociación AEDHE (documento núm. 10) en virtud del cual se procede a contestar el requerimiento de información de la Instructora mencionado anteriormente.

En dicho escrito se contesta de forma separada cada una de los puntos a informar indicándose lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.- Que, según la última relación que AEDHE remitió a Telefónica, seguidamente se indican quiénes son los miembros del GCU formado por esa Asociación con el citado operador:

- De acuerdo con el escrito, se trata de una empresa asociada que, además, tiene la consideración de proveedor por mantener relaciones de formación con esa AEDHE.
-, se trata de un proveedor de la Asociación.
-, es un socio proveedor de la Asociación en cursos de formación en las empresas de su entorno.
- como socia proveedor de la Asociación.
- Es una empresa asociada que, además, se caracteriza por qué su Presiente ostentaba en aquella fecha la Presidencia de la AEDHE.
- Es un proveedor de esa Asociación que desarrolla programas específicos de formación para la organización empresarial.
-, se trata de un proveedor de la Asociación.

2.- Que de los miembros señalados anteriormente tienen la condición de asociados a AEDHE las entidades y

3.- Que el vínculo que une a esa Asociación con sus empresas asociadas consiste en la participación en aspectos relacionados con la actividad de la Asociación, que no es otra que la de *"fomentar y defender el sistema de iniciativa privada, considerando la empresa como núcleo básico de creación de riqueza y de prestación de servicios a la sociedad, promover el desarrollo de la actividad industrial y comercial en el Corredor del Henares"*. Además, señala que estas entidades tienen además de este vínculo general otros de carácter específico como son participa en planes de formación en el empleo o, en el caso de, ostentaba la Presidencia de esa Asociación en la fecha de integración en el GCU.

4.- En relación al certificado emitido por esa Secretaría de fecha 24 de mayo de 2001, manifiesta que los intereses de las personas integrantes del GCU se integran en dos grupos: el de los asociados al que se hace referencia anteriormente y el de los proveedores que en el marco de una relación mercantil con la asociación vienen prestando servicios en diferentes campos, hostelería, formación, artes gráficas, etc..



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO. Respecto a la entidad Telefónica, y al amparo de lo establecido en el artículo 16.2 del citado Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, el Instructor del expediente consideró también conveniente, para la determinación y comprobación de los hechos y eventual responsabilidad, requerir a dicha empresa (documento núm. 11) para que remitiera la siguiente información:

- *Que se informe si el GCU constituido por la asociación AEDHE y las entidades asociadas a la misma, al que se hace referencia en su escrito de alegaciones, se ha hecho al amparo del convenio de adhesión firmado por dicha asociación y Telefónica de España, el cual se presentó a esta Comisión mediante escrito de esa entidad de fecha 26.03.01, en contestación a un requerimiento de información dictado en el marco del expediente MTZ 2001/4138. En caso de que la respuesta sea negativa, que se informe al amparo de qué acuerdo y supuesto previsto en el Reglamento de Interconexión se ha constituido el GCU en cuestión.*
- *Que se especifique el tipo de actividad a qué se refiere cuando alega que los miembros del GCU constituido por la AEDHE mantienen un actividad común con respecto a esta asociación.*

NOVENO. En atención a lo anterior, Telefónica presentó escrito de fecha 16 de abril de 2002 (documento núm. 13) en el que contesta al requerimiento mencionado anteriormente y en su virtud señaló lo siguiente:

1º.- Respecto a la primera información requerida, Telefónica manifiesta que el GCU constituido por la AEDHE se hizo por medio de un contrato (actualmente cancelado y que fue aportado a esta Comisión como documento núm. 1, anexo al escrito de Telefónica de fecha 26 de marzo de 2001 -documento nº 8 del MTZ 2001/4138, aportado en el presente procedimiento con el núm. 6-), conforme al supuesto contemplado en el apartado f) del anexo del Reglamento de Interconexión, según se contempla en la cláusula tercera del mismo, al considerar que todos sus miembros son proveedores y, en algún caso, empleados que trabajaban fuera de la sede social.

A la vista de la información facilitada por la AEDHE, había algunos proveedores que, además, eran miembros de la asociación, pero Telefónica alega a este respecto que ello no supone que se haya seguido un esquema de GCU asociación- asociado y mucho menos asociación-totalidad de asociados.

2º.- En cuanto al tipo de actividad que se refiere cuando se alega que los miembros mantienen una actividad común con respecto a la asociación, Telefónica alega que dichas actividades están dirigidas a proveer a la asociación de diversos productos y servicios (catering, formación, servicios de imprenta) siendo lo relevante esta provisión de servicios y no si estos miembros tienen la condición de asociados o no.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3º.- Finalmente, Telefónica efectúa también dos conclusiones: Por un lado, que no se ha acreditado incumplimiento del resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio, pues el GCU constituido por la AEDHE, con independencia de que sus miembros en algunos casos son asociados, no pierde su verdadero carácter que es la de ser proveedores y empleados que trabajan fuera de la sede social; Por otro, que no pueden ser objeto del presente expediente la supuesta infracción de unos presupuestos fijados por primera vez en el expediente MTZ 2001/4138.

DÉCIMO. Que, para su incorporación al presente procedimiento sancionador, se dio traslado al Instructor del escrito presentado por la Agrupación de Operadores de Cable A.I.E. (en adelante AOC), en el que se denunciaba a la entidad Telefónica por un supuesto incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión, de fechas 8 de junio de 2000, 16 de septiembre de 1999 y 24 de enero de 2002.

Asimismo, en dicho escrito la AOC adjuntó publicidad relativa a la existencia de varios acuerdos de colaboración comercial suscritos entre la entidad Telefónica y algunas asociaciones y colegios profesionales pertenecientes a distintas demarcaciones territoriales de la geografía española, en virtud de los cuales dichas asociaciones o agrupaciones profesionales actuarían como mediadores para sus miembros en la contratación del servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios prestado por Telefónica, y cuyos grupos serían constituidos al efecto por cada socio o miembro integrante de los mismos que lo soliciten.

UNDÉCIMO. Que, con fechas 3 y 4 de junio de 2002, se requirió a las entidades Lince Telecomunicaciones, Retevisión I, S.A.U, Comunitel Global y Telefónica, así como a las asociaciones y colegios profesionales al que se hace referencia en el escrito de la AOC mencionado anteriormente, para que informase sobre la existencia de Grupos Cerrados de Usuarios constituidos en el marco de los acuerdos mencionados en el apartado anterior.

Finalizado el plazo conferido al efecto, las entidades que han contestado al requerimiento mencionado anteriormente señalan que no tienen conocimiento de que se hayan constituido ningún GCU en el marco de los acuerdos a los que se hace referencia en el escrito de la AOC.

Asimismo, el Instructor del expediente consideró también conveniente, para la determinación y comprobación de los hechos y eventual responsabilidad, dar traslado a Telefónica del escrito de la AOC al que se hace referencia anteriormente, para que pudieran aducir las alegaciones que estimasen oportunas al mismo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, Telefónica ha presentado escrito de fecha 14 de junio de 2002 en el que contesta al requerimiento mencionado anteriormente y señala que no ha constituido ningún GCU con asociación, confederación o colegio profesional a los que se hace referencia en el escrito de la AOC, y efectúa alegaciones contra las de la AOC reiterando la inexistencia de infracción alguna cometida por Telefónica y volviendo a solicitar el archivo del presente procedimiento sancionador iniciado contra ella.

DUODÉCIMO. No habiendo propuesto Telefónica la práctica de prueba alguna, ni habiendo considerado necesario el Instructor la práctica de oficio de la misma, no se ha acordado en el presente procedimiento la apertura de un período de prueba.

DÉCIMOTERCERO. Con fecha 24 de junio de 2002, la Instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que proponía lo siguiente (doc. núm. 41) :

"(..)

PRIMERO. *Que se declare responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del Resuelve tercero de la Resolución de esta Comisión de 8 de junio de 2000, relativo a la prohibición de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en ese procedimiento, debiendo hacer uso de la figura normativa del Grupo Cerrado de Usuarios conforme a las previsiones del legislador y como han sido interpretadas por esta Comisión.*

SEGUNDO. *Que se imponga a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de VEINTICUATRO MILLONES de EUROS (24.000.000 euros)(..)".*

Dicha propuesta de resolución se le notificó a Telefónica mediante escrito de la Instructora de fecha 25 de junio de 2002 (doc. núm. 42).

DÉCIMOCUARTO. Por medio de correo certificado de fecha 12 de julio de 2002, el representante legal de Telefónica presentó escrito de alegaciones a la propuesta de resolución a la que se hace mención anteriormente. Dicho escrito de alegaciones tiene su entrada en el Registro de esta Comisión el 16 de julio de 2002 (doc. núm. 46).

DÉCIMOQUINTO. Con fecha 16 de julio de 2002, la Instructora del presente procedimiento sancionador dio traslado al Secretario de esta Comisión de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo instruido y el escrito de alegaciones presentado por Telefónica (doc. núm. 47).

II

HECHOS PROBADOS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO. Que la entidad Telefónica suscribió con la asociación AEDHE un acuerdo de colaboración comercial en virtud del cual dicha asociación actuaría como mediadora en la contratación del servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios prestado por Telefónica, y cuyos grupos serían constituidos al efecto por cada una de las entidades integrantes de la AEDHE que lo soliciten, con sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores.

Con fecha 27 de julio de 2000, la empresa Telefónica y la asociación AEDHE suscribió un acuerdo de colaboración comercial cuyo objeto era establecer el marco de cooperación necesario en materia de telecomunicaciones entre ambas entidades.

A tal fin, las partes firmantes se comprometían a desarrollar un acuerdo de marketing que contemplara las acciones encaminadas al uso de los servicios de Telefónica por parte de las entidades asociadas. En este sentido, y a título de ejemplo, la cláusula primera del acuerdo señalaba campañas de asesoramiento, elaboración de materiales promocionales, seminarios de racionalización de costes en telecomunicaciones, campañas de promoción de nuevos servicios. Además, Telefónica se comprometía a asesorar a AEDHE, a fin de facilitar la mencionada labor informativa.

Asimismo, el citado acuerdo de colaboración establecía en su cláusula tercera que esta asociación actuaría de mediador en la comunicación y contratación del servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios prestado por Telefónica, cuyos grupos serían constituidos al efecto por cada una de las entidades integrantes de AEDHE que así lo soliciten, con sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores.

En el punto IV del expositivo del convenio de colaboración se señalaba como una de las necesidades de telecomunicaciones que demandaban las entidades asociadas adscritas a la AEDHE, la constitución de múltiples grupos cerrados de usuarios cumpliendo con los requisitos previstos por la legislación para este tipo de servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios.

El referido convenio se incorporó al presente procedimiento sancionador en virtud del escrito núm. 6 de su índice remitido por la Dirección de Ofertas en el Mercado, el cual, a su vez, se corresponde con el documento nº 1 del escrito



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Telefónica de 5.03.2001, que obra con el núm. 5 en el expediente MTZ 2001/4138.

SEGUNDO. Que, en virtud del acuerdo de colaboración mencionado anteriormente, y para las entidades integrantes o asociadas de la AEDHE, Telefónica elaboró un modelo de convenio de adhesión con el fin de que se aplicaran a los GCU formados por estas entidades asociadas con sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores, las condiciones acordadas al respecto por esa asociación y Telefónica.

En el marco del acuerdo de colaboración que se hace mención en el punto anterior, Telefónica elaboró un modelo de convenio de adhesión para ser firmado por las entidades asociadas a la AEDHE, en orden a la aplicación en los GCUs por ellas formados de las condiciones acordadas al efecto entre esta última y Telefónica.

Dicho modelo, denominado *acuerdo cliente-Telefónica*, junto a sus condiciones generales, se incorporó al presente procedimiento sancionador de la misma manera que el anterior, en virtud del escrito núm. 6 de su índice remitido por la Dirección de Ofertas en el Mercado. El mismo se corresponde con el anexo II del documento nº 1 aportado con el escrito de Telefónica de 5.03.2001, que obra con el núm. 5 del expediente MTZ 2001/4138.

Cabe señalar por su interés que, el citado acuerdo de adhesión se regía por unas condiciones generales acordadas por la asociación AEDHE y Telefónica en virtud de las cuales se regulaban los GCUs formados al efecto.

En el punto tercero del extracto de condiciones generales de GCU se establece la obligación de que el cliente tendría que adjuntar una relación de sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores, así como determinar los NIF,s correspondientes. Por su parte, Telefónica se compromete a dotar de una infraestructura de conmutación que permita la utilización de la última generación tecnológica tanto en equipos de conmutación de alto nivel de seguridad, como en servicios de valor añadido de prestaciones superiores a las disponibles en el resto de la red.

Asimismo, y de acuerdo con el punto quinto del extracto de condiciones generales de GCU, el cliente tendría que facilitar a Telefónica la relación de asociados, integrantes del GCU, comunicándole, con carácter mensual, los movimientos de los integrantes del GCU.

En atención ello cabe concluir que, para la aplicación de las condiciones de GCU acordadas con anterioridad por Telefónica y la AEDHE, como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuencia del convenio de colaboración, las entidades asociadas a la AEDHE firmaban junto con Telefónica un acuerdo de adhesión a las mismas, momento en el cual indicaban también los miembros que formaban el GCU por ellas constituido de entre sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores.

Como ejemplo de estos convenios de adhesión cabe señalar que, con fecha 30 de octubre de 2000, y de acuerdo con los documentos obrantes en el expediente MTZ 2001/4138, la entidad Eurojob Sistemas, S.L., como entidad asociada a AEDHE, firmó con Telefónica el correspondiente convenio de adhesión (documento nº 2 del escrito de Telefónica de 26.03.2001, obrante en el expediente con el nº 8) y en el que adjuntó una relación de clientes que formarían parte integrante del GCU constituido por esta empresa (documento nº 2 del escrito obrante en el expediente con el nº 10). Dichos documentos también se encuentran incorporados al presente procedimiento sancionador mediante el escrito de la Dirección de Ofertas en el Mercado de fecha 31 de enero de 2002 y con el número 6 del índice.

TERCERO. La asociación AEDHE, con el fin de que se le aplicara al GCU por ella constituido las condiciones de GCU acordadas anteriormente por dicha asociación y Telefónica, firmó el convenio de adhesión al que se hace referencia anteriormente e incluyó como miembros del grupo, además de proveedores y empleados que trabajan en la asociación, a personas físicas y empresas asociadas a la misma.

De la misma manera que la entidad Eurojob Sistemas, S.L., la asociación AEDHE también suscribió con Telefónica un convenio de adhesión (documento nº 6 del índice del presente procedimiento, que se corresponde con el documento núm. 1 del escrito de Telefónica de 26.03.2001, obrante con el nº 8 en el expediente MTZ 2001/4138), con el fin de que se le aplicara al GCU por ella constituido las condiciones generales de GCU acordadas anteriormente por dicha asociación y Telefónica en el marco del convenio de colaboración. Tal afirmación es reconocida también por la propia Telefónica en su escrito de contestación al requerimiento de información que efectúa a este respecto la Instructora, de fecha 4 de abril de 2002, y que consta en el índice como documento núm. 13.

Sin embargo, y a diferencia del anterior, cabe señalar en este caso que la relación de los integrantes del GCU que aporta la asociación junto con el convenio no se corresponden en su totalidad con su condición de trabajadores o proveedores como el supuesto anterior.

De los documentos que se adjuntaron por la propia Telefónica en su escrito de 29.05.2001, en concreto, del certificado emitido por el Secretario



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

General de la AEDHE y de la lista adjunta de los miembros que formaban el grupo (documento nº 6 del índice del presente procedimiento, que se corresponde con el documento nº 1 del escrito obrante con el nº 10 en el expediente MTZ 2001/4138), se puede observar que el GCU en cuestión estaba compuesto por diferentes personas físicas y jurídicas que responden a los intereses de la asociación. En concreto, el grupo está compuesto por tres tipos de integrantes:

1º- Empresas socias de la asociación AEDHE, vinculadas por movimiento de organización empresarial.

.....

Asimismo, en la relación de miembros que se adjunta al certificado del Secretario de la AEDHE se citan a tres personas físicas que en su calidad de socias de la asociación también deberían incluirse en este primer apartado.

.....

2º- Empresas proveedoras y suministradoras de la organización.

.....

3º- Personal vinculado a la asociación mediante una relación laboral.

.....

Además, el citado certificado concluye afirmando que todos ellos responden a relaciones asociativas, jurídicas y mercantiles de la citada organización.

En atención a lo anterior, lo relevante a destacar de este último convenio de adhesión es que, en la constitución del GCU por la entidad asociada se ha podido comprobar que, además de proveedores y empleados que trabajen en la asociación, también se incluyen personas y empresas socias o asociadas a la misma, que como seguidamente analizamos responden a los intereses de la asociación en virtud de la relación asociativa que les une.

CUARTO. Que la condición de miembro del GCU de la AEDHE venía dado para una parte de los integrantes del mismo por la pertenencia a esa asociación empresarial, siendo este vínculo asociativo el núcleo en torno al cual se formaba el grupo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante el mencionado convenio de adhesión, la citada asociación de empresarios constituyó un GCU mayoritariamente de personas físicas y entidades asociadas a ella, además de con proveedores y trabajadores suyos que en principio estarían bien encuadrados en el acuerdo comercial.

De acuerdo con el certificado emitido por el Secretario General de la AEDHE y de la lista adjunta que consta en el documento nº 1 perteneciente al documento nº 10 del expediente MTZ 2001/4138, obrante al núm. 6 en el índice del presente procedimiento, el GCU de la asociación AEDHE se constituyó originariamente por los siguientes miembros que se relacionan a continuación:

<u>NIF</u>	<u>TITULAR</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>RELACION DE TRABAJO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>RELACION DE TRABAJO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>PROVEEDOR</u>
.....	<u>SOCIO</u>
.....	<u>RELACION DE TRABAJO</u>

A los efectos probatorios cabe señalar también el escrito de la asociación de fecha 27 de febrero de 2002 presentado en contestación al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

requerimiento de información de la Instructora, que consta como documento nº 10, obrante en el índice del presente procedimiento, en virtud del cual se señala que, según la última lista que se remitió a Telefónica, aparte de las entidades que ella misma reconoce expresamente su condición asociativa como son, están otros miembros que forman el GCU con la condición de asociadas que son, quedando las tres entidades restantes (.....) como proveedores de la asociación.

En definitiva, tanto en el GCU originariamente constituido como en su última actualización posterior, la mayoría de los integrantes del GCU de la AEDHE tenían la condición de asociado de esa asociación empresarial, cuyo vínculo con la asociación se analiza a continuación.

Telefónica afirma en su escrito de alegaciones (documento núm. 7 del índice) que el vínculo que tienen las entidades asociadas a la AEDHE, como miembros del GCU, consiste en la realización de una actividad común. Además, en el escrito de contestación al requerimiento de información de la Instructora (documento núm. 13 del índice) Telefónica niega que se haya seguido un esquema de GCU del tipo asociación y asociado.

No obstante, y a pesar de haberse requerido expresamente por la Instructora mediante escrito de fecha 4 de abril de 2002 (documento núm. 11 del índice), Telefónica no especifica ni acredita qué actividad común realizan los asociados, limitándose tan sólo a reiterar las actividades de provisión de productos y servicios que realizan sus proveedores, tal y como se refleja en su escrito de contestación al citado requerimiento que obra en el índice como documento núm. 13 (*"dichas actividades están dirigidas a proveer a la asociación de diversos productos y servicios catering, formación, servicios de imprenta.."*).

Además, como reconoce la propia AEDHE en contestación al requerimiento, el vínculo que une a la asociación con los miembros del GCU que son asociados *"es el consistente en la participación en aspectos relacionados con la actividad de la Asociación, que no es otra que la de fomentar y defender el sistema de iniciativa privada, considerando la empresa como núcleo básico de creación de riqueza y de prestación de servicios a la sociedad, promover el desarrollo de la actividad industrial y comercial en el Corredor del Henares"*.

A este respecto, no resulta aceptable considerar como actividad común la relativa a la consecución por sus miembros de los propios intereses de la asociación, pues como ya se señaló en la Resolución de 8 de junio de 2000, las actividades que se realizan para el desempeño de la labor propia de la asociación, no conlleva el desarrollo de una actividad común por parte de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

miembros del colectivo en el seno de ésta (*"...Implica, eso sí, que todos ellos se acogen a la labor de defensa de los respectivos intereses que la asociación está llamada a desempeñar, y que supone el ejercicio de una concreta actividad"*).

En el presente caso, y en idénticos términos al supuesto recogido en la Resolución incumplida de 8 de junio de 2000, también la asociación empresarial AEDHE constituía una entidad jurídica diferenciada de cada uno de sus asociados, y su adhesión no tenía por objeto ni se traducía en el ejercicio de una actividad común junto con el resto de los asociados, sino que tenía lugar a los efectos de canalizar más adecuadamente la protección de los intereses propios. Esta actividad de protección de los intereses generales es llevada a cabo por la propia asociación y no por sus integrantes.

Además, sin perjuicio de la falta de adecuación con el acuerdo de colaboración comercial suscrito entre Telefónica y AEDHE, la propia Telefónica reconoce en su escrito de contestación al requerimiento de la Instructora de fecha 16.04.02 (documento núm. 13) que todos los integrantes que forman el GCU lo hacen al amparo de la letra f) del anexo del Reglamento de Interconexión, y no como actividad conjunta en sentido estricto expresado en el apartado e) del mismo anexo.

Por todo ello, y tras el análisis de la supuesta actividad común alegada, se ha de concluir que la condición de la mayoría de los miembros del GCU constituido por la AEDHE venía dada por la pertenencia a la asociación empresarial, y que este vínculo asociativo era el único elemento que determinaba la estructura del colectivo y constituía el núcleo en torno al cual se vertebraba el establecimiento del grupo (y no alrededor de una actividad a desarrollar por todas ellas), con el objeto de hacer así partícipes a sus miembros de ciertas condiciones en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

QUINTO. Telefónica de España, S.A., en el marco del acuerdo de colaboración para la constitución de GCUs ahora analizado, ha incurrido de nuevo en prácticas idénticas como las consideradas en la Resolución de 8 de junio de 2000 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En la Resolución de 8 de junio de 2000 se analizó la caracterización del servicio telefónico en GCU en el marco de la concurrencia cumulativa de ciertos requisitos legalmente establecidos, centrando esta Comisión el citado análisis en dos aspectos diferenciados: (1) En cuanto a la condición del colectivo al que se presta el servicio en el sentido previsto en el anexo de definiciones del Reglamento de Interconexión y (2) en cuanto a la condición de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las comunicaciones objeto del servicio que sean las previstas en la Orden de Autorizaciones y en el título correspondiente.

No obstante, para determinar la identidad de las prácticas realizadas en el acuerdo de la AEDHE con las de la Resolución de 8 de junio de 2000, a los efectos del presente hecho probado tan sólo se tendrá en cuenta lo relativo a la condición del colectivo al que se presta el servicio de GCU.

El apartado tercero del Resuelve de la Resolución de 8 de junio de 2000 estableció literalmente lo siguiente:

"Tercero.- Que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo hacer uso de la figura normativa del Grupo Cerrado de Usuarios conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión.."

Al objeto de determinar si estamos en presencia de la misma práctica que fue prohibida en dicha Resolución de 8 de junio de 2000 y, por lo tanto, si ha existido un incumplimiento de su apartado tercero del resuelve, resulta preciso analizar comparativamente las actuaciones realizadas por Telefónica en esa Resolución y en el presente supuesto.

A este respecto cabe recordar que, en la Resolución de continua referencia, la configuración de esos GCU presentaban cuatro modalidades o prácticas que son:

"(...) apartado II

A. En la práctica totalidad de los supuestos cada uno de los GCUs está integrado por todas **aquellas empresas que tengan la condición de miembro de las asociaciones o federaciones empresariales** que han concluido el correspondiente acuerdo con TESAU.

B. En el caso de uno de los acuerdos, el concluido por TESAU y CEOE-CEPYME CANTABRIA, el GCU al que están dirigidos los correspondientes servicios está integrado no sólo por las **empresas que son miembros de la correspondiente asociación**, sino también por "(...) Las Entidades y Administraciones Públicas (...)".

C. Por lo que respecta otro de los acuerdos concluidos, el suscrito por TESAU y CEC :

C.a). se crean tantos GCUs como federaciones integren la asociación empresarial de que se trata. **Cada uno de esos grupos cerrados de usuarios está constituido por la correspondiente federación y empresas asociadas a la misma.**

C.b). igualmente, cada una de las empresas miembro de la asociación, junto con sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

social y proveedores, constituyen un GCU a los efectos previstos en el acuerdo correspondiente".

En las cuatro modalidades de GCU indicadas anteriormente, se destaca como denominador común en todas ellas la constitución de los grupos por una entidad de carácter asociativo empresarial con empresas asociadas a la misma. De la misma manera, el GCU ahora analizado en el presente procedimiento sancionador se constituyó por la asociación empresarial AEDHE con una serie de entidades asociadas, tal y como se viene señalando a lo largo de estos hechos.

Asimismo, se señalaba en la citada Resolución de 8 de junio de 2000, que los GCUs a los que estaban dirigidos los servicios comercializados en el marco de los acuerdos de referencia preveían, además, la eventual y progresiva incorporación a los grupos de nuevos miembros a determinar por la asociación correspondiente. La citada Resolución rezaba lo siguiente:

"(..)Por último, se señala que los GCUs a los que están dirigidos los servicios comercializados en el marco de los acuerdos de referencia son creados, en ocasiones, en virtud de los propios acuerdos, previéndose además la eventual y progresiva incorporación a los grupos de nuevos miembros a determinar por la asociación correspondiente."

Dicha circunstancia también se corresponde en idénticos términos al GCU de AEDHE, la cual se tuvo en cuenta en la cláusula quinta de las condiciones generales de GCU que se acordaron en el marco del convenio de colaboración entre esta asociación y Telefónica (vid. *acuerdo cliente-Telefónica*, incorporado al presente procedimiento sancionador en virtud del escrito núm. 6 de su índice, y que se corresponde con el anexo II del documento nº 1 aportado con el escrito de Telefónica de 5.03.2001, que obra con el núm. 5 del expediente MTZ 2001/4138).

Por otro lado, una vez descritos los grupos de referencia, en la citada Resolución de 8 de junio de 2000 se planteó si podrían ser considerados GCU de acuerdo con la normativa de aplicación, en los siguientes términos:

"(..) En el supuesto que nos ocupa, y como ya ha sido señalado en el apartado II.A., los servicios objeto de comercialización están dirigidos a determinados colectivos a los que las partes firmantes de los correspondientes acuerdos catalogan como GCUs. La configuración de esos grupos cerrados de usuarios presenta distintas modalidades que han sido descritas en su momento."

En esta tesitura, ¿cabe considerar a los colectivos de referencia como GCUs en el sentido de lo previsto por el Anexo del Reglamento de Interconexión?"

Para ello, se fue analizando uno por uno los distintos grupos para saber si quedaban encuadrados en alguno de los supuestos descritos en el anexo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

definiciones del Reglamento de Interconexión, llegando a la conclusión que ninguno constituía GCU de acuerdo a las normas sectoriales de aplicación.

A pesar de que en la Resolución de 8 de junio de 2000 se analizan por separado cada uno de los colectivos antes citados, no obstante, a los efectos meramente expositivos tan solo se transcribe el supuesto contemplado en el apartado II.A del punto A por ser el colectivo utilizado como criterio para todos los demás, sin perjuicio de que también se tienen en cuenta los otros colectivos analizados y se dan por íntegramente reproducidos en la presente Resolución.

"Respecto a los colectivos contemplados en el apartado II.A., punto A.

*[Cada uno de los GCUs está **integrado por todas aquellas empresas que tengan la condición de miembro de las asociaciones o federaciones empresariales que han concluido el correspondiente acuerdo con TESAU**]. A juicio de esta Comisión no quedan englobados en ninguno de los supuestos previstos por el legislador :*

- *Supuesto contemplado en la letra a) : estamos en presencia de colectivos destinatarios de concretas prestaciones a cargo de un tercero, sin que concurra pues el necesario carácter unipersonal y el preceptivo régimen de autoprestación.*
- *Supuesto recogido en la letra b) : los integrantes de los distintos GCUs son entidades de derecho privado que no forman parte de la Administración Pública, en sus distintos niveles considerada.*
- *Supuesto contemplado en la letra c): los colectivos de referencia no constituyen "grupos de sociedades" en el sentido previsto por el artículo 42 del Código de Comercio. Este precepto hace referencia a aquellos supuestos en los que una sociedad mercantil ("dominante") es socio de otras sociedades mercantiles ("dominadas o dependientes") y se encuentra con relación a éstas en alguno de los supuestos siguientes:*
 - *posee la mayoría de los derechos de voto.*
 - *está facultada para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
 - *puede disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.*
 - *ha nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñan su cargo en el momento en que deben formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.*
- *Supuesto recogido en la letra d) : concurre ánimo de lucro por parte de los integrantes de cada grupo. "*
- **Supuesto contemplado en la letra e).**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*El concepto de "actividad común" no es de ninguna manera un concepto omnicompreensivo. No estamos ante una categoría residual que resulte apta obviar los límites previstos por la legislación, englobando todas aquellas situaciones que no tengan cabida en otros supuestos. De ser cierta esa hipótesis, el legislador no habría incorporado a la definición de GCU el resto de la casuística recogida en el Anexo del Reglamento de Interconexión. La noción de actividad común disfruta de consistencia propia y ha de ser entendida como aquélla que, desempeñada por todos los miembros del grupo, es inherente a la configuración de éste, constituyendo el elemento central en el que reposa la identidad del colectivo, su razón de ser; el núcleo entorno al cual está constituido el grupo cerrado de usuarios. Esta concepción no identifica necesariamente actividad común con nociones como actividad principal, actividad única o actividad económica/industrial de cada uno de los integrantes. Responde a la filosofía que inspira la regulación de la categoría normativa de GCU en el actual entorno liberalizado, expuesta en un subapartado precedente.
(..)"*

Telefónica defiende en su escrito de alegaciones que las entidades asociadas realizan una actividad común con la asociación, por lo que a este respecto resulta preciso detenerse en el supuesto contemplado en la letra e) del anexo del Reglamento de Interconexión con el fin de analizar ambos colectivos, y concluir sobre si estamos igualmente en presencia de la misma práctica que fue prohibida en dicha Resolución.

La Resolución de 8 de junio de 2000 continúa la argumentación respecto a este supuesto de la letra e) de la siguiente manera:

*"(..)
En el caso que nos ocupa, esta Comisión ha tenido acceso a los contratos concluidos en su momento por TESAÚ y las diversas asociaciones empresariales implicadas. En virtud de esos acuerdos, las partes proceden a la constitución de los denominados GCUs, delimitándose igualmente su configuración e incorporándose además las diferentes ofertas de servicios, política de precios y descuentos a seguir, ventajas adicionales y cláusulas de diversa índole.*

Como se ha expuesto y acreditado en los anteriores hechos probados, la AEDHE también procedió a constituir su GCU en virtud de un acuerdo previo con Telefónica en el que se delimitaba igualmente su configuración y se incorporaban las ofertas de servicios, los precios y descuentos, así como también otras cláusulas de diversa índole (vid. los documentos que se aportaron por la Dirección de Ofertas en el Mercado al presente procedimiento y que consta como documento núm. 6 del índice, que acreditan los hechos probados PRIMERO y SEGUNDO).

Asimismo, la Resolución de 8 de junio de 2000 señalaba que:

"Se observa que en ningún momento se hace referencia a una proyectada labor conjunta por parte sus integrantes. Las únicas previsiones de cooperación acordadas (en materia de márketing) no pueden considerarse actividad común en el sentido expresado en párrafos precedentes, sino un mecanismo de colaboración entre la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asociación empresarial que corresponda y el proveedor de los servicios de telecomunicación ofertados (ambos ajenos al grupo), a fin de dar a conocer a los destinatarios de las ofertas dichos servicios."

De la misma manera, y en virtud del convenio de colaboración al que se hace referencia en el primero de los hechos probados, también la asociación AEDHE asumía unos compromisos de cooperación con el proveedor de los servicios, que nada tenían que ver con una labor conjunta de los integrantes del grupo.

Como se indicó en el primer hecho probado cabe recordar que, las partes firmantes se comprometían a desarrollar un acuerdo de marketing que contemplara las acciones encaminadas al uso de los servicios de Telefónica por parte de las entidades asociadas. En este sentido, la cláusula primera del acuerdo señalaba a título de ejemplo campañas de asesoramiento, elaboración de materiales promocionales, seminarios de racionalización de costes en telecomunicaciones, campañas de promoción de nuevos servicios. Por su parte, Telefónica se comprometía a asesorar a AEDHE, a fin de facilitar la mencionada labor informativa.

En cuanto al vínculo que une a los miembros que forman el grupo con la asociación, la Resolución de 8 de junio de 2000 señalaba:

*"Se observa igualmente que, conforme a los citados acuerdos, la condición de miembro del grupo viene dada por la pertenencia a una asociación empresarial determinada. Este vínculo asociativo es el elemento que determina la estructura del colectivo y constituye el núcleo en torno al cual se vertebra el establecimiento del grupo. Nótese que no conlleva el desarrollo de una actividad común por parte de los miembros del colectivo en el seno de éste. Implica, eso sí, que todos ellos se acogen a la labor de defensa de los respectivos intereses que la asociación está llamada a desempeñar, y que supone el ejercicio de una concreta actividad. Dicha actividad no es llevada a cabo por los integrantes de la agrupación, sino por ella misma, la asociación, que constituye una entidad jurídica diferenciada de cada uno de sus representados. **La adhesión de cada empresa a la asociación que corresponda no tiene por objeto ni se traduce en el ejercicio de una actividad común junto con el resto de los asociados.** Tiene lugar a los efectos de canalizar más adecuadamente la protección de los intereses propios. Las actuaciones que de ello puedan derivar las asume la asociación como tal. No sus miembros, ni individual ni conjuntamente."*

En los escritos de la AEDHE que obran en el presente procedimiento, la propia asociación establece de forma clara el vínculo que les une con los miembros del GCU por ella constituido. A este respecto, cabe recordar aquí lo ya manifestado al respecto en el cuarto hecho probado:

- Por un lado, en el certificado emitido por el Secretario General de la Asociación de fecha 24 de mayo de 2001 se establecía que, el GCU



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en cuestión está compuesto por diferentes personas físicas y jurídicas que responden a los intereses de la asociación, y que todos ellos responden a relaciones asociativas, jurídicas y mercantiles de la citada organización.

- Por otro, en el último escrito presentado en contestación al requerimiento de la Instructora reiteraba que el vínculo que une a esa entidad con sus asociados es *"el consistente en la participación en aspectos relacionados con la actividad de la Asociación, que no es otra que la de fomentar y defender el sistema de iniciativa privada, considerando la empresa como núcleo básico de creación de riqueza y de prestación de servicios a la sociedad, promover el desarrollo de la actividad industrial y comercial en el Corredor del Henares"*.

Por lo tanto, también en el presente caso la asociación empresarial AEDHE constituía una entidad jurídica diferenciada de cada uno de sus asociados. La adhesión a las condiciones de GCU acordadas por ella y Telefónica no tenía por objeto la realización de una actividad común junto con el resto de los asociados, sino que tenía lugar a los efectos de canalizar más adecuadamente la protección de los intereses propios de la asociación, tal y como corroboran los escritos del Secretario General de la asociación, práctica que fue prohibida por la Resolución de 8 de junio de 2000.

Así, de acuerdo con lo indicado en el párrafo transcrito de la Resolución de 8 de junio de 2000, no resulta aceptable considerar como actividad común la relativa a la consecución por sus miembros de los propios intereses de la asociación, ya que implica que todos ellos se acogen a la labor de defensa de los respectivos intereses que la asociación está llamada, ella misma, a desempeñar.

Por otro lado, continúa matizando la Resolución de 8 de junio de 2000 para el supuesto de la letra e) del anexo de Reglamento de Interconexión:

*"En esta tesitura, los integrantes de cada una de las agrupaciones consideradas son **agentes económicos que operan en un determinado segmento de actividad** y que no presentan con los restantes más vínculo, a los efectos que aquí interesa, que la ubicación de su sede social y **el vínculo asociativo ya mencionado**. Cada una de ellas se dedica al desarrollo de su concreta actividad económica. (Véase la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, en lo relativo a las asociaciones empresariales)."*

Como se pueden apreciar en los escrito de la asociación que obran en el presente procedimiento (con mayor claridad el documento núm. 10), las empresas asociadas a la misma resultan ser también distintos agentes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

económicos que operan cada una de ellas en un sector determinado y se dedican cada una de ellas a una actividad concreta.

Por todo ello, hay que concluir que, en el marco del acuerdo de colaboración para la constitución de GCUs ahora analizado, Telefónica ha incurrido de nuevo en una práctica idéntica a las consideradas en la Resolución de 8 de junio de 2000 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

SEXTO. Telefónica de España, S.A.U. ha aplicado a las llamadas efectuadas como servicio telefónico disponible al público unos precios fijados para el servicio telefónico de GCU.

Como ya se mencionaba en el anterior hecho probado, la Resolución de 8 de junio de 2000 analizó la caracterización del servicio telefónico en GCU en el marco de la concurrencia cumulativa de ciertos requisitos legalmente establecidos, teniendo en cuenta, además de la condición del colectivo, como se ha analizado anteriormente, la condición de las comunicaciones objeto del servicio que sean las previstas en la Orden de Autorizaciones y en el título correspondiente.

A este respecto, cabe indicar que en las condiciones económicas del acuerdo de la AEDHE se ha hecho uso de la figura normativa de GCU apartándose de la interpretación que de dicha figura realizó la CMT de conformidad con la normativa vigente.

Como ya ha tenido la oportunidad de poner manifiesto esta Comisión en la Resolución de 8 de junio de 2000 (*apartado II relativo a los requisitos del servicio telefónico en GCU- (ii) En cuanto a las condiciones de ciertas comunicaciones como propias de los servicios telefónicos en GCU*), las comunicaciones a tener en cuenta para la prestación de servicios telefónicos en GCU son las siguientes:

- a) Las únicas comunicaciones permitidas al amparo de una autorización de tipo A son las puramente internas, las establecidas entre los miembros del grupo ("on-net"), con independencia de que se realicen a través de una red privada, o utilizando una red pública bajo técnicas de red privada virtual, con la cautela de que estas técnicas deben garantizar la seguridad e integridad de la red pública utilizada.
- b) Por el contrario, se entienden excluidas las comunicaciones establecidas entre los miembros del GCU y terceros ajenos a éste ("off-net").
- c) El establecimiento de comunicaciones que vayan más allá del ámbito interno del grupo no puede calificarse de servicio telefónico en GCU, sino



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de servicio de telefonía disponible al público cuya prestación no puede efectuarse en el marco de una Autorización General de tipo A.

- d) Cuando se presten al mismo cliente servicios de comunicaciones “on-net” y “off-net”, ambos deberán ser objeto de comercialización y facturación independientes y netamente diferenciadas.
- e) En el supuesto de que el proveedor de las llamadas “off-net” esté sujeto al principio de intervención tarifaria, atendiendo a su posición en el segmento de la telefonía fija disponible al público, los precios que se apliquen a dichas comunicaciones serán los previstos en las disposiciones normativas que en cada momento estén en vigor. Los aplicables a las comunicaciones puramente privadas serán los que libremente fije el operador en cuestión.

Los requisitos anteriormente destacados han sido puestos de manifiesto en las precedentes Resoluciones de esta Comisión en materia de GCUs, y se derivan directamente de la normativa aplicable.

A mayor abundamiento, y en lo que se refiere a la caracterización como servicios telefónicos disponibles al público de las comunicaciones de constante referencia, conviene reiterar las conclusiones alcanzadas por la CMT en su Resolución de 18 de mayo de 2000, y reiteradas en la de 8 de junio de 2000:

***“Subtipo b.1 :** Si el servicio de telefonía en GCU se prestara entre terminales asociados a puntos de terminación de redes públicas mediante técnicas de RPV, la naturaleza pública de la red a la que se encuentra conectado el PTR no se ve alterada por la creación de una red privada virtual para la prestación de los servicios de telecomunicaciones corporativas, en aquellas llamadas que se produzcan fuera de dicho ámbito corporativo, dado que dicha red privada virtual tiene existencia únicamente para aquellas llamadas que tienen lugar entre miembros de un mismo GCU, siendo transparente para aquellas llamadas realizadas fuera de dicho ámbito.*

Es decir, el servicio de comunicaciones entre terminales conectados a puntos de terminación de red pública correspondientes a miembros de un GCU y con destino a abonados que no pertenecen a su mismo GCU cumple todos los requisitos básicos para su caracterización como servicio telefónico disponible al público (transporte directo, conmutación en tiempo real y origen y destino en una red pública conmutada de telecomunicaciones entre usuarios).

Por lo tanto, el establecimiento de dichas llamadas requiere de la concurrencia de un operador con título habilitante que preste el servicio de telefonía disponible al público sobre la red pública a la que se encuentra conectado el PTR”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Subtipo b.2 : *Si el punto desde el cual se inician las comunicaciones "off-net" estuviera conectado a una red privada, el prestador del servicio de telefonía en GCU deberá solicitar un acceso normalizado o especial, según proceda, a una red pública de telecomunicaciones que le preste el servicio telefónico disponible al público necesario para completar las comunicaciones solicitadas. Las llamadas "off-net" originadas en terminales asociados a puntos de la red privada y con destino a abonados conectados a redes públicas de telecomunicaciones sobre las que se presta el servicio telefónico disponible al público, transitarían por la red privada hasta el PTR que el prestador del servicio de telefonía en GCU tiene con la red pública de telecomunicaciones. A partir de ese punto el servicio de comunicaciones tiene idénticas características que el servicio telefónico disponible al público que el operador presta a cualquier abonado conectado a la red pública a través del correspondiente PTR.*

El usuario recibe, pues, un conjunto de servicios que se compone de un servicio de comunicaciones en red privada desde el punto donde se inicia en la red privada hasta el PTR donde se conecta el prestador del servicio de telefonía en GCU a la red pública de telecomunicaciones, y del servicio telefónico disponible al público prestado por el operador entre los PTR del prestador y el PTR del abonado destino de la llamada”.

En el marco del convenio de colaboración suscrito por Telefónica y la asociación AEDHE, se aplicaron a comunicaciones off-net unas condiciones económicas especiales establecidas para GCU, por lo que de acuerdo a las circunstancias mencionadas anteriormente, el GCU ahora analizado no se constituyó conforme a los requisitos exigidos por esta Comisión conforme a la normativa sectorial.

En efecto, junto a las condiciones generales del citado acuerdo de colaboración, en el anexo I Telefónica fijó los precios aplicables a los GCUs formados al efecto, estableciendo un precio distinto (resultante de aplicar un descuento al precio previsto para las llamadas off net) para las llamadas, entre otras, interprovinciales, intracomunitarias, fijo a móvil e internacional, entre otras. Dicho documento se incorporó al presente procedimiento sancionador mediante escrito remitido por la Dirección de Ofertas en el Mercado, que se corresponde con el escrito núm. 6 de su índice, siendo el anexo I del documento nº 1 aportado con el escrito de Telefónica de 5.03.2001, que obra con el núm. 5 del expediente MTZ 2001/4138.

Sin embargo, las comunicaciones fijo a móvil son llamadas que por su naturaleza no pueden realizarse dentro de la misma red interna que se configura para el GCU, sino que se hacen entre redes públicas diferentes y salvo que se presten a través de técnicas de red privada virtual, lo que no ha sucedido en este caso. Consecuentemente, estas comunicaciones no se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pueden calificar de servicio telefónico en GCU (on-net), sino de servicio telefónico disponible al público (off-net).

Es más, en el modelo de acuerdo *cliente-Telefónica* presentado por esa entidad a la CMT, se establecía en un anexo una serie de descuentos para las llamadas provinciales, interprovinciales, internacionales y de fijo móvil cursadas entre los componentes del GCU, resultando que los precios fijados a los GCU indicados en el anexo eran el resultado de aplicar esos descuentos.

En efecto, estos descuentos han sido aplicados a los miembros del GCU constituido por la asociación AEDHE, independientemente de que las llamadas se efectuaran dentro o fuera del grupo, tal y como se puede observar en las facturas emitidas a las entidades y incorporadas al presente procedimiento sancionador en virtud del escrito núm. 40 de su índice remitido por la Dirección de Ofertas en el Mercado.

En particular, en la factura emitida al se puede observar como, siendo el consumo total de-ptas, una vez desglosado por distintos tipos de llamadas provincial, interprovincial, internacional y de fijo a móvil, se ha aplicado linealmente el descuento previsto en el modelo de acuerdo *cliente - Telefónica* para cada uno de los distintos tipos de llamadas provincial, interprovincial, internacional y de fijo a móvil, sin distinguir entre las llamadas dirigidas a miembros del GCU (que permitirían el descuento) y las dirigidas a personas distintas (a las que habría que aplicar los precios del servicio telefónico disponible al público).

El citado modelo de acuerdo *cliente-Telefónica* se incorporó al presente procedimiento sancionador de la misma manera que el anterior, en virtud del escrito núm. 6 de su índice remitido por la Dirección de Ofertas en el Mercado. El mismo se corresponde con el anexo IV del documento nº 2 aportado con el escrito de Telefónica de 5.03.2001, que obra con el núm. 5 del expediente MTZ 2001/4138.

De esta manera, Telefónica ha venido prestando el servicio telefónico disponible al público a unos precios distintos e inferiores de los que legalmente le correspondían, y que eran los que estableció para las llamadas realizadas en GCU. Estos precios inferiores se aplicaban independientemente de que las llamadas se efectuaran dentro o fuera del grupo.

En atención a lo anterior, hay que concluir que Telefónica ha aplicado a las llamadas efectuadas como servicio telefónico disponible al público, unos precios fijados para el servicio telefónico en GCU. En concreto, Telefónica **mediante la ficción de la creación de un GCU** ha aplicado unos descuentos lineales a la totalidad del tráfico cursado independientemente de que las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llamadas se efectuaran en el seno del grupo o fuera del mismo, considerándose en este último caso servicio telefónico disponible al público.

De esta forma ha hecho uso de la figura de GCU de forma contraria a la interpretación que la CMT hizo de la misma, de conformidad con la normativa vigente, puesto que no se utilizó para mejorar las necesidades de comunicación de los miembros del GCU constituido por la asociación AEDHE y Telefónica, sino para conseguir unos descuentos en la factura del servicio telefónico.

Por otra parte, y como ha quedado acreditado en el hecho probado segundo de la presente resolución, los modelos de acuerdos para constitución de GCU, que fueron presentados por ella ante esta Comisión, iban acompañados de unas condiciones contractuales que serían idénticas para todos aquellos colectivos que quisieran constituir con ella GCUs.

Si bien en el seno del presente procedimiento se analizó especialmente el GCU constituido por la AEDHE, los descuentos establecidos en el modelo de acuerdo han sido utilizados también para todos aquellos GCU constituidos al amparo del mismo modelo de contrato. En particular, Telefónica ha aplicado descuentos a las llamadas de fijo a móvil de todos los GCU que ha constituido al amparo del modelo de contrato, con independencia de que las llamadas se cursaran a través de técnicas de red privada virtual. Reflejada esta circunstancia en la propuesta de resolución formulada por la Instructora, Telefónica no ha formulado alegación alguna, ni ha tratado de negar este hecho a través de la oportuna prueba que acreditara la implantación de técnicas de red privada virtual en los grupos cerrados de usuarios constituidos.

Finalmente, y de forma contraria a lo señalado por Telefónica en su escrito de alegaciones, en la propuesta de resolución formulada por la Instructora no se consideró probado este hecho sólo con relación al GCU formado por la AEDHE, sino que se consideró probado con carácter general. Así, y a diferencia de los hechos probados primero a quinto (relativos a la irregular constitución del GCU de la AEDHE) la rúbrica de este hecho probado sexto no se refiere sólo a ese GCU, sino que tiene carácter general: "Telefónica de España, S.A.U. ha aplicado a las llamas efectuadas como servicio telefónico disponible al público unos precios fijados para el servicio telefónico de GCU". Las referencias a la irregular inclusión de las llamadas de fijo a móvil figuran también referidas al modelo general de acuerdo utilizado por Telefónica, no sólo al de la AEDHE.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO. Que a la fecha de notificación de la Resolución de 24 de enero de 2002 se identifican por Telefónica de España, S.A.U. 2.155 contratos de GCU.

En el resuelve segundo de la Resolución de 24 de enero de 2002 (MTZ 2001/4138) se estableció la obligación de Telefónica de facilitar a esta Comisión, en el plazo de quince días a contar desde la finalización del plazo de un mes para adaptar los contratos vigentes conforme a las interpretaciones dadas en esa Resolución, la información relativa a las modificaciones operadas en los contratos que dicha entidad tenía suscritos en relación al servicio de telefonía vocal en GCU, tanto con la asociación AEDHE y EUROJOP como con los demás clientes del servicio.

En contestación al citado resuelve segundo de la Resolución de 24 de enero de 2002 (MTZ 2001/4138), con fecha 20 de marzo de 2002, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Telefónica en virtud del cual pone en conocimiento de la CMT que, el día 28 de enero de 2002, fecha de la recepción de la citada Resolución, existían aproximadamente unos 2.155 contratos suscritos de GCU. (Documento nº 40 del índice).

OCTAVO. Que Telefónica de España, S.A.U. ha obtenido en el ejercicio de 2001 unos ingresos brutos de explotación anuales de 6.674.195.951,25 euros.

Tal hecho resulta de la declaración de los ingresos brutos obtenidos por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio de 2001. La declaración de los ingresos brutos correspondientes a tales actividades fue presentada ante esta Comisión por el representante legal de Telefónica mediante escrito de 21 de marzo de 2001 (documento núm. 15 del índice), que tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión el 27 del mismo mes y año. La cantidad que se toma en cuenta a los efectos del presente procedimiento es el resultado de restar de los ingresos totales declarados (6.845.914.136,34 euros) las provisiones para insolvencias también declaradas por la propia Telefónica (171.718.185,09).

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador a tenor de lo establecido en los artículos artículo 76.1 y 84.1.a) de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones y el artículo 1, apartado Dos.2.I en relación con el apartado Tres del mismo, de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones según el cual, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de la instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes.

La infracción al artículo 79.15 de la Ley 11/1998 se concreta, en el presente caso, en el incumplimiento del apartado tercero de la parte resolutive de la Resolución de 8 de junio de 2000 de esta Comisión dictada en el expediente ME 1999/1444.

El apartado tercero del Resuelve de la Resolución de 8 de junio de 2000 estableció literalmente lo siguiente:

"Tercero.- Que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo hacer uso de la figura normativa del Grupo Cerrado de Usuarios conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión."

Al objeto de determinar la tipificación de la actuación de Telefónica, es necesario analizar si, de alguna de sus actuaciones que han resultado probadas, puede inferirse que ha existido un incumplimiento del apartado tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000 y, por tanto, si constituyen una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abril, General de Telecomunicaciones, esto es, el incumplimiento de una Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

A) CONFIGURACION DEL GCU de la AEDHE

En primer lugar, tal y como se establece en los tres primeros hechos probados, la asociación AEDHE firmó con Telefónica un convenio de adhesión, en virtud del cual se aplicaba al GCU por ella constituido las condiciones generales de GCU acordadas anteriormente por dicha asociación y Telefónica en el marco del convenio de colaboración suscrito entre ambas.

Como ha quedado acreditado de los documentos obrantes en el presente expediente sancionador, en la constitución del GCU por la entidad asociada, además de proveedores y empleados que trabajaban en la asociación, se incluyeron también (en su mayoría) personas físicas y empresas socias o asociadas a la misma, que responden a los intereses de la asociación en virtud de la relación asociativa que les une.

De acuerdo con el hecho probado cuarto, en el presente supuesto se constituyó el GCU por la asociación AEDHE y las entidades asociadas a ella (excluyendo a los proveedores), sin más vínculo que el meramente asociativo.

A pesar de que la propia Telefónica invoca una supuesta actividad común, lo cierto es que no se ha especificado ni acreditado por su parte labor alguna realizada en común por los asociados. En cuanto a la consecución por los asociados de los intereses de la propia asociación, la Resolución de 8 de junio de 2000 estableció que tales actividades no conllevan el desarrollo de una actividad común en el seno de ese colectivo, prohibiendo a Telefónica constituir GCU para la realización de actividades tendentes a la protección de los intereses de la asociación.

Por ello, tras el análisis de la supuesta actividad común alegada por Telefónica en el presente procedimiento ha quedado acreditado que la condición de la mayoría de los miembros en esos grupos venía dada por la pertenencia a una asociación empresarial determinada, y que este vínculo asociativo era el único elemento que determinaba la estructura del colectivo, sin que el núcleo en torno al cual se vertebraba el establecimiento del grupo estuviera alrededor de una actividad a desarrollar por todas ellas.

Por último, en el hecho probado quinto queda acreditado que, en el marco del acuerdo de colaboración para la constitución de GCUs citado anteriormente, Telefónica ha incurrido de nuevo en prácticas idénticas a las consideradas en la Resolución de 8 de junio de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución de 8 de junio de 2000 concluyó que las practicas consistentes en constituir GCUs entre asociaciones empresariales y sus entidades asociadas, sin más vínculo que el meramente asociativo, eran contrarias al marco legal establecido y que, por lo tanto, Telefónica debía cesar en la prestación del servicio, así como que habría de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en ese procedimiento (apartado tercero de la citada Resolución).

Asimismo, la Resolución de 8 de junio de 2000 concluyó también que no resulta aceptable considerar como actividad común la relativa a la consecución por sus miembros de los propios intereses de la asociación, pues esa labor de defensa de los respectivos intereses se realiza por la propia asociación.

En el presente caso, y en idénticos términos al supuesto recogido en la Resolución de 8 de junio de 2000, la asociación empresarial AEDHE constituía una entidad jurídica diferenciada de cada uno de sus asociados. La adhesión a las condiciones de GCU acordadas por ella y Telefónica no tenía por objeto la realización de una actividad común junto con el resto de los asociados, sino que tenía lugar a los efectos de canalizar más adecuadamente la protección de los intereses propios. Al igual que en la Resolución incumplida de 8 de junio de 2000, la actividad propia de la asociación no era llevada a cabo por los integrantes de la agrupación, sino por ella misma.

Además, y como queda acreditado en el presente expediente, las empresas asociadas a la misma resultan ser también distintos agentes económicos que operan cada una de ellas en un sector determinado y se dedican cada una de ellas a una actividad concreta.

Por todo ello, dado que las prácticas derivadas del acuerdo ahora examinado en el presente expediente se configuraron por la propia asociación empresarial con sus empresas asociadas en idénticos términos a las analizadas en el Resolución de 8 de junio de 2000, pues Telefónica en el presente caso constituyó un GCU entre la asociación empresarial AEDHE y sus asociados, sin más vínculo que el meramente asociativo y sin que haya actividad común alguna, esta Comisión considera que Telefónica ha incumplido dicha Resolución por cuanto que nuevamente ha efectuado, en el marco de ese convenio de adhesión, una práctica idéntica a la que se prohibió en el procedimiento que dio origen a esta Resolución de 8 de junio de 2000.

B) COMUNICACIONES QUE PUEDEN PRESTARSE EN GRUPO CERRADO DE USUARIOS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, el apartado tercero del Resuelve de la Resolución de 8 de junio de 2000 establecía también la obligación de que Telefónica debía hacer uso de la figura normativa del Grupo Cerrado de Usuarios conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión.

A este respecto, se ha analizado las actuaciones realizadas por Telefónica en el presente supuesto en cuanto a las comunicaciones objeto del servicio GCU que se presta (off-net y on-net), con objeto de saber si en el acuerdo de la AEDHE se ha hecho uso de la figura normativa de GCU al margen de la interpretación que la CMT hizo de ella, de conformidad con la normativa vigente y, por lo tanto, si ha existido un incumplimiento del apartado tercero del resuelve de la Resolución de 8 de junio de 2000.

En la indicada resolución se especificaban las comunicaciones que pueden quedar incluidas en la prestación de servicios en Grupo Cerrado de Usuarios. Los requisitos anteriormente destacados han sido puestos de manifiesto en las precedentes Resoluciones de esta Comisión en materia de GCUs, y se derivan directamente de la normativa aplicable. En el hecho probado sexto se han transcrito las conclusiones alcanzadas por la CMT en su Resolución de 18 de mayo de 2000, y reiteradas en la de 8 de junio de 2000.

Como ha quedado acreditado en el indicado hecho probado sexto, en el marco del convenio de colaboración suscrito por Telefónica y la asociación AEDHE, Telefónica ha aplicado unas condiciones económicas especiales establecidas para llamadas on-net (dentro del GCU) a comunicaciones off-net, lo que implica que ha aplicado a las llamadas efectuadas como servicio telefónico disponible público unos precios fijados para el servicio telefónico en GCU, en infracción del resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000.

En efecto, junto a las condiciones generales del citado acuerdo de colaboración, en el anexo I Telefónica fijó los precios aplicables a los GCUs formados al efecto, estableciendo la distinción entre llamadas fijo a móvil, entre otras. Sin embargo, como ya mencionamos anteriormente las comunicaciones fijo a móvil son llamadas que por su naturaleza no pueden realizarse dentro de la misma red interna que se configura para el GCU, sino que se hacen entre redes públicas diferentes, salvo que se presten a través de técnicas de red privada virtual, lo que no ha sucedido en este caso. Consecuentemente, estas comunicaciones no se pueden calificar de servicio telefónico en GCU (on-net), sino de servicio telefónico disponible al público (off-net).

Además, como se establece en el hecho probado sexto, los descuentos han sido aplicados a los miembros del GCU constituido por la asociación AEDHE, independientemente de que las llamadas se efectuaran dentro (on-



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

net) o fuera del grupo (off-net), tal y como se ha podido observar en las facturas emitidas a algunos integrantes de la asociación como son las empresas y Así, Telefónica ha aplicado a las llamadas efectuadas como servicio telefónico disponible al público, unos precios fijados para el servicio telefónico en GCU.

Por otra parte, y como ha quedado acreditado en el hecho probado segundo de la presente resolución, los modelos de acuerdos para constitución de GCU, que fueron presentados por ella ante esta Comisión, iban acompañados de unas condiciones contractuales que serían idénticas para todos aquellos colectivos que quisieran constituir con ella GCUs.

Si bien en el seno del presente procedimiento se analizó especialmente el GCU constituido por la AEDHE, es más que razonable pensar (según las reglas de la sana crítica, que han de presidir la valoración de las pruebas en todos los procedimientos, administrativos o judiciales) que los descuentos establecidos en el modelo de acuerdo han sido utilizados también, y han sido aplicados de la misma forma irregular, para todos aquellos GCU constituidos al amparo del mismo modelo de contrato, lo que supondría un incumplimiento generalizado de la resolución de esta Comisión. A esta conclusión se llega por un doble orden de razones:

Por una parte, Telefónica ha aplicado descuentos a las llamadas de fijo a móvil de todos los GCU que ha constituido al amparo del modelo de contrato, con independencia de que las llamadas se cursaran a través de técnicas de red privada virtual. Reflejada esta circunstancia en la propuesta de resolución formulada por la Instructora, Telefónica no ha formulado alegación alguna, ni ha tratado de negar este hecho a través de la oportuna prueba que acreditara la implantación de técnicas de red privada virtual en los grupos cerrados de usuarios constituidos

De otra parte, en los modelos de acuerdos para la constitución de GCU presentados por Telefónica ante esta Comisión se observa que las condiciones económicas ahí establecidas se aplicarían a las llamadas cursadas entre miembros del grupo; la aplicación práctica de este modelo de contrato ha sido muy distinta, por cuanto que se ha acreditado en el hecho probado sexto que Telefónica ha aplicado indebidamente en el GCU de AEDHE unos descuentos lineales a la totalidad del tráfico cursado, independientemente de que las llamadas se efectuaran en el seno del grupo o fuera del mismo, siendo las llamadas en este segundo caso propias del servicio telefónico disponible al público.

Si en los contratos que (como el del GCU de la AEDHE) siguen el modelo general (que prevé aplicar descuentos sólo a las llamadas entre



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

miembros del grupo), en su aplicación práctica se apartan de la letra del contrato (aplicando los descuentos a todo tipo de llamadas), cabe racionalmente colegir, según las reglas de la sana crítica, que Telefónica ha aplicado descuentos lineales, sin distinción entre llamadas a miembros del grupo y a personas ajenas al grupo, a la generalidad de los grupos cerrados de usuarios constituidos conforme a ese modelo general.

En consecuencia, Telefónica, al aplicar unos descuentos lineales a la totalidad del tráfico cursado, independientemente de que las llamadas se efectuaran en el seno del grupo o fuera del mismo, ha hecho uso de la figura de GCU de forma contraria a la interpretación que la CMT hizo de la misma, de conformidad con la normativa vigente, incumpliendo con ello el tercer resuelve de la Resolución de 8 de junio de 2000, que establece que las únicas comunicaciones permitidas al amparo de una autorización de tipo A son las puramente internas, las establecidas entre los miembros del grupo (*"on-net"*), excluyéndose las comunicaciones establecidas entre los miembros del GCU y terceros ajenos a éste (*"off-net"*), que deberán ser facturadas por Telefónica a los precios previstos en la normativa tarifaria en vigor.

De conformidad con todo lo actuado cabe concluir que Telefónica ha incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones consistente en el incumplimiento del tercer apartado del Resuelve de la Resolución de esta Comisión de 8 de junio de 2000, al no haber cumplido la obligación de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en ese procedimiento, y no haber hecho uso de la figura normativa del Grupo Cerrado de Usuarios tal y como ha sido interpretada por esta Comisión, conforme a las previsiones del legislador.

TERCERO. Culpabilidad de Telefónica en la comisión de la infracción.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La STS de 12 de diciembre de 1995 reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

"La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del "ius puniendi" del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC ...”.

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 LRJPAC establece:

“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el sancionado sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130,1 de la LRJPAC. En este sentido se expresa la STSJ Andalucía/Granada 28 noviembre 1994 (RJCA 1995/678):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.” (F.D. 5)

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1991/477) en su Fundamento de derecho 4 enuncia claramente la conceptualización del principio de culpabilidad:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este elemento de la culpabilidad concurre en la actuación que ha llevado cabo Telefónica y que se ha calificado como constitutiva de infracción muy grave.

Partiendo de la citada doctrina jurisprudencial, según la cual, demostrada por la Administración la voluntariedad del sancionado en la realización de la infracción queda satisfecho el principio de culpabilidad y, del tenor de los hechos probados y del relato de los antecedentes de hecho, se aprecia la existencia de voluntad en Telefónica de constituir GCU por una Asociación con sus entidades asociadas y de prestar el servicio telefónico disponible al público a unos precios especiales establecidos para el servicio telefónico en GCU.

Por todo cuanto antecede cabe concluir que Telefónica es responsable directa de la infracción a la que se refiere el fundamento de derecho anterior.

CUARTO. Contestación a las alegaciones de Telefónica en sus escritos de fechas 18 de febrero y 16 de abril de 2002.

En relación con las alegaciones presentadas por Telefónica en sus escritos de fechas 14 de febrero y 16 de abril de 2002, recibidos en esta Comisión, respectivamente, el 18 y 16 del mismo mes y año (documentos núms. 7 y 13), cabe significar lo siguiente:

1ª.- Alegación consistente en que, el presente procedimiento sancionador, **se ha tramitado fuera de los cauces procedimentales oportunos** y, por tanto, el mismo adolece de nulidad de pleno derecho *al prescindir total y absolutamente de los más elementales principios que han de presidir la potestad sancionadora.*

Telefónica alega que, el expediente MTZ 2001/4138, tramitado por esta Comisión, terminó con la Resolución por la que, entre otras cosas, se acordó abrir procedimiento sancionador contra esa entidad. A su entender, se trata de un expediente sancionador encubierto en el que ya se establece y declara incumplida la Resolución de 8 de junio de 2000 (la existencia de un ilícito administrativo), faltando tan solo la determinación de la cuantía de la multa y haciendo que el presente procedimiento sancionador queda vacío de contenido, al estar predeterminada la resolución final.

La presente alegación debe ser rechazada por cuanto que esta Comisión, en el ejercicio de las potestades sancionadoras que le otorga la Ley (artículo 84 de la LGTel), está plenamente habilitada para acordar la apertura de un procedimiento sancionador en cualquier momento en el que se le pone



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en conocimiento la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa debidamente tipificada.

En este sentido, si en la instrucción de un determinado expediente se derivara el conocimiento de conductas o hechos susceptibles de constituir infracción, la Comisión como órgano que tiene atribuida la potestad sancionadora podrá acordar de oficio la iniciación de un procedimiento sancionador, en virtud de la normas y fundamentos jurídicos señalados en la Resolución de fecha 24 de enero de 2002.

De acuerdo con lo anterior, no resulta relevante, a los efectos de la pretendida nulidad, la circunstancia relativa a que dicho acuerdo por el que se inicia procedimiento sancionador se haya dictado en la misma resolución del Consejo por el que se resuelve el expediente MTZ 2001/4138 tramitado por ella misma, pues la potestad sancionadora de este órgano para acordar tan sólo el inicio de un procedimiento de esta naturaleza no viene condicionada a que se dicte en un acto distinto. Tampoco existe norma alguna de aplicación que exija un requisito formal en este sentido.

En el presente supuesto, la Resolución en la que se acuerda iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica estableció de forma motivada en los Fundamentos de Derecho, todos y cada uno de los requisitos legales para que dicho acto surta sus efectos legales, sin que en ningún momento se hayan producido infracción alguna a los principios que presiden la potestad sancionadora de esta Comisión, como invoca sin justificación alguna la denunciada en su escrito de alegaciones.

En este sentido, no se trata de un expediente sancionador encubierto en el que ya se declara la existencia de un ilícito administrativo, sino que como se estableció en dicha Resolución, y derivado de la instrucción de ese expediente, se constató la existencia de indicios suficientes para considerar que concurrían las circunstancias que justificaban la iniciación de un procedimiento sancionador contra Telefónica por el presunto incumplimiento del tercer resuelve de la Resolución de 8 de junio de 2000.

Consecuentemente con ello, se acordó iniciar procedimiento sancionador que tras la oportuna tramitación en otro expediente por la instructora designada al efecto, podría dar lugar o no a la imposición por el Consejo de una sanción de las recogidas en la Ley. De esta manera, se rechaza la alegación relativa a que el presente procedimiento sancionador queda vacío de contenido y, menos aún, que de esta manera está predeterminada la resolución final.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, y sin más consideraciones, debe ser rechazada la presente alegación por carecer de fundamento legal alguno que ampare la pretendida nulidad alegada por Telefónica.

2ª.- Sobre la incompetencia de la CMT para tramitar el presente procedimiento sancionador, por entender que no hay incumplimiento sancionable por este órgano, al ser el contenido de la Resolución de esta Comisión un recordatorio a Telefónica de su obligación de cumplir el ordenamiento jurídico, cuestión de la que carece de competencia para sancionar.

Telefónica alega en este segundo punto que, esta Comisión tan solo le puede imputar, a los efectos meramente dialécticos, el incumplimiento de los requisitos exigidos normativamente para la constitución de GCUs y como han sido interpretados por la CMT, lo que en ningún caso es sancionable con medida distinta a la ya emprendida por este organismo de advertirles de la retirada de la licencia habilitante para dicho servicio.

Con carácter previo, se rechaza la alegación sobre que la CMT carece de la competencia necesaria para sancionar a la entidad Telefónica, puesto que como se señaló en el acuerdo de inicio y se reitera ahora, de conformidad con el artículo 84 de la Ley General de Telecomunicaciones, corresponde a esta Comisión la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones derivadas de incumplimientos a resoluciones, instrucciones y requerimientos por ella emanados.

En efecto, en el acuerdo de inicio se le imputa a Telefónica un presunto incumplimiento de una Resolución anterior de esta Comisión dictada el día 8 de junio de 2000, por lo que en el presente supuesto resulta indiscutible la potestad sancionadora que ejerce esta Comisión para la tramitación y resolución del presente procedimiento sancionador. Cuestión diferente, y que confunde Telefónica, es si de la instrucción del procedimiento se pudiera determinar como infracción o no la actividad realizada por Telefónica.

Por otro lado, Telefónica alega que el único contenido del resuelve tercero de la Resolución incumplida se refiere a una obligación de cumplir el ordenamiento jurídico, en concreto, el cumplimiento de los requisitos exigidos normativamente para la constitución de GCUs tal y como han sido interpretados por la CMT, supuesto en el que este organismo carece de competencia para sancionar.

Igualmente esta alegación debe ser también rechazada por cuanto que no es cierto que el resuelve tercero de la citada Resolución estableciera como único contenido el alegado por Telefónica, sino que viene a imponer una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligación de no hacer, o mejor dicho de no volver a hacer, prácticas como las analizadas en el marco de ese expediente en relación con la constitución de GCUs. Cabe recordar que, en ese expediente, como consecuencia del análisis realizado a unos determinados GCUs y la declaración de no estar conforme a la normativa de aplicación, se impuso por parte de esta Comisión una serie de obligaciones a Telefónica, entre las que se incluye también prohibirle hacer en el marco de futuros acuerdos prácticas como las ahí analizadas, sin que tal declaración se pueda entender como una prohibición general de incumplimiento de la normativa de aplicación.

Como se viene manifestando a lo largo de este escrito, por parte de Telefónica se realizó una práctica idéntica a la entonces analizada en relación a la constitución de GCUs, por lo que en este caso sí se le puede imputar un incumplimiento de una de las obligaciones impuestas en una Resolución anterior, cuya competencia sancionadora le corresponde a esta Comisión de conformidad con el artículo 84 de la Ley.

3ª.- Dado que se le imputa el incumplimiento de una Resolución anterior de esta Comisión, se alega una excesiva amplitud e inconcreción en la prohibición establecida en el apartado tercero del Resuelve de la Resolución de 8 de junio de 2000, que resulta discutible como configuradora de una supuesta infracción administrativa. Para argumentar tal afirmación, la entidad Telefónica analiza la **tipificación de la conducta** supuestamente infractora.

Telefónica llega a la conclusión de que las limitaciones que la Resolución de 8 de junio de 2000 impone al operador son las siguientes:

- *Que no cabe concluir acuerdos considerando que el mero vínculo asociativo constituye una actividad en común que justifique la composición de un GCU.*
- *Que no es conforme al Ordenamiento jurídico establecer un GCU en el que las asociaciones empresariales constituyan el núcleo común al que se incorporan sus entidades asociadas, por el mero hecho de serlo.*

De acuerdo con las mismas, alega que no ha incumplido dichas limitaciones en el marco del expediente MTZ 2001/4138 al constituir los GCUs en ella analizados, por cuanto que:

- *AEDHE está compuesta por, aproximadamente, 1.400 miembros.*
- *La mayoría de estos miembros no forman parte de este GCU.*
- *EUROJOP tiene su propio GCU diferente del constituido por AEDHE y sus componentes no son miembros de esa asociación.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Los miembros del GCU de AEDHE, identificados como "asociados", están en dicho GCU, no por su pertenencia a la Asociación, sino por la existencia de una actividad en común.*

A juicio de Telefónica, la Resolución en cuestión no prohíbe que un miembro de una asociación pueda formar parte de un GCU constituido por ésta si mantiene una actividad con ella, sino lo que la CMT prohibía es que la mera pertenencia a la asociación sea un vínculo suficiente para considerar que existe una actividad en común.

Asimismo, se alega que no se da la supuesta coincidencia de las prácticas prohibidas en la Resolución anterior, y sólo una extensión analógica (prohibida expresamente en materia sancionadora), permitiría incardinar el supuesto analizado en la Resolución de 24 de enero de 2002 en el presupuesto de hecho prohibido por la Resolución de 8 de junio de 2000, pues concluye afirmando lo siguiente:

- *La Resolución de 8-6-2000 prohibía que una Asociación formase un GCU con la práctica totalidad de sus asociados, sin mediar otro vínculo más que la pertenencia a dicha Asociación.*
- *El supuesto analizado en el expediente MTZ 2001/4138 consiste en la mediación de una Asociación en la contratación de los GCUs que constituyan los miembros de la misma que así lo deseen, y una contratación de la propia Asociación únicamente con aquellos miembros entre los cuales hay una mínima parte de los componentes de la Asociación.*

Cabe recordar a Telefónica que, de acuerdo con los escritos presentados por la AEDHE y los documentos por ella misma aportados en el expediente MTZ 2001/4138 (anexo 1 del documento núm. 10 de Telefónica de 29-05-01, obrante en el índice del presente procedimiento con el núm. 6), entre los miembros del GCU analizado se señala la condición de "asociados" en algunos de ellos (recientemente en la contestación al requerimiento se mencionan y), sin que medie otro vínculo que la mera pertenencia a la AEDHE.

Como reconoce la propia AEDHE en contestación al requerimiento de la Instructora de fecha 27 de febrero de 2002, el vínculo que une a la asociación con los miembros del GCU que son asociados, esto es con las citadas empresas y, *"es el consistente en la participación en aspectos relacionados con la actividad de la Asociación, que no es otra que la de fomentar y defender el sistema de iniciativa privada, considerando la empresa como núcleo básico de creación de riqueza y de prestación de servicios a la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sociedad, promover el desarrollo de la actividad industrial y comercial en el Corredor del Henares".

A este respecto, cabe reiterar lo que ya se indicó en la Resolución de 8 de junio de 2000, en cuanto que las actividades que se realizan para el desempeño de la labor propia de la asociación, no conlleva el desarrollo de una actividad común por parte de los miembros del colectivo en el seno de ésta ("*...Implica, eso sí, que todos ellos se acogen a la labor de defensa de los respectivos intereses que la asociación está llamada a desempeñar, y que supone el ejercicio de una concreta actividad*"), sino que se desempeña por la propia asociación como entidad jurídica diferenciada de cada uno de sus asociados, a los efectos de canalizar adecuadamente la protección de los intereses propios, siendo las actividades que de ello derivan asumidas por la propia asociación como tal, y no de sus miembros.

Telefónica afirma en su escrito de alegaciones que, el vínculo que tienen las entidades asociadas a la AEDHE, como miembros del GCU, consiste en la realización de una actividad común, ya que en caso contrario, en vez de estar integrados por un número mínimo de asociados por el mero vínculo asociativo, tendrían que estar la totalidad o gran parte de ellos.

Esta Comisión rechaza el argumento de que los miembros del GCU analizado están en dicho grupo por la existencia de una actividad común, puesto que:

Por un lado, y como ella misma afirma -contradiciéndose-, dado que las actividades de la mayoría de los miembros están dirigidas a proveer a la asociación de diversos productos y servicios (catering, formación, servicios de imprenta..) se constituyó el GCU conforme al supuesto contemplado en la letra f) del anexo al Reglamento de Interconexión compuesto por las filiales, clientes, empleados o proveedores, en vez de por la letra e) del mismo anexo correspondiente al formado por quienes desarrollen una actividad común para comunicaciones derivadas de su ejercicio.

Por otro lado, y para los miembros identificados sólo como asociados, Telefónica no especifica qué actividades realizan en común con la Asociación, o si son proveedores, limitándose tan sólo a alegar que lo relevante es que la mayoría de las actividades se refieren a la citada provisión de productos y servicios, y no que algunos miembros fuesen o no meros asociados, al no tener tal condición la mayoría.

En cuanto al argumento relativo a que por el mero vínculo asociativo tendrían que estar la totalidad o gran parte de ellos, cabe reiterar que, como se expuso en la Resolución de 8 de junio de 2000, en ningún momento de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

descripción de las prácticas prohibidas en relación a los GCUs se está refiriendo a que sea necesario que todos y cada uno de los miembros que forman el grupo deban tener la consideración de asociados. No obstante, este argumento empleado por Telefónica tan solo se apoya en esta literalidad (que como ella misma afirma no pretende esgrimir) para argumentar que el mero vínculo asociativo está prohibido para constituir un GCU.

De acuerdo con ello, y dado que para la constitución del GCU analizado en algunas entidades tan sólo se dio el vínculo asociativo entre estos miembros socios y la asociación, se ha de concluir que por parte de Telefónica se ha realizado una práctica idéntica a la que se prohibió por la Resolución de 8 de junio de 2000, sin que esta Comisión aplique extensión analógica alguna.

Finalmente, y respecto a los últimos apartados a los que se refiere Telefónica en esta tercera alegación de su escrito, en cuanto a la *"Falta de inclusión de la existencia del consentimiento expreso y escrito y del deber de investigar o comprobar las condiciones de los miembros del GCU en la normativa reguladora del GCU y en las Resoluciones de la CMT, la no acreditación por la CMT de inexistencia de consentimiento por parte de los integrantes del GCU y el conocimiento, por parte de la CMT, de los contratos suscritos por Telefónica de España con sus clientes y de la operativa con la que ha prestado el servicio de telefonía vocal en GCU en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 8 de junio"*, no resulta preciso contestar a las alegaciones en ella contenidas por cuanto que se tratan de cuestiones que quedan al margen del objeto del presente procedimiento sancionador.

Por todo ello, cabe concluir que las alegaciones presentadas por Telefónica ante esta Comisión no desvirtúan los hechos que le han sido imputados en el presente procedimiento sancionador.

QUINTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 82 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), como en el artículo 131.3 de la LRJPAC se aprecia en el caso presente las siguientes circunstancias agravantes:

a.1 La reiteración (artículo 131.3 LRJPAC)

Existe de otra infracción cuya sanción corresponde a esta Comisión cometida anteriormente por Telefónica. Con anterioridad a la fecha de esta resolución, se impuso a Telefónica otra sanción por Resolución firme de la Comisión de fecha 20 de julio de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mantiene Telefónica que no puede considerarse que exista reiteración únicamente porque se haya cometido una infracción muy grave el 20 de julio de 2000. En primer lugar, porque resultarían agravadas todas las posibles infracciones cometidas por Telefónica a partir de esa fecha con independencia del lapso de tiempo en que se produzcan. En segundo lugar porque la reiteración debe referirse a infracciones de la misma naturaleza. Y en tercer lugar porque se exige la firmeza de la resolución administrativa previa.

En relación con esta alegación conviene distinguir la reiteración a que alude el artículo 131.3.a) de la Ley 30/1992 de la reincidencia a que se refiere el mismo artículo en su apartado c).

Mientras que la reincidencia se refiere a la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarada por resolución firme, la reiteración, que es la circunstancia agravante apreciada en el presente caso, se refiere a infracciones de índole diversa de la que se le juzga, en lo que se diferencia de la reincidencia. A modo de ejemplo, la Sentencia la Sala de Penal del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10399).

Cuestión diferente es la alegación relativa a la firmeza de la resolución administrativa previa.

En el ámbito administrativo, por efecto del principio de autotutela administrativa, y para los casos del tipo agravado de reincidencia (art. 131 .3.c), a pesar de la existencia de una jurisprudencia vacilante, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 2000(RJ 2000/9375), que cita otras anteriores, señala que basta que el acto sancionador previo que sirve de referencia para la reincidencia haya adquirido firmeza en vía administrativa, aún cuando pueda encontrarse pendiente un recurso contencioso administrativo en el que no se haya acordado una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto sancionador.

Esta Comisión desconoce jurisprudencia del Tribunal Supremo que mantengan el mismo criterio respecto de la reiteración, lo que podría conducir a seguir el mismo criterio establecido que para la reincidencia, por las mismas razones que ese alto Tribunal ha estimado en el caso de la reincidencia.

No obstante, Telefónica invoca una sentencia reciente de la Audiencia Nacional en la que, para el caso de la reiteración en el supuesto enjuiciado por ese Tribunal, se considera necesario que el tipo agravado en cuestión esté sustentado en una resolución administrativa firme, sobreentendiendo que en vía judicial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tal razón y para el caso presente, a falta de un criterio jurisprudencial que permita adoptar una línea clara en relación a este tipo agravado, se considera preferible ante tal evidencia no considerar esta causa de agravación, estimando la alegación de Telefónica.

a.2 La intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción (art. 131.3 de la LRJPAC)

En el fundamento de derecho tercero se ha dejado claro, que el principio de culpabilidad vincula la voluntariedad a la realización del acto que la norma prohíbe y, por lo tanto, no exige la voluntad de vulnerar la norma. Ahora bien, esta otra intencionalidad es causa de agravación de la responsabilidad.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1981, (RJ 1981/5332) manifiesta lo siguiente:

"... Las sanciones administrativas... corresponden a infracciones de índole ciertamente subjetiva pero limitada a voluntariedad de la acción o vínculo entre ésta y el sujeto agente como presupuesto de constitución a nivel social de la relación de base individual de imputabilidad propia de la personalidad consciente sujeta por el ordenamiento Jurídico a conocer no sólo las típicas disposiciones que con rango de Ley formal autorizan a la Administración a sancionar sino también a aquéllas que en forma de reglamentos administrativos debidamente publicados las desarrolla, mientras que la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de las referidas disposiciones administrativas -no confundible con la causación empírica o material del resultado lesivo para los intereses públicos protegidos por la norma tipificante- es factor, en cualquiera de sus modos doloso o culposos, que actúa sobre la graduación de las sanciones administrativas, o sea, no ya sobre la infracción en cuanto ente jurídico, sino sobre su consecuencia o sanción a imponer por los órganos u organismos de la administración Pública en proporcional medida..." (Considerando primero).

La consideración de que esta otra voluntariedad (como intención o voluntad consciente de vulnerar la norma) es causa de agravación, lo avala el art. 131.3 de la LRJPAC:

"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a.La existencia de intencionalidad o reiteración. (...)''

En el presente caso, además de esa voluntad del infractor necesaria para estimar la concurrencia de culpabilidad de acuerdo a una consideración subjetivista, concurre esa intención específica de infringir de forma consciente el ordenamiento jurídico.

El resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000 prohibía a Telefónica la realización de determinadas prácticas, por lo que se refiere tanto a la configuración del GCU como a las condiciones económicas aplicables .

Siendo la Resolución de la CMT inmediatamente ejecutiva, todo incumplimiento de la misma constituye una infracción sancionable. Pese a conocer esta circunstancia Telefónica vuelve a configurar un GCU entre los asociados y la asociación, y aplica a las llamadas efectuadas como servicio telefónico disponible unos precios fijados para el servicio telefónico en GCU, en clara infracción del resuelve tercero de la resolución de esta Comisión de 8 de junio de 2000.

Lo anterior es indicativo de que Telefónica siendo plenamente consciente del contenido de la Resolución y de su carácter inmediatamente ejecutivo ha eludido conscientemente su cumplimiento.

A este respecto, Telefónica, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, niega que hubiera tenido intención de incumplir la resolución amparándose en la carencia normativa de la materia de GCU, que ha originado que haya tenido que intervenir la CMT dictando resoluciones interpretadoras que generan inseguridad jurídica.

Como ya se ha dicho anteriormente para la culpabilidad no exige la voluntad de vulnerar la norma, pero esta otra intencionalidad como es la intención o voluntad consciente de vulnerar la norma es causa de agravación de la responsabilidad (artículo 131.3 de la LRJPAC).

En el presente caso, además de esa voluntad del infractor necesaria para estimar la concurrencia de culpabilidad de acuerdo a una consideración subjetivista, concurre esa intención específica de infringir de forma consciente el ordenamiento jurídico.

No resulta aceptable, y mucho menos a Telefónica, que se ampare en la carencia de normativa aplicable a los GCU para incumplir una Resolución de esta Comisión. Esta entidad es plenamente conocedora de esta circunstancia (mejor incluso que el resto de los operadores, pues ha venido durante muchos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

años prestando dicho servicio en régimen de monopolio y a ella van dirigidas las múltiples resoluciones que, como inmediatamente se dirá, ha dictado la CMT sobre la materia) y a pesar de ello vuelve a configurar un GCU entre los asociados y la asociación, y aplica a las llamadas efectuadas como servicio telefónico disponible unos precios fijados para el servicio telefónico en GCU, en clara infracción del resuelve tercero de la resolución de esta Comisión de 8 de junio de 2000.

a.3 La naturaleza de los perjuicios causados (artículos 131.3 LRJPAC y 82 LGTel).

En el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Telefónica alega que los ingresos brutos que se han de considerar para la imposición de la sanción son los correspondientes a los servicios objeto de la conducta sancionable, como son los servicios telefónicos en GCU.

Esta alegación se rechaza por carecer de cobertura legal, ya que el artículo 82 de la Ley General de Telecomunicaciones establece como límite para fijar el importe de la sanción el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio, sin hacer distinción alguna o precisión sobre si esos ingresos serán de los servicios relacionados con la infracción que se les imputa. Cabe señalar que cuando la Ley ha querido distinguir o especificar lo ha hecho, como es el caso del artículo 71 de la citada Ley General de telecomunicaciones que no sólo incluye la mención expresa a los ingresos brutos de explotación sino que en el párrafo siguiente establece qué se entiende por estos ingresos de explotación. Por lo tanto, no indicando nada en la Ley a este respecto por parte de esta Comisión se ha de tener en cuenta lo que establece el artículo 82 que son los ingresos brutos anuales por el global de todas sus actividades comerciales.

En este sentido la sanción acordada se ajusta plenamente al contenido de las normas que le resultan de aplicación.

Por otro lado, se alega por Telefónica que en el presente caso no ha existido perjuicio alguno a la competencia ni que dicha actuación haya restringido la capacidad para hacer ofertas por parte de los otros operadores, por lo que de esta forma no cabe identificar agravante alguna en aplicación de los artículos 131.1 de la LRJPAC y 82 de la Ley General de Telecomunicaciones. Asimismo, se niega por parte de Telefónica que se haya realizado una practica generalizada.

Para justificar esta alegación, Telefónica parte de la premisa de que la conducta que ahora se le imputa se refiere tan solo a un GCU constituido por la asociación AEDHE (lo que ya ha sido debidamente contestado con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anterioridad) y que, dado el bien jurídico protegido por el tipo infractor (la autoritas de esta Comisión), sólo han de ponderarse los perjuicios causados a tal bien jurídico.

Sin embargo, el bien jurídico protegido por el precepto legal que tipifica el incumplimiento de las resoluciones de la CMT como infracción muy grave no es sólo, como indica Telefónica, la “autoritas” de la CMT. El incumplimiento de una resolución afecta también, de manera directa, al bien jurídico protegido por la resolución que se incumple. Si, como ocurre en el presente caso, la resolución incumplida tenía como objeto salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones mediante el ejercicio de las funciones expresadas en el artículo 1.Dos.2, apartados c) (“Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso las situaciones discriminatorias (...), para lo que dictará las resoluciones oportunas”), f) (“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, (...) y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”) y h) (“la CMT vigilará la debida aplicación de las tarifas por los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan”) de la Ley 12/1997, el incumplimiento por Telefónica de esa resolución lesiona de manera directa e inmediata al mantenimiento de unas condiciones de competencia efectiva en el mercado.

En consecuencia, los perjuicios causados por la actuación de Telefónica han de ser analizados desde esa doble perspectiva. No obstante, con carácter previo conviene indicar que la forma y condiciones en que Telefónica puede prestar sus servicios de telecomunicaciones en GCUs ha sido objeto de numerosas resoluciones de la CMT. A la hora de valorar la proporcionalidad de la sanción que ha de merecer el incumplimiento objeto de esta resolución de la CMT conviene traer a colación las sucesivas resoluciones dictadas por esta Comisión, alguna de ellas confirmada por la Audiencia Nacional, en esta materia:

- Resolución de 16 de septiembre de 1999

“... Con fecha 18 de febrero de 1999, la Cámara de Comercio de Bilbao y TELEFONICA (entonces denominada TSOSTE, S.A.) concluyeron un Acuerdo que, tomando como premisa la similitud de las necesidades de comunicación que presentan determinados usuarios de los servicios telefónicos, está ordenado a ofrecer una solución que dé respuesta a dichas necesidades de forma integral, tecnológicamente avanzada y económicamente atractiva, a resultas de una racionalización en el aprovechamiento de los recursos de comunicaciones de voz...

A los integrantes del GCU se les ofrece:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a. reducción base: una serie de precios que suponen ciertos porcentajes de descuento en relación al "precio vigente que Telefónica tiene establecido actualmente, incluido el quantum inicial".
- b. reducción adicional por volumen de consumo en tráfico interprovincial.
- c. facturación en segundos.
- d. adscripción al programa de innovación tecnológica INNOVATEL, que permite canjear el consumo en llamadas de larga distancia por productos y servicios del Grupo Telefónica y de empresas asociadas a dicho programa. La cuota de alta del sistema Ibercom de la Cámara de Comercio de Bilbao se abonará con cargo a los puntos obtenidos por ésta en su calidad de integrante del GCU.

Conforme a la literalidad del Acuerdo, las facilidades referidas se aplicarán a las llamadas telefónicas provinciales, interprovinciales e internacionales efectuadas desde cualquier punto de España, tanto "on-net" como "off-net", incluyéndose asimismo el tráfico fijo-móvil.

En este sentido, la carta firmada por el Director General de la Cámara de Comercio de Bilbao y dirigida a las empresas destinatarias del Plan Camaratel, hace referencia a descuentos en llamadas provinciales, interprovinciales, internacionales y de fijo a móvil. En el folleto publicitario adjunto se hace mención de ahorros que oscilan entre el 10% y el 40%, según el tipo de tráfico cursado...

A. En cuanto a la identidad de los miembros del GCU.

... En el supuesto que nos ocupa, la información y datos expuestos en apartados anteriores ponen de manifiesto que los GCUs a cuyos miembros se oferta el Plan Camaratel son colectivos integrados, cada uno de ellos, por la correspondiente Cámara de Comercio y las empresas asociadas a la misma que estén al día en el pago de la pertinente cuota a la Corporación.

A la vista de esta configuración se estima que dichos colectivos no encajan en las modalidades previstas en los apartados a), b) y d) de la definición contenida en el Reglamento de Interconexión y en el Real Decreto de GCU...

Por lo que respecta a la figura contemplada en el apartado c), esta Comisión estima que ninguna de las dos agrupaciones constituyen un grupo de sociedades en el sentido previsto por el artículo 42 del Código de Comercio...

Tampoco responden los colectivos de constante referencia a la modalidad de GCU descrita en el apartado e): efectivamente, las Cámaras de Comercio y las asociadas son entidades ordenadas al desempeño de actividades propias y diferenciadas...

Como afirma EUSKALTEL, la única coincidencia entre las empresas integradas en la Cámara de Comercio es el pago de un recurso cameral, sin que esto implique el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejercicio de ninguna actividad en común, teniendo en cuenta además que para el caso de que desarrollaran alguna actividad en común, como consecuencia de su condición de empresas, las comunicaciones que podrían realizar al amparo del GCU serían las derivadas de esa actividad en común, más no todas las comunicaciones.

Tampoco se ajustan al último de los supuestos contemplados por la definición normativa de GCU los colectivos objeto de análisis, en tanto en cuanto no están integrados por empresas, filiales, empleados desplazados de la sede social o principales proveedores y clientes, sino por las Cámaras de Comercio y sus empresas asociadas.

A la luz de las consideraciones expuestas y en relación al presente caso, esta Comisión estima que los colectivos a cuyos miembros se les oferta el Plan Camaratel no constituyen un GCU en el sentido previsto la normativa sectorial de aplicación, así como por las condiciones contenidas en la correspondiente Autorización General de tipo A.

Ello desvirtúa el propósito al que responde la vigente regulación de este tipo de servicios en un entorno plenamente liberalizado, como el actual: posibilitar la adecuada satisfacción de las específicas necesidades de comunicación que presentan quienes se ciñen a los perfiles previstos por el legislador, y solo ellos. La especificidad de dichas necesidades deriva de la comunidad de intereses que únicamente concurre en esos supuestos. Ahí radica la identidad propia de esta categoría de servicios, frente a aquellos destinados al público en general...

B. Las comunicaciones establecidas en el marco de un GCU.

... Estas limitaciones, permiten concluir que:

a. las únicas comunicaciones permitidas al amparo de una autorización de tipo A son las puramente internas, las establecidas entre los miembros del grupo ("on net"), con independencia de que se realicen a través de una red privada, o utilizando una red pública bajo técnicas de red privada virtual, con la cautela de que estas técnicas deben garantizar la seguridad e integridad de la red pública utilizada.

b. se entienden excluidas, por el contrario las comunicaciones establecidas entre los miembros del GCU y terceros ajenos a éste("off-net"). En caso contrario, se estaría vaciando de contenido la letra y el espíritu al que responde la legislación sectorial de aplicación, en el sentido referido anteriormente: a saber, posibilitar la adecuada satisfacción de las específicas necesidades de comunicación que presentan quienes se ciñen a los perfiles previstos por el legislador, y solo ellos. La especificidad de dichas necesidades deriva de la comunidad de intereses que únicamente concurre en esos supuestos. Ahí radica la identidad propia de esta categoría de servicios, frente a aquellos destinados al público en general.

c. el establecimiento comunicaciones que vayan más allá del ámbito interno del grupo no puede calificarse de servicio telefónico en GCU, sino de servicio de telefonía disponible al público cuya prestación no puede efectuarse en el marco de una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Autorización General de tipo A, conforme a lo previsto por los preceptos normativos anteriormente señalados y por las condiciones contenidas en por la autorización citada.

En el supuesto que nos ocupa, tanto de los Acuerdos concluidos por las partes como de las alegaciones presentadas por TELEFONICA, resulta que los servicios telefónicos ofertados a las Cámaras de Comercio y empresas asociadas implican el establecimiento de comunicaciones tanto entre miembros de los supuestos GCU como entre estos y terceros ajenos a ellos. En consecuencia, a tenor de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes y a la luz de las disposiciones recogidas por la legislación sectorial aplicable y de las condiciones impuestas por la Autorización General de que dispone TELEFONICA, se estima que el establecimiento de dichas comunicaciones constituye no un servicio telefónico en GCU, sino disponible al público....”

- Resolución de 18 de mayo de 2000, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución.

“B. La figura normativa de los servicios telefónicos en GCU antes y después de la plena liberalización del mercado español de telecomunicaciones.

Cuando a través del Real Decreto 2031/1995, de 22 de diciembre, el legislador introdujo la categoría de los servicios telefónicos en Grupo Cerrado de Usuarios (GCU), catalogándolos además como “servicios de valor añadido” y disponiendo su prestación en libre competencia, lo hizo respondiendo a un propósito concreto: la necesidad y oportunidad de seguir avanzando, progresivamente, en el proceso de liberalización del mercado español de telecomunicaciones, iniciado pocos años antes a la luz de lo dispuesto por la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT). La actuación del legislador español respondía, en definitiva, a lo dispuesto por la Directiva comunitaria 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. Así resulta del preámbulo contenido en el propio Real Decreto.

La categoría normativa de los servicios telefónicos en GCU hizo su aparición en la etapa transitoria comprendida entre la vigencia de las estructuras monopolistas del sector español de telecomunicaciones y la plena apertura de éste. La regulación de esta tipología de servicios fue una vía que ciertamente posibilitó la entrada de segundos operadores en el mercado de los servicios de telefonía fija, con el consiguiente beneficio para el usuario. Efectivamente, cualquier entidad que obtuviese el título habilitante correspondiente podía prestar este tipo de servicios. Sin embargo, no eran servicios accesibles para el “público en general”, como disponía el preámbulo del Real Decreto, y su prestación estaba sujeta a otras limitaciones contenidas en los artículos 1 y 2 del mismo texto normativo.

Constituyen pues una categoría a caballo entre la figura normativa del “servicio final de telefonía básica”, acuñada por el anterior entorno normativo y vinculada a un régimen de monopolio, y la categoría normativa del “servicio telefónico disponible al público”,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

introducida por la vigente legislación sectorial y ligada a una prestación de servicios en libre competencia.

La señalada evolución del mercado español de telecomunicaciones, desde el monopolio hasta su completa liberalización, ha tenido una ineludible y lógica repercusión en los conceptos y categorías normativas acuñados por la legislación anterior. En lo que al GCU se refiere, el legislador ha mantenido (Reglamento de Interconexión y Orden de Autorizaciones Generales) la figura de constante referencia. Pero dado que el vigente marco regulador prevé una total apertura del segmento de telefonía fija, debe necesariamente entenderse que la actual regulación de este tipo de servicios no puede, en buena lógica, responder a la finalidad descrita en párrafos anteriores.

La definición de GCU que recoge el Reglamento de Interconexión permite concluir que los grupos cerrados de usuarios, tal y como han sido concebidos por el legislador, presentan unas específicas necesidades de comunicación. Esta especificidad deriva :

- en el caso de una sola persona (física o jurídica) que se presta a sí misma el servicio (dentro de una misma propiedad privada o entre predios de un mismo titular, sin utilizar espectro radioeléctrico y sin conexión al exterior, o bien a través, exclusivamente, de líneas alquiladas) utiliza el servicio para sí misma : de la ausencia de prestación a terceros.

- en el caso de colectivos : de la comunidad de intereses que únicamente concurre en los supuestos contemplados por el legislador.

Por consiguiente, debe entenderse que, en el actual entorno liberalizado, la regulación de la telefonía en GCU responde a la conveniencia de optimizar la adecuada satisfacción de las específicas necesidades de comunicación de los propios grupos cerrados de usuarios como tales...

En un primer análisis se podría establecer la siguiente clasificación de casos:

a) llamadas a abonados que pertenecen a otros GG. CC. UU.;

b) llamadas a abonados que no pertenecen a ningún GCU. Dentro de este segundo tipo, cabe distinguir, a su vez, entre:

b.1 aquellas otras que se inician en un punto de terminación de red de una red pública (que está integrado en un GCU con otros puntos de la misma red mediante técnicas de red privada virtual) y están dirigidas a otros puntos de terminación de red de la red pública que no pertenecen al GCU ni a la Red Privada Virtual (en adelante, RPV).

b.2 las llamadas iniciadas en una red privada (no virtual), que a su vez está conectada a la red pública, y dirigidas a un punto de terminación de red de esta última;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las llamadas que hemos descrito como tipo a), es decir, aquellas llamadas que se dirigen a abonados que pertenecen a otros GG. CC. UU., deberán cursarse a través de la red pública de telecomunicaciones sobre la que se preste el servicio telefónico disponible al público, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 3.1 y 11.1.c de la Orden de Autorizaciones.

En cuanto a las llamadas del tipo b), comunicaciones establecidas desde los terminales de abonados pertenecientes a un GCU y con destino abonados que no pertenecen a ningún otro GCU, para determinar si su naturaleza es la de un servicio de comunicaciones en GCU o la del servicio telefónico disponible al público es preciso verificar si concurren o no en dichas llamadas todos los requisitos correspondientes al servicio telefónico disponible al público. El Reglamento de Interconexión y la LGTel definen el servicio telefónico disponible al público como:

“La explotación comercial para el público del transporte directo y de la conmutación de la voz en tiempo real con origen y destino en una red pública conmutada de telecomunicaciones entre usuarios, de terminales tanto fijos como móviles.”

A la vista de dicha definición, y en particular a su exigencia de que la comunicación se efectúe "con origen y destino" en la red pública el único aspecto que pudiera suscitar alguna duda es la caracterización del punto de la red donde se inicia la comunicación, esto es, el correspondiente a un abonado perteneciente a un GCU. Ello nos lleva a distinguir los dos subtipos antes descritos como b.1 y b.2, para lo cual es preciso establecer una diferenciación en virtud de la naturaleza pública o privada de la red a la que pertenece el punto desde el que se establecen las comunicaciones "off-net".

Esta distinción es precisa pues, como antes se expresó, la Orden de Autorizaciones establece inicialmente que las autorizaciones generales de tipo A habilitan para el establecimiento o explotación de redes privadas para la prestación del servicio telefónico en grupo cerrado de usuarios, si bien, adicionalmente, el párrafo segundo del apartado 1.d) del artículo 11 de la Orden de Autorizaciones incluye en el ámbito de las autorizaciones generales de tipo A la prestación del servicio telefónico en GCU entre terminales asociados a puntos de terminación de redes públicas de telecomunicaciones con las que se preste el servicio telefónico disponible al público, siempre y cuando se realice mediante técnicas de red privada virtual.

Subtipo b.1: Si el servicio de telefonía en GCU se prestara entre terminales asociados a puntos de terminación de redes públicas mediante técnicas de RPV, la naturaleza pública de la red a la que se encuentra conectado el PTR no se ve alterada por la creación de una red privada virtual para la prestación de los servicios de telecomunicaciones corporativas, en aquellas llamadas que se produzcan fuera de dicho ámbito corporativo, dado que dicha red privada virtual tiene existencia únicamente para aquellas llamadas que tienen lugar entre miembros de un mismo GCU, siendo transparente para aquellas llamadas realizadas fuera de dicho ámbito.

Es decir, el servicio de comunicaciones entre terminales conectados a puntos de terminación de red pública correspondientes a miembros de un GCU y con destino a abonados que no pertenecen a su mismo GCU cumple todos los requisitos básicos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

para su caracterización como servicio telefónico disponible al público (transporte directo, conmutación en tiempo real y origen y destino en una red pública conmutada de telecomunicaciones entre usuarios).

Por lo tanto, el establecimiento de dichas llamadas requiere de la concurrencia de un operador con título habilitante que preste el servicio de telefonía disponible al público sobre la red pública a la que se encuentra conectado el PTR .

Ha de señalarse que en este caso, que hemos denominado subtipo b.1, el operador de GCU no sólo no puede prestar este tipo de comunicaciones "off-net", sino que ni siquiera puede comercializar el servicio telefónico disponible al público prestado por un tercer operador a través de la red privada, pues ello se encontraría igualmente prohibido de modo explícito en el apartado 1.d del artículo 11 de la Orden de Autorizaciones . En efecto, la comercialización, a través de la red privada del servicio telefónico disponible al público prestado por un tercer operador por parte del prestador del servicio de telefonía en GCU, constituiría de algún modo una reventa del servicio telefónico disponible al público, que se encuentra prohibida en el citado artículo 11.1.d) de la Orden de Autorizaciones , salvo que la citada reventa se haga respecto del servicio telefónico al público que preste otro operador. Esta reventa requerirá contar con la pertinente, por el momento, autorización provisional que otorga el Ministerio de Fomento, hoy Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Por todo ello, los precios o tarifas aplicables a dichas llamadas no tendrían, en principio, que venir determinada por la pertenencia del abonado llamante a un GCU, sino que dicho precio se correspondería al aplicado por el operador de servicio telefónico disponible al público a sus clientes o, en el caso de reventa, por el que fije el operador revendedor, que deberá asumir en este punto todas las obligaciones que como prestador de este servicio se le impongan en la correspondiente autorización provisional (y que contemplan, especialmente, un régimen particular de facturación y de responsabilidad sobre la calidad del servicio).

En particular, en aquellos supuestos en los que la titularidad del prestador del servicio de telefonía en GCU coincide con la titularidad del operador del servicio telefónico disponible al público, con carácter general puede afirmarse que la aplicación de unos precios mediante los cuales el servicio telefónico disponible al público se facturase indiferenciada y conjuntamente con el servicio telefónico en GCU podría constituir una forma de comercialización no permitida del servicio telefónico disponible al público. Esto es, ambos servicios deben comercializarse de modo que se distingan netamente.

Elo no plantea especiales problemas con respecto a los operadores que no se encuentren sujetos a un régimen de tarifas reguladas. Sin embargo, la situación presenta particulares características cuando no sólo sucede que el operador es titular tanto de una autorización tipo A como de una licencia tipo A o B, sino que concurre la circunstancia de que se encuentra sometido a una regulación administrativa de los precios (tarifas) aplicables al servicio telefónico disponible al público, como es la situación existente en el caso objeto de esta Resolución, en cuanto a Telefónica de España, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La aplicación de tarifas distintas por la prestación del servicio telefónico disponible al público, por parte de Telefónica, a los miembros de determinados colectivos que formen parte de un GCU ***pudiera constituir un plan de descuento encubierto para un mercado objetivo (que a la vista de la definición de GCU contenida en el Reglamento de Interconexión, estaría constituido fundamentalmente por el segmento empresarial), e infringiría el régimen tarifario aplicable a dicha compañía.***

Subtipo b.2: Si el punto desde el cual se inician las comunicaciones "off-net" estuviera conectado a una red privada, el prestador del servicio de telefonía en GCU deberá solicitar un acceso normalizado o especial, según proceda, a una red pública de telecomunicaciones que le preste el servicio telefónico disponible al público necesario para completar las comunicaciones solicitadas. Las llamadas "off-net" originadas en terminales asociados a puntos de la red privada y con destino a abonados conectados a redes públicas de telecomunicaciones sobre las que se presta el servicio telefónico disponible al público, transitarían por la red privada hasta el PTR que el prestador del servicio de telefonía en GCU tiene con la red pública de telecomunicaciones. A partir de ese punto el servicio de comunicaciones tiene idénticas características que el servicio telefónico disponible al público que el operador presta a cualquier abonado conectado a la red pública a través del correspondiente PTR.

El usuario recibe, pues, un conjunto de servicios que se compone de un servicio de comunicaciones en red privada desde el punto donde se inicia en la red privada hasta el PTR donde se conecta el prestador del servicio de telefonía en GCU a la red pública de telecomunicaciones, y del servicio telefónico disponible al público prestado por el operador entre los PTR del prestador y el PTR del abonado destino de la llamada.

Esto es, el usuario recibiría de Telefónica, en el caso que se está analizando, la prestación agregada de dos servicios, los cuales serían prestados al amparo de dos títulos habilitantes distintos, y con un régimen jurídico diverso, que se mantiene íntegro, sin subsumirse uno en otro. *Así, se trataría, en primer lugar, de la comunicación en el ámbito de la red privada, esto es, desde el punto de inicio en la red privada hasta el PTR que da acceso a la red pública (que se prestaría al amparo de la autorización general de tipo A); y a continuación, de la comunicación en el ámbito de la red pública, esto es, desde el PTR de acceso a la red pública hasta el PTR de destino (comunicación que, conforme a la definición establecida en el Anexo de la LGTel, reuniría los requisitos del servicio telefónico disponible al público, y que por tanto precisaría del correspondiente título habilitante, que podría ser bien una licencia de tipo A o B1 si presta directamente el servicio o una Autorización provisional si revende el servicio telefónico básico que presta un operador con licencia A o B1).*

Por tanto, ninguno de los dos servicios prestados por la misma entidad, Telefónica, al usuario, pierde su régimen jurídico propio en ninguno de sus aspectos, y en especial en lo relativo a los precios y tarifas. Telefónica mantiene su libertad para fijar sus precios en cuanto al estricto servicio en el ámbito del GCU, por el uso de los recursos de la red privada que son necesarios para este tipo de comunicación "off-net", y, asimismo, mantiene su sujeción al régimen



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tarifario del servicio telefónico disponible al público que presta en el seno de estas comunicaciones.

De este modo, el usuario habría de pagar a Telefónica, de un lado, el servicio recibido de ella como operadora del servicio telefónico disponible al público, esto es, el servicio prestado en cuanto a la comunicación que se realiza en el ámbito de la red pública, desde el punto de terminación de red donde está conectada la red privada hasta el destino de la comunicación; dicho servicio sería pagado conforme al régimen tarifario vigente. Y junto a este servicio, el usuario debería pagar el importe correspondiente al servicio de telefonía en GCU, por la comunicación que se desarrolla en dicho ámbito, es decir, desde el origen de la comunicación hasta el citado punto donde la red privada está conectada a la red pública.

Una consideración contraria a la anterior supondría admitir que una combinación de dos prestaciones que realizara Telefónica a un usuario, siendo una de ellas de precio libre -el servicio de comunicaciones en red privada, en este supuesto-, y otra sometida al régimen tarifario -el servicio telefónico disponible al público, en este caso-, permitiría que éste último quedara exento del régimen tarifario, lo cual sería lo mismo que permitir la elusión fraudulenta de este régimen mediante la mera adición de servicios prestados por la misma compañía. Debe hacerse notar que, si bien en este caso se ha adicionado al servicio telefónico disponible al público, el servicio de telefonía en GCU, la argumentación utilizada sería extensible a cualquier otra combinación análoga de servicios.

- Resolución de 25 de mayo de 2000 por la que se acuerda no acceder a la petición formulada por Telefónica de España en relación con las llamadas “off-net” y el servicio de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios.

Esta resolución reproduce los fundamentos de la anterior resolución de 18 de mayo.

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2001 (Sección Octava, Recurso 915/2000)

Esta sentencia desestima el recurso interpuesto contra la resolución de 25 de mayo de 2000, indicando lo siguiente:

“CUARTO.- De la normativa expuesta, que no deja lugar a ninguna duda respecto a su tenor, no cabe concluir como hace la actora, que esté vigente el Real Decreto 2031/95, en función de determinadas filosofías y políticas liberalizadoras. No estando este vigente, por lo ya argumentado, resulta evidente que las “llamadas OFF-NET” en cuanto son comunicaciones establecidas entre miembros de un Grupo Cerrado de Usuarios y terceros ajenos a este quedan excluidas del ámbito legal del servicio telefónico en G.C.U., debiendo incardinarse en servicio de telefonía disponible al público, por lo que resulta plenamente ajustada a derecho la resolución impugnada, que define de forma jurídica adecuada según la normativa aplicable en el momento de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

verificarse la petición, el Grupo cerrado de Usuarios y siendo ello así, debe necesariamente desestimarse el recurso interpuesto”.

- Resolución de 8 de junio de 2000, sobre comercialización por parte de Telefónica de España de prestaciones destinadas a colectivos empresariales sitos en diversas Comunidades Autónomas.

Esta es la resolución infringida de la que se han transcrito ya los apartados más significativos.

- Resolución de 24 de enero de 2002

En esta resolución, en la que se acordó la apertura del expediente sancionador a que esta resolución pone fin, se indicaba lo siguiente:

“... La señalada evolución del mercado español de telecomunicaciones, desde el monopolio hasta su completa liberalización, ha tenido una ineludible y lógica repercusión en los conceptos y categorías normativas acuñados por la legislación anterior. En lo que al GCU se refiere, el legislador ha mantenido (Reglamento de Interconexión y Orden de Autorizaciones Generales) la figura de constante referencia. Pero dado que el vigente marco regulador prevé una total apertura del segmento de telefonía fija, debe necesariamente entenderse que la actual regulación de este tipo de servicios no puede, en buena lógica, responder a la finalidad descrita en párrafos anteriores. De esta manera, la interpretación de la normativa aplicable ha de tener en cuenta, inevitablemente, el nuevo marco jurídico y la liberalización operada en el mercado de la telefonía fija disponible al público. En particular, no pueden aceptarse definiciones de esta figura que vayan más allá del sentido restrictivamente interpretado, que recoge la normativa vigente en atención al especial riesgo que su utilización incorrecta por el operador dominante presenta en relación con la competencia en precios en el mercado. Los GCU’s no pueden aplicarse interpretando extensivamente los requisitos a que están sometidos, so pena de favorecer con ello tratamientos privilegiados en precios que directamente suponen una violación del régimen de control de precios a que está sometida TESAU...

... en el expediente se ha puesto de manifiesto cómo TESAU no sólo no solicita el consentimiento de la mayor parte de las entidades que según sus alegaciones formarían parte de los GCU, sino que ni siquiera se ha puesto en contacto con dichas entidades para solicitar su consentimiento o, cuando menos, *comunicarles su adscripción* a determinado GCU...

... se trata de entidades que, en realidad, no son miembros del GCU, por no haber prestado su consentimiento. De esta forma, las llamadas que el Cliente les realiza no pueden en modo alguno tratarse ni considerarse como llamadas *on-net*, por lo que no pueden aplicarse las tarifas GCU. TESAU, sin embargo, está aplicando dichas tarifas GCU en lugar de las correspondientes a su servicio telefónico fijo disponible al público, que son las verdaderamente procedentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, el denominado como *Cliente* sería el único miembro del GCU pues la única entidad que recibe la aplicación de las condiciones GCU, lo cual excluye en sí misma la existencia de la 1ª premisa: constitución de ungrupo de usuarios...

... consta en el expediente que TESAU no realiza comprobación alguna de que las entidades a las que *adscribe* en sus GCU cumplen alguna de las condiciones establecidas por la normativa. No se les exige ni documentación acreditativa alguna, ni, siquiera, una declaración de cuál es la condición que cumplirían dichas entidades.

... Frente a ello, no obstante, señalar tan sólo que no se pretende que TESAU realice funciones investigadoras. Tan sólo que no dé de alta en GCU a las entidades que no le acrediten de algún modo que cumplen la condición exigida. Todo cliente o proveedor podrá presentar una factura, todo empleado una nómina que lo acredite como tal y un certificado de la empresa de que trabaja fuera de su sede social, así como toda filial podrá fácilmente acreditar su condición de tal, por contestar en concreto las preguntas formuladas por TESAU...

... En definitiva, TESAU en este tipo de acuerdos y prácticas no está dando servicio a un Grupo de usuarios, sino que da servicio a un usuario al que permite llamar a los destinos que éste libremente elija a unos precios privilegiados.

... En cuanto a la obligación de que se implementen técnicas de red privada virtual cuando se pretenden comercializar o establecer comunicaciones en GCU entre terminales asociados a PTR's conectados a redes públicas a través de las cuales se preste el servicio telefónico disponible al público, la primera cuestión a estos efectos sería la de señalar qué se entiende exactamente por *red privada virtual*, con el objeto de comprobar que TESAU efectivamente la establece en los GCU's constituidos entre terminales conectados a PTR's de la RTC. En este sentido, y con fecha 14 de mayo de 1996, TESAU presentó escrito ante la Delegación del Gobierno entonces existente en aquella sociedad solicitando autorización para la prestación de lo que denominaba servicio de *red privada virtual*, en las condiciones y tarifas que proponía. El 10 de julio de 1997, tuvo entrada en esta Comisión escrito de la Delegación del Gobierno remitiendo toda la documentación relativa a dicho expediente, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución del Subsecretario del Ministerio de Fomento de 10 de mayo de 1997. Tras el análisis de la descripción funcional del servicio proporcionada por TESAU, esta Comisión resolvió calificarlo como *facilidad de la red telefónica destinada a la prestación del servicio de telefonía vocal en GCU*, en su *Resolución por la que se aprueba el INFORME SOBRE LA SOLICITUD DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO DE RED PRIVADA VIRTUAL*. El Ministerio de Fomento refrendó la interpretación de esta Comisión, mediante Resolución de 26 de marzo de 1998 en la que se calificaba al servicio de *red privada virtual* de TESAU como servicio en GCU.

Tal y como solicitaba la propia TESAU, el servicio de *red privada virtual* que se debe implementar para poder prestar servicios de GCU entre terminales conectados a la red telefónica conmutada (RTC), consiste en la provisión de comunicaciones vocales a grupos cerrados de usuarios mediante la utilización de la red telefónica conmutada, identificados por números telefónicos no geográficos, de forma que aquéllos tienen la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

percepción de encontrarse conectados a las extensiones de una centralita. Este servicio, prestado normalmente mediante capacidades de la Red Inteligente, precisa de una numeración cuyo formato disponga de unos dígitos iniciales que permitan a las centrales telefónicas identificar las llamadas dirigidas a los usuarios de la *red privada virtual*, activando los mecanismos correspondientes para la tarificación y provisión del servicio, distintos de los de una llamada convencional. En los términos de la Resolución de 18 de mayo de 2000, *Red Privada Virtual* es una asociación lógica de recursos de una red pública de telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones cuya apariencia al usuario es idéntica a los prestados sobre una red privada.

En suma, los servicios en GCU pueden prestarse utilizando los accesos y las capacidades de que dispone la propia Red Telefónica Conmutada, en particular la red inteligente. En este caso, en virtud de la implementación de una *red privada virtual* los GCU creados dentro de la RTC no precisan de una infraestructura independiente o Red Privada. Tanto los puntos de acceso al servicio, como la red soporte y los elementos de conmutación y transmisión utilizados son los mismos que se utilizan para proporcionar el servicio telefónico básico, por lo que son compartidos con los usuarios de éste. Sin embargo, los miembros del GCU perciben el servicio como si de hecho estuviesen conectados a una red privada para su utilización en exclusiva. De hecho, disponen de su propio plan privado de numeración, marcaciones abreviadas y el resto de las facilidades asociadas a las redes de centralitas anteriormente descritas.

Habiéndose indicado en los párrafos anteriores qué se entiende por *red privada virtual*, procede recordar cómo no sólo es obligatorio el establecimiento de la misma cuando se implemente un GCU entre terminales asociados a PTR's de la RTC por imposición normativa, sino que, además, dicha obligación está establecida expresamente en el artículo 11.1 de la Orden de autorizaciones generales:

Artículo 11.1. Los titulares de autorizaciones generales de tipo A deberán:

(...)

- f) No establecer ni comercializar, a través de su red, comunicaciones entre terminales conectados a puntos de terminación de redes públicas por las que se preste el servicio telefónico disponible al público.

No obstante, podrán establecerse comunicaciones entre terminales asociados a puntos de terminación de redes públicas por las que se preste el servicio telefónico disponible al público, cuando aquéllos formen parte de un mismo grupo cerrado de usuarios mediante técnicas de red privada virtual, implementadas en dichas redes....”

Como antes se indicaba, la actuación de Telefónica ha de ser analizada desde una doble perspectiva:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **Perjuicios al interés general derivados del incumplimiento mismo de una resolución de la CMT.**

El legislador ha pretendido dotar a las resoluciones de esta Comisión del imprescindible carácter vinculante y de obligado cumplimiento que las mismas necesitan para ser efectivas en el mercado objeto de regulación, por lo que cualquier incumplimiento de las mismas atenta, en primer lugar, contra esa autoridad. El cumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión en el ejercicio de sus competencias para la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado constituye uno de los pilares esenciales sobre los que se asienta todo el marco regulatorio en el que se desarrolla la apertura y establecimiento de la competencia en estos mercados.

El perjuicio ocasionado en el presente caso se revela como elemento esencial a la hora de que esta Comisión decida el importe de la sanción a imponer.

En efecto, la estructura del marco normativo sobre el que se asienta la liberalización de este mercado cuenta como pilar esencial con las competencias que a esta Comisión corresponden para la salvaguarda de las condiciones en que los entrantes deben hacer frente al operador establecido, competencias articuladas no sobre la base de una intervención a posteriori de constatación y sanción de incumplimientos consumados sino, precisamente, de determinación a priori, en forma de obligaciones de hacer o no hacer, del modo en que los operadores deben comportarse en el mercado; y no podía ser de otro modo si de lo que se trata es de garantizar la creación y consolidación de la competencia en mercados que arrancan del monopolio. De ahí que el cumplimiento escrupuloso, en la forma y en el tiempo, de las resoluciones de la CMT resulte vital para el desarrollo de la competencia y, desde ese punto de vista, su incumplimiento inflige un daño siempre de gravedad extrema en cuanto priva al desarrollo de los competidores de concretas condiciones esenciales, escritas en las decisiones del regulador pero inoperativas en la práctica, daños que de ningún modo quedan reparados por la imposición de una sanción posteriormente. El cometido de la CMT queda gravemente comprometido siempre por la inejecución o la ejecución tardía o incompleta de sus decisiones y con él, el propio desarrollo del mercado. La contracción del avance de los competidores que la falta de cumplimiento de las resoluciones de la CMT es capaz de producir genera así perjuicios para el mercado y, en consecuencia, para los ciudadanos-destinatarios finales de los beneficios de la competencia- que ninguna sanción pecuniaria es capaz de compensar; no en vano por ello el legislador ha clasificado estas infracciones entre las de carácter muy grave con independencia de la trascendencia misma de la resolución incumplida; se trata de garantizar en definitiva que aquella institución a la que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el legislador ha encargado la salvaguarda de las condiciones de competencia no vea comprometido su papel por la resistencia de los operadores en el cumplimiento de sus resoluciones, sometidas por lo demás siempre al control de los Tribunales.

En el presente expediente ha quedado acreditado un incumplimiento de una resolución de esta Comisión en una materia, comunicaciones en grupo cerrado de usuarios, sobre la que se ha pronunciado con absoluta claridad desde el año 1999. Telefónica, ya a raíz de la resolución de 1999, conocía que prácticas como las analizadas en el presente expediente no estaban ajustadas al marco normativo vigente y eran prohibidas por esta Comisión en el ejercicio de su función de controlar la debida aplicación de tarifas por parte de los operadores (artículo 1. Dos.2.h) de la Ley 12/1997), no obstante lo cual ha persistido en su actitud, constituyendo numerosos grupos cerrados de usuarios, cuya composición y condiciones no han respondido ni a la letra de la norma, ni a las resoluciones de esta Comisión, ni tan siquiera a la lógica de lo que, en un mercado liberalizado, ha de constituir un grupo cerrado de usuarios.

El perjuicio a la autoridad de esta Comisión, en este punto, es patente. Telefónica ha recibido el mandato de esta Comisión de dejar sin efecto cierta tipología de grupos cerrados de usuarios en dos resoluciones de 1999 (el mandato, en este caso, se refería sólo a los GCU analizados en el propio expediente) y de 2000; ha visto desestimada, en mayo del año 2000, una petición expresa suya de reconsideración del concepto y alcance de la figura del Grupo Cerrado de Usuarios y ha visto, igualmente, como esa petición era desestimada por la Audiencia Nacional en junio de 2001. A pesar de todo, y con alguna modificación contractual intermedia (que se ha revelado como una modificación puramente formal) ha seguido sin respetar, como resulta de los hechos probados de esta resolución, el explícito mandato de la resolución de esta Comisión de 8 de junio de 2000.

- **Perjuicios a la competencia.**

Si, como se ha expuesto, Telefónica ha aplicado indebidamente descuentos a las llamadas realizadas por los miembros de los GCU por ella constituidos, la proporcionalidad de la sanción exige también atender a los perjuicios que tal actuación ha causado en la competencia, cuya salvaguarda se pretendía a través de la resolución incumplida.

La aplicación de precios de llamadas on net a llamadas off net, en la forma realizada a los GCU por Telefónica, ha supuesto la existencia de perjuicios a la competencia, ya que con la aplicación de las tarifas de Telefónica establecidas para el servicio telefónico disponible al público en la generalidad de Grupos Cerrados de Usuarios se impide o restringe la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

capacidad de los otros operadores para competir eficazmente en la prestación de servicio telefónico, ofreciendo condiciones económicas más favorables que las aplicadas por Telefónica.

En la medida en que Telefónica está sometida a una regulación de precios y, en clara vulneración a la normativa sectorial de aplicación, haya aplicado descuentos no permitidos a llamadas correspondientes al servicio telefónico disponible al público (off-net), su actuación estaría afectando a la competencia e impediría que los otros operadores actuar en igualdad de condiciones. Telefónica ha atraído a un colectivo que, por su nivel de consumo de servicios de telecomunicaciones, es especialmente interesante para sus competidores (pequeñas y medianas empresas), y para ello le ha bastado recurrir nominalmente a la figura del grupo cerrado de usuarios y aplicar condiciones impropias de esa figura: en particular, ha aplicado descuentos lineales a las llamadas (sin tener en cuenta si el destinatario estaba o no integrado en el grupo) y ha aplicado precios inferiores, propios de GCU, a llamadas (como las de fijo a móvil) que, por implicar necesariamente el uso de una red pública de telecomunicaciones distinta (la del operador móvil) sólo pueden cursarse en grupo cerrado de usuarios mediante técnicas de red privada virtual.

Como ya ha tenido oportunidad de recordar esta Comisión en otras resoluciones, el régimen de regulación de precios recogido en la Ley General de Telecomunicaciones constituye uno más de los mecanismos previstos por el legislador para equilibrar la inevitable desigualdad de posiciones de los nuevos entrantes respecto del operador dominante.

La finalidad perseguida con la disposición transitoria cuarta de la citada Ley es la de prevenir eventuales comportamientos anticompetitivos de quienes disfrutan de una posición de dominio en el mercado, fomentando el deseable nivel de competencia efectiva en este sector. Con ello se trata de evitar la creación de barreras que dificulten la entrada de nuevos operadores.

La limitación tarifaria de referencia tiene por objeto, en la actual etapa de apertura en la prestación de servicios, evitar el reforzamiento de la posición que ostenta Telefónica, en su condición de antiguo monopolista, y por tanto la aparición de barreras que impidan o dificulten el acceso de los nuevos operadores al mercado nacional de los citados servicios. En definitiva, se configura como mecanismo transitorio de salvaguarda ordenado a evitar distorsiones en la estructura competitiva de los mercados y a promover el necesario grado de competencia efectiva en los mismos.

En una fase de transición como la que atraviesa actualmente el sector español de telecomunicaciones resulta ciertamente significativo garantizar que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la política de descuentos aplicada por Telefónica se ajuste a las previsiones del legislador, posibilitando pues la necesaria y deseable eficiencia de actuaciones por parte de sus competidores. Ello no supone en modo alguno cuestionar, cercenar o impedir el legítimo derecho de Telefónica a competir, sino preservar y mantener el derecho de acceso y permanencia de actores eficientes en los mercados. No puede ignorarse que, en su condición de ex – monopolista, Telefónica dispone de mecanismos suficientes no sólo para garantizar su presencia en el sector, sino para seguir manteniendo su posición de fuerza a pesar del mecanismo de intervención de precios.

En definitiva, en el presente caso, la conducta de Telefónica ha producido un perjuicio relevante a los otros operadores, que han visto disminuidas sus posibilidades de competir con Telefónica en un importante segmento del mercado.

b) Circunstancias atenuantes.

Como circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad de la entidad infractora debe ser tenida en cuenta la siguiente:

- La escasa repercusión social de la infracción.

Esta conducta ha tenido una escasa transcendencia en la opinión pública, como supuestos descuentos ilegales ofrecidos por esa entidad a determinados colectivos y sus entidades asociadas.

SEXTO. Sanción aplicable a la infracción

De conformidad con lo establecido en el artículo 82.1.A) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la mencionada infracción son las siguientes:

Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de su aplicación resultare una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades; el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual; el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 131.2 de la LRJPAC, prevé que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de la sanción que puede ser impuesta a Telefónica por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

El límite de la cuantía de la sanción máxima será el 1 por 100 de los ingresos brutos obtenidos por Telefónica en el ejercicio de 2001, esto es 66.741.959,51 euros, teniendo en cuenta que ha quedado acreditado que Telefónica ha obtenido en 2001 unos ingresos brutos de 6.674.195.951,25 euros, pues es la mayor de las tres cantidades a las que se refiere el artículo 82.1.A) de la LGTel, ya que, por un lado resulta imposible determinar el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, al tratarse de una infracción por omisión, y, por otro, es mayor a la cantidad fija que se establece de 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros).

La cuantía de la sanción mínima es la que resulta de cuantificar el beneficio que haya podido obtener la entidad infractora por la comisión de la infracción. Tal y como se ha señalado en el fundamento de derecho anterior, no se tiene conocimiento del beneficio que ha obtenido Telefónica por la comisión de la infracción, por lo que la cuantía de la sanción mínima es de 0,001 euro (1 peseta).

Por último, debe procurarse que no resulte para Telefónica más beneficiosa la infracción que el cumplimiento para graduar la cuantía de la sanción. Una referencia del beneficio que Telefónica asocia a evitar que pequeñas y medianas empresas se pasen a sus competidores la proporciona la cuantía de los ingresos procedentes de aquellas a los que renuncia al aplicar descuentos que oscilan entre el 20% y el 40% de la facturación por servicios de tráfico nacional, provincial, internacional y de fijo a móvil.

Según datos recogidos por la CMT en su Informe Anual, durante 2001 Telefónica facturó aproximadamente 352 millones de euros en llamadas provinciales, 669 millones en llamadas nacionales, 678 millones en llamadas internacionales y 1.375 millones en llamadas de fijo a móvil, lo que compone una cifra de 3.074 millones de euros. Al segmento de negocios le correspondió más del 45% de la facturación total en esos tipos de llamadas, lo que supone unos 1.383 millones de euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica podría considerar beneficioso para sus intereses aplicar a cualquier cliente incorporado al segmento comercial de negocios descuentos sobre la facturación correspondiente a aquellos cuatro tipos de llamadas superiores al 20%, si encontrara la fórmula apropiada, para evitar que cada uno contratara con los competidores. Ello permite cifrar en 276 millones de euros una orientación sobre en cuánto valora Telefónica su beneficio si consigue excluir a los competidores de este tipo de comunicaciones. Esta orientación, necesariamente poco aproximada, supera ampliamente la cifra de 66.741.959,51 euros a que asciende el máximo anteriormente mencionado para la cuantía de la sanción, lo que puede ser objeto de preocupación y causa de desánimo para los nuevos operadores si consideraran que las capacidades de disuasión de la Comisión no son suficientes para desalentar la comisión de infracciones en estos mercados tan importantes. En términos económicos sería racional para Telefónica incumplir si la sanción no supera anualmente su estimación de beneficio que, a su vez, debe ser superior a la cuantía de lo que está dispuesta a reducir sus ingresos anuales a través de los descuentos improcedentes. En sentido contrario, la posibilidad de reiteración de sanciones, el efecto del reproche social que acompaña a cada una y la posibilidad de que cada vez se vayan corrigiendo los incumplimientos en plazo más breve, con una menor duración de las ventajas indebidamente obtenidas, potencian el efecto desalentador de unas sanciones que de otra forma pudieran percibirse como recursos insuficientes para hacer menos beneficiosa la infracción que el cumplimiento.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de las circunstancias agravantes y atenuantes mencionadas en el fundamento de derecho anterior, por lo que la cuantía de la sanción habría de realizarse de conformidad con la regla establecida en el artículo 66.1ª del Código Penal, en atención a la aplicación de los principios del orden penal al procedimiento administrativo sancionador, como ya queda dicho en la presente de resolución (vid. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1987 RJ1987/537 y de 26 de julio de 1996 RJ1996/6401).

El citado precepto del Código Penal determina que cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la correspondiente resolución.

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 82 de la Ley 11/1998, a la vista de la declaración de ingresos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

brutos de TELEFONICA con respecto al ejercicio de 2001 y teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes, el instructor del expediente sancionador estimó que procedía imponer una sanción de 24 millones de euros.

No obstante, este Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta la debida ponderación de las circunstancias agravantes y atenuantes consideradas estima más adecuado al principio de proporcionalidad que ha de presidir el ejercicio de la potestad sancionadora la imposición de una sanción por importe de 18 (dieciocho) millones de euros.

SÉPTIMO. Contestación a otras alegaciones de Telefónica presentadas a la propuesta de resolución.

Mediante escrito de fecha 12 de julio de 2002, Telefónica presenta un escrito de alegaciones a la propuesta de resolución sancionadora notificada por la Instructora, en virtud del cual se opone a la misma y solicita el archivo del expediente por cuanto las actuaciones realizadas son nulas y, subsidiariamente, por la inexistencia de conducta sancionable o por la consideración de la infracción imputada como leve.

En el citado escrito de Telefónica se realizan las siguientes alegaciones que esta Comisión seguidamente pasa a contestar:

Respecto a la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 8 de junio de 2000 por la imposibilidad de la CMT de dictar normas de carácter general o normas interpretativas .

Telefónica alega que, esta Comisión al dictar la Resolución de 8 de junio de 2000 pretende vincular la interpretación general que se hace en la misma sobre la normativa GCU a la parte destinataria de la Resolución.

A su entender, esta Comisión pretende con carácter vinculante establecer determinados requisitos que debe cumplir todos los GCUs sin dictar la oportuna Circular, lo cual adolece de nulidad de pleno derecho por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente ya que la CMT carece de potestad reglamentaria para legislar.

Además, dicha resolución también incurre en nulidad de pleno derecho en la medida en que se irroga la potestad de realizar interpretaciones auténticas que son competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales a tenor del artículo 117 de la CE, pues si se aceptara que la CMT pudiera dictar resoluciones interpretativas de las normas e imponer su cumplimiento se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

convertiría en una entidad con competencia normativa ilimitada para cualquier ámbito del derecho.

Esta Comisión rechaza de plano las alegaciones efectuada en este apartado por las siguientes razones:

El presente procedimiento sancionador no es el cauce procedimental adecuado para impugnar la Resolución de 8 de junio de 2000 sobre la supuesta nulidad de pleno de derecho de la que se dice ahora que adolece la misma. De acuerdo con ello, esta alegación debió realizarse contra la misma en el momento de su notificación y actualmente en nada afecta a la presente resolución sancionadora, por lo que sería motivo suficiente para desestimar la misma.

No obstante, esta Comisión considera que dicha alegación incurre un error de base al entender que la Resolución de 8 de junio de 2000 realiza tan sólo una interpretación general sobre la normativa GCU.

Cabe recordar a Telefónica que en dicha Resolución se analizaba una serie de GCUs constituidos por Telefónica y distintas asociaciones empresariales, y en interpretación de la normativa sectorial resolvían una serie de cuestiones denunciadas por otros interesados en aquél procedimiento, por lo que resultó necesario su resolución expresa dirigida a Telefónica sin necesidad de tener que dictarse una Circular al respecto. Una vez dictada la Resolución de 8 de junio de 2000 sus efectos resultaban directamente ejecutivos a su destinatario de conformidad con el artículo 57 de la LRJPAC.

Finalmente, huelga decir que esta Comisión en el ejercicio de las competencias reguladoras que tiene atribuidas por Ley deberá aplicar la normativa que configura nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, la normativa sectorial de telecomunicaciones, lo que significa, lógicamente, que esta actuación irá acompañada de la correspondiente interpretación de las mismas para su correcta y adecuada aplicación. Cualquier otra manifestación al respecto, como la que se alega ahora sobre la supuesta función interpretadora general de la CMT y en cualquier ámbito del derecho para extralimitarse en sus funciones, resulta carente de todo fundamento y objetividad.

Por último, Telefónica pretende confundir la potestad jurisdiccional que gozan los Jueces y Tribunales de acuerdo con el precepto que citan de la Constitución, con la potestad reguladora del sector de las telecomunicaciones que goza esta Comisión por imperativo legal, de cuyas resoluciones aplicando e interpretando la normativa sectorial esa entidad habrá de someterse como operador de telecomunicaciones que es.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre la vulneración al principio de tipicidad.

Telefónica alega que, si se hubiera incumplido el requisito de formar un GCU entre quienes desarrollan "una actividad común", como supuestamente afirma esta Comisión a lo largo de la propuesta de resolución sancionadora, lo que habría incumplido no es la Resolución de 8 de junio de 2000 sino el Real Decreto 1551/98 por el que se aprueba el Reglamento de Interconexión, lo que supondría una revocación del título habilitante para prestar este tipo de servicio telefónico pero no la imposición de una sanción. Además, alega que la CMT no tiene entre sus competencias realizar, y menos aún imponer, interpretaciones de las normas, por lo que dicha Resolución de 8 de junio de 2000 al haberse dictado al margen de sus competencias Telefónica no ha incurrido en la infracción que ahora se le imputa.

Las alegaciones de Telefónica efectuadas a este respecto en nada desvirtúan los argumentos jurídicos realizados en el fundamento de derecho segundo sobre la tipificación de la conducta de este operador, a los que damos aquí por íntegramente reproducidos en aras de la economía procesal para la contestación a los mismos.

Con carácter previo, hay que aclarar que la propuesta de resolución sancionadora en ningún momento afirma que la conducta que ahora se le imputa a Telefónica consista solo en haber incumplido el requisito de formar un GCU entre quienes desarrollan una actividad común. La conducta infractora que se le imputa ahora a Telefónica viene suficientemente detallada en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución en cuanto a la tipificación se refiere.

No obstante, cabe señalar como de nuevo Telefónica pretende confundir con sus alegaciones al considerar equivocadamente que la Resolución de 8 de junio de 2000 se limita tan solo a interpretar la normativa sobre GCU y de forma genérica, sin tener en cuenta que dicho acto se dictaba para la resolución de un asunto concreto planteado ante esta Comisión y de cuya habilitación competencial para la instrucción y resolución de aquél expediente se establecía de forma ampliamente motivada en la misma, imponiendo en su parte dispositiva una serie de obligaciones cuyo incumplimiento dará origen a una actuación infractora tipificada en la Ley General de Telecomunicaciones.

Si como se alega ahora por Telefónica la Resolución de 8 de junio de 2000 adolecía de nulidad de pleno de derecho por al haberse dictado por esta Comisión sin competencia alguna para ello, reiteramos lo dicho anteriormente sobre que este procedimiento sancionador no es el cauce legal adecuado para



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ello, pues se debió hacer al momento de su notificación haciendo uso de los recursos establecidos en la Ley contra la misma.

Por todo ello, debe desestimarse la presente alegación por cuanto que de las manifestaciones efectuadas no se aprecia la pretendida vulneración al principio de tipicidad, debiendo atenerse para esta cuestión al fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

Sobre el incumplimiento, en cualquier caso, de la Resolución de 8 de junio de 2000.

Telefónica alega que ha cumplido en sus estrictos términos la Resolución de 8 de junio de 2000, y no entiende cómo por la ejecución de un contrato del que tenía pleno conocimiento se le sanciona modificando los criterios que tenía establecidos anteriormente.

Cabe recordar a Telefónica, que el incumplimiento que ahora se le imputa resulta del contenido del resuelve tercero de la parte dispositiva de la citada Resolución, que establece la prohibición de realizar en el marco de futuros acuerdos prácticas como las analizadas ahora y que deberá hacer uso de la figura de GCU conforme a la normativa de aplicación tal y como se ha interpretado por esta Comisión, lo que significa que aunque se diera cumplimiento a las otras partes del resuelve, como resulta la presentación de los modelos de contrato a emplear, su ejecución incorrecta en el marco de futuros acuerdos (como resulta el presente caso) podrían dar lugar a la infracción que ahora se les imputa.

Por ello, se ha de rechazar la alegación que se realiza en este caso por cuanto que no resulta incompatible el supuesto cumplimiento de las otras obligaciones impuestas en la Resolución de 8 de junio de 2000 con el hecho de que se haya incumplido el resuelve tercero de la misma.

Además, como se puso de relieve en la resolución de 24 de enero

“Sobre este particular, esta Comisión señaló en sus consideraciones en trámite de audiencia a TESAU cómo en ningún momento se había solicitado la aprobación de dichos modelos. De hecho, TESAU reconoce en su escrito de contestación a las consideraciones en trámite de audiencia que, efectivamente, cuando presentó dichos modelos ni se solicitaba la aprobación de los modelos, ni dicha solicitud hubiera sido jurídicamente pertinente. Eso sí, señala que en los modelos de contrato, *pacto tercero* y *pacto quinto*, mostraban lo que TESAU denomina «filosofía nueva», y que la falta de pronunciamiento de esta Comisión en interpretación de si se adecuaban o no a la normativa sería una «inacción inaceptable».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, es obvio que podría esta Comisión haber iniciado de oficio un procedimiento con el objeto de determinar las posibles incompatibilidades de los modelos de contrato en su momento presentados por TESAU con la normativa aplicable en materia de GCU's. Sin embargo, no hubo lugar para la el inicio de tal actuación dado que, tal y como se exponía a TESAU en las consideraciones que se le remitieron en el trámite de audiencia, dichos modelos «no aluden a (...) ninguna de las prácticas anteriormente resaltadas».

En efecto, el *pacto tercero* indica que:

«Se establece un GCU, compuesto por las filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores del CLIENTE, cuyos NIF's determine éste... [en negrita ya en el texto original de TESAU]».

Del mismo modo, en el *pacto quinto* se establece que:

«CLIENTE facilitará a TELEFÓNICA DE ESPAÑA la relación de sus asociados, integrantes del GCU, comunicándole, así mismo, con carácter mensual, los movimientos de los integrantes del GCU [en negrita ya en el texto original de TESAU]».

Pues bien, en ambos casos la interpretación que resultaba obvia es la de que CLIENTE indicaría a TESAU los NIF's (*pacto tercero* citado) o la relación de los integrantes del GCU y sus movimientos con carácter mensual (*pacto quinto* citado), de modo que TESAU podría conocer con qué usuarios es necesario ponerse en contacto para verificar si cumplen los requisitos y recibir su consentimiento con las formalidades en su caso exigidas por la normativa.

En modo alguno existía indicio alguno que permitiera a esta Comisión intuir, siquiera, prácticas como las que más adelante se ilustran, como no exigir a los distintos usuarios el cumplimiento de los requisitos necesarios para formar parte del GCU concreto al que eran *adscritos*, ni solicitar su consentimiento para ello, ni siquiera poner en conocimiento su *adscripción*.

De este modo, la problemática suscitada en torno al modo en que TESAU comercializa sus GCU no se deriva de los *modelos* en su día aportados por dicha entidad a esta Comisión, sino de la manera en que son aplicados en la práctica. Esto es, las prácticas de TESAU en la comercialización de GCU's que en esta Resolución se analizan no se derivan en modo alguno del tenor literal de los *modelos* aportados en su momento por TESAU a esta Comisión, sino de su concreta aplicación e interpretación".

Por otro lado, se alega de contrario que Telefónica no está obligada a verificar, caso por caso, si efectivamente todos los miembros de cada GCU cumplían con las interpretaciones de la CMT. Ello requiere conocer el contenido de las comunicaciones de los miembros que forman parte del GCU constituido al efecto, lo que implicaría vulnerar el secreto de las comunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A su juicio, sólo el promotor y sus asociados están en disposición de saber si existe o no actividad común, y si alguna obligación de verificación era exigible, tan sólo sería para las asociaciones que actuaban como mediadoras en los acuerdos de colaboración. Asimismo, Telefónica se ampara en que los contratos presentados a la CMT se acomodan a la Resolución de 8 de junio de 2000 por no ser objetados por este organismo.

De las alegaciones efectuadas por Telefónica se desprende que, a su juicio, las asociaciones que firmen convenios de colaboración con ella para la constitución de GCUs serán las únicas responsables de que estos grupos se formen adecuadamente y que sus miembros cumplan las condiciones requeridas para ello. Se menciona de nuevo el hecho del Registro Mercantil, que nuevamente se trata de excusar como circunstancia aislada.

Tales alegaciones deben rechazarse por cuanto que Telefónica no puede olvidar dos cuestiones importantes: Por un lado, los convenios de colaboración se constituían al amparo de la letra f) del anexo del Reglamento de Interconexión, lo que significa que como parte firmante del mismo para su correcto cumplimiento tan sólo tendría que permitir la constitución de este tipo colaboración (en función de la condición de los miembros) y no otras, siendo también el mismo responsable de que se cumpla esta cuestión. Y, por otro lado, Telefónica es la prestadora del servicio telefónico en GCU por lo que no podrá excluirse de responsabilidad cuando dicho servicio lo esté prestando a un grupo constituido al margen de la normativa de aplicación.

El resto de las circunstancias alegadas por Telefónica nada tiene que ver con la verdadera cuestión de fondo, y mucho menos la supuesta vulneración del secreto de las comunicaciones que dice Telefónica podría cometerse de cumplir con lo establecido por esta Comisión.

Como es obvio, nada más lejos de la realidad que esta Comisión pretenda con una Resolución favorecer la vulneración del secreto de las comunicaciones, pero lo que sí se reitera aquí es que Telefónica no ha tenido ni el más mínimo cuidado en prestar correctamente este tipo de servicio telefónico, pues como ha quedado acreditado en el hecho probado sexto, se ha aplicado los descuentos previstos para llamadas on-net a todo el tráfico facturado a los mencionados miembros de la asociación en cuestión, sin hacer mínimamente distinción alguna. Por ello, esta Comisión no debe aceptar que por parte del firmante del convenio y, a su vez, prestador del servicio telefónico haya una total exención de responsabilidad en cuanto a la constitución de GCUs al margen del marco normativo de aplicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre la falta de incumplimiento por Telefónica del requerimiento de abstención de determinadas prácticas asociativas efectuado en la Resolución de 8 de junio de 2000.

Telefónica alega que ni ha incurrido en prácticas asociativas similares a las objeto de la citada Resolución ni ha realizado otras prácticas de las que esta entidad debía de abstenerse.

a. Sobre prácticas asociativas.

En este apartado se alega por Telefónica que la propuesta de resolución parte de una premisa errónea al prohibir que una asociación y cualquier asociado pudieran estar incorporados en un mismo GCU, pues lo que verdaderamente prohibió la referida Resolución es que el mero vínculo asociativo no es suficiente para integrarse en un GCU, y esto no ha ocurrido en el presente caso. En la medida que adicional al vínculo asociativo exista una actividad común no cabrá considerar incumplida la Resolución de 8 de junio de 2000.

Además, se alega que ninguno de los miembros que forman parte del GCU constituido con la AEDHE ostenta exclusivamente la condición de socio, ya quetenía un vínculo adicional, pues era el Presidente de la Asociación, y era, además de socio, proveedor, por lo que no se ha probado que de los integrantes del GCU de AEDHE fuesen exclusivamente asociados.

A este respecto, y para evitar repeticiones innecesarias, no cabe más que remitirse para su contestación a los hechos probados cuarto y quinto en los que se analiza con todo detalle la identidad de las prácticas ahora analizadas con las que se recogían en la Resolución de 8 de junio de 2000, por lo que esta alegación se ha de rechazar pues Telefónica si ha incurrido en prácticas idénticas a las ahora analizadas.

Asimismo, se ha de negar la alegación de que no hay miembro alguno que ostente exclusivamente la condición de asociado, pues como se especifica al detalle en el hecho probado cuarto, tanto en el GCU originariamente constituido como en su última actualización posterior, la mayoría de los integrantes del GCU de la AEDHE tenían la condición de asociado.

Telefónica alegaba en su descargo que el vínculo que tienen las entidades asociadas a la AEDHE, como miembros del GCU, consistía en la realización de una actividad común, pero no especificó qué actividad, ni siquiera cuando fue requerida para ello por la Instructora en el seno de este expediente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Posteriormente, y en clara contradicción con lo alegado en su escrito de descargos, en este último escrito de alegaciones, se viene ahora a manifestar que todos los miembros que constituían el GCU de esta asociación son proveedores, y que una de estas últimas empresas que quedaron antes de su cancelación ostentaba la Presidencia de la asociación, sin que este último dato sea por sí mismo una eximente a los efectos del mero vínculo asociativo prohibido con la Resolución 8 de junio de 2000, cuando la realidad ha sido muy distinta, tal y como se ha acreditado en el hecho probado cuarto, en el que para una parte de los miembros del referido GCU el vínculo asociativo era el único núcleo en torno al cual se formó el grupo, por mucho que Telefónica pretenda confundir cambiando de argumentos según la interese (como no realizan una actividad común alega ahora que son proveedores) para dar una explicación del vínculo que unía a los miembros del grupo.

- b. Sobre como Telefónica no ha aplicado a las llamadas efectuadas como servicio telefónico los precios fijados para el GCU.

Telefónica alega que tan sólo se podría imputar a este respecto un incumplimiento del resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000 si se hubieran llevado a cabo prácticas iguales a las que en ese expediente se analizaron. A juicio de Telefónica, el supuesto contemplado en la Resolución de 8 de junio de 2000 resulta totalmente distinto al ahora analizado por cuanto se diferenciaron los tráficos on-net y off-net (pone como ejemplo la factura de la entidad Centro de Impresión Integral), por lo que no se ha incumplido el resuelve tercero de la citada Resolución.

A este respecto, se han de rechazar las alegaciones efectuadas por Telefónica por cuanto las mismas no desvirtúan los hechos probados en el punto sexto de la presente resolución, cuya motivación y argumentos se da aquí por íntegramente reproducidos.

En efecto, estos descuentos han sido aplicados a los miembros del GCU constituido por la asociación AEDHE, independientemente de que las llamadas se efectuaran dentro o fuera del grupo, tal y como se puede observar precisamente en la factura emitida al incorporadas al presente procedimiento sancionador.

La supuesta diferencia en el tráfico on-net y off-net alegada ahora por Telefónica resultó tan sólo aparente, pues a pesar de que se indica *adaptación GCU* en dicha factura se puede observar como, siendo el consumo total de 20.336,94.-ptas, una vez desglosado por distintos tipos de llamadas provincial, interprovincial, internacional y de fijo a móvil, se les ha aplicado linealmente el descuento previsto en el modelo de acuerdo *cliente -Telefónica* para cada uno



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los distintos tipos de llamadas provincial, interprovincial, internacional y de fijo a móvil.

Como ha quedado acreditado anteriormente Telefónica ha aplicado a las llamadas efectuadas como servicio telefónico disponible al público, unos precios fijados para el servicio telefónico en GCU. En concreto, Telefónica ha aplicado unos descuentos lineales a la totalidad del tráfico cursado independientemente de que las llamadas se efectuaran en el seno del grupo o fuera del mismo, considerándose en este último caso servicio telefónico disponible al público.

De esta forma se ha incumplido el resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000, puesto que se ha hecho uso de la figura de GCU de forma contraria a la interpretación que la CMT hizo de la misma, de conformidad con la normativa vigente.

Sobre la inexistencia de prueba demostrativa de la comisión de la infracción. Vulneración del principio de presunción de inocencia.

Telefónica alega que, en relación al hecho probado cuarto, no se ha probado que se incurriera en una conducta a cuya práctica esa empresa hubiera sido requerida para abstenerse en la Resolución de 8 de junio de 2000.

Al analizar la supuesta inexistencia de prueba en la comisión de la infracción, Telefónica considera que toda la actividad probatoria utilizada por esta Comisión proviene de otros expedientes diferentes del que ahora nos ocupa, lo que supone prejuzgar el fondo del asunto habiendo imputado a dicha empresa la comisión de una supuesta infracción y tramitando posteriormente el presente procedimiento sancionador vacío de contenido, causando indefensión.

Además, se pone en duda los hechos declarados probados por no haber considerado oportuno el Instructor del procedimiento sancionador acordar un periodo de prueba, cuando es la CMT la que tiene que probar la responsabilidad sin que pueda exigirse al operador que pruebe su inocencia. En definitiva, se concluyen afirmando que la CMT no ha podido acreditar un solo caso en que haya constatado una reproducción del esquema asociación-asociado.

Con carácter previo, cabe aclarar que a lo largo de la exposición de los hechos declarados probados en la presente resolución se contiene de forma pormenorizada todas y cada una de las pruebas en las que se basan para llegar a tales conclusiones, no siendo necesario su repetición aquí por resultar reiterativo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica no debe olvidar que los documentos utilizados para la instrucción del presente expediente han sido todos aportados por ella misma y luego utilizados como prueba y referencia en su escrito de descargos, por lo que resulta concluyente que, por parte de Telefónica, a dichos documentos no se les ha negado en momento alguno de la instrucción del expediente su carácter de prueba.

Respecto a la circunstancia de que los documentos empleados provienen de otro expediente distinto del sancionador y que, por lo tanto, no pueden utilizarse como pruebas de cargo en el presente procedimiento, en el caso nos ocupa resulta inaceptable dicha alegación por cuanto todos y cada uno de los documentos incorporados al presente procedimiento, así como los obtenidos de la propia instrucción del mismo mediante los oportunos requerimiento de información, han sido aceptados por la inculpada y en ningún momento de la instrucción del expediente se les ha privado de su eficacia probatoria negándose de contrario los mismos, además de que por ella misma se ha utilizado como referencia en sus alegaciones.

La utilización de cierta documentación en la que se basan sus alegaciones de descargos en el presente procedimiento se incorporan al mismo y no solo sirven de prueba a quién las alega sino también al Instructor del expediente. Para conseguir lo pretendido por Telefónica, esta entidad debió haber negado la eficacia de tales pruebas y no haber basado su defensa en las mismas, sin que tenga sentido ahora considerarlas nulas.

Al omitir estas circunstancias, se aprecia como Telefónica pretende confundir al alegar, de forma aislada y fuera de contexto, que el Instructor del presente procedimiento utilizó como pruebas de cargo las obrantes en otros expedientes tramitados por esta Comisión, sin tener en cuenta que no solo tales documentos no han sido negados de contrario, sino que han sido utilizados como prueba por la misma Telefónica, incluido en su último escrito al referirse a la factura de uno de los miembros de la asociación AEDHE.

Por otra parte Telefónica alega que, el presente expediente se trata de un procedimiento sancionador encubierto en el que ya se establece y declara incumplida la Resolución de 8 de junio de 2000 y queda vacío de contenido, al estar prejuzgada la cuestión de fondo.

Esta alegación ya fue objeto de su oportuna contestación en el fundamento de derecho que analiza el escrito de descargos de Telefónica, e igualmente que lo anterior debe ser rechazada por cuanto que esta Comisión, en el ejercicio de las potestades sancionadoras que le otorga la Ley (artículo 84 de la LGTel), está plenamente habilitada para acordar la apertura de un procedimiento sancionador en cualquier momento en el que se le pone en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conocimiento la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa debidamente tipificada.

Como resulta del presente caso, si en la instrucción de un determinado expediente se derivara el conocimiento de conductas o hechos susceptibles de constituir infracción, la Comisión como órgano que tiene atribuida la potestad sancionadora podrá acordar de oficio la iniciación de un procedimiento sancionador, para que tras la oportuna tramitación en otro expediente por la instructora designada al efecto, pueda dar lugar o no a la imposición por el Consejo de una sanción de las recogidas en la Ley. En este sentido, esta Comisión reitera que no se trata de un expediente sancionador encubierto en el que ya se declaró la existencia de un ilícito administrativo con pruebas de cargo prejuzgadas, como se pretende de contrario.

Por todo lo anterior, se rechaza la alegación relativa a que el presente procedimiento sancionador queda vacío de contenido y, menos aún, que de esta manera está predeterminada la cuestión de fondo, por carecer de fundamento legal alguno que ampare la pretendida nulidad y tratarse de una mera conjetura al margen de la realidad.

Respecto a que se pone en duda los hechos declarados probados por el Instructor al no haber considerado oportuno acordar un periodo de prueba, cuando es la Administración la que tiene que probar la responsabilidad, cabe contestar a Telefónica que, de conformidad con el artículo 80 de la LRJPAC, los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho y que sólo para el caso de que la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, el Instructor del mismo acordará la apertura de un periodo de prueba a fin de que puedan practicarse cuantas se juzgue pertinente.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el Instructor del presente procedimiento ha podido acreditar los hechos que ha considerado relevantes con pruebas admisibles en Derecho, sin que haya tenido que acordar la apertura de un periodo de prueba por cuanto los documentos que configuran las mismas no han sido negadas por la inculpada.

Por último, en cuanto a la supuesta inversión de la carga de la prueba que se ha producido en el presente procedimiento sancionador, se ha de rechazar igualmente la misma por cuanto que el Instructor del expediente ha acreditado suficientemente los hechos probados que se relatan en la presente resolución sin necesidad de tener que utilizar otras pruebas cuya práctica se dice ahora debieran practicarse por el inculpado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica en su defensa alegaba un elemento adicional para exculpar su actuación consistente en afirmar que los miembros del GCU realizaban una actividad común, buscando con ello el amparo en algún supuesto del anexo del Reglamento de Interconexión. Pero en el presente caso lo que ha ocurrido es que Telefónica tan solo se ha limitada a alegar de forma genérica un supuesto recogido en el anexo del Reglamento de Interconexión pero sin especificar qué tipo de actividad común realizan a los efectos del GCU.

Con los hechos probados se acredita suficientemente que Telefónica ha realizado una conducta infractora, por lo que no necesita demostrar además que no realizan una actividad en común, pues de lo que se trata es de un convenio de colaboración que recoge los supuestos de la letra f del anexo del Reglamento de Interconexión, y no los de la actividad común de sus miembros, y de su análisis se obtuvo la existencia de una conducta infractora. Si Telefónica quisiera hacer valer esta circunstancia es ella la que deberá alegarla, acompañada lógicamente de la prueba que la justifique, lo que no supone en ningún caso la vulneración al principio de presunción de inocencia como se pretende ahora de contrario.

Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad.

Telefónica considera desproporcionada la sanción que se propone por la Instructora por haber incumplido el resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000 con la constitución de un solo GCU, vulnerando con ello el principio de proporcionalidad, que deberá ser aplicado teniendo en cuenta el ilícito realizado y el bien jurídico protegido. Se alega que, para la correcta graduación de la sanción, la CMT deberá realizar un correcto, objetivo y ponderado juicio de proporcionalidad.

Como ha quedado expuesto a lo largo de esta resolución, con el GCU ahora analizado Telefónica ha incumplido el resuelve tercero de la Resolución de 8 de junio de 2000, puesto que en dicha parte dispositiva no se establece o especifica un número concreto de GCU a constituir ilegalmente o un número concreto de miembros unidos por un nexo meramente asociativo, para que su incumplimiento pueda ser sancionado.

En lo demás, el resto de las alegaciones de Telefónica son adecuadamente contestadas en el hecho probado sexto y en los fundamentos de derecho relativos a la tipicidad de la infracción y las circunstancias agravantes concurrentes.

Finalmente, para la imposición de la sanción, en la propuesta de resolución de la Instructora se aplicó una cantidad inferior a lo que estaría permitido por el artículo 82.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, y ello



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precisamente en virtud del principio de proporcionalidad y considerando los criterios a aplicar para la graduación de la sanción de conformidad con los establecidos en el artículo 131 de la LRJPAC.

Sobre la vulneración del principio de seguridad jurídica.

Pese a que Telefónica alega vulneración del principio de seguridad jurídica dentro del apartado de la proporcionalidad, por la importancia de sus manifestaciones en reconocimiento de un incumplimiento al menos leve, esta alegación merece un tratamiento diferenciado del anterior.

En este punto, Telefónica viene a manifestar que siempre ha tenido intención de cumplir con lo establecido en las continuas interpretaciones que se han hecho en la CMT. A su entender, esta interpretaciones constituían nuevos condicionantes y limitaciones, que resultaban en la práctica de difícil adaptación inmediata. Por ello, Telefónica alega que en todo momento ha actuado de buena fe queriendo cumplir con la Resolución de 8 de junio de 2000 distinguiendo entre incumplimiento y cumplimiento tardío.

Al final de su escrito manifiesta que ese incumplimiento tardío puede reputarse como una infracción leve al amparo del artículo 81.2 de la Ley General de Telecomunicaciones. Asimismo, del suplico de su escrito se viene a solicitar con carácter subsidiario la consideración de una infracción leve, lo que significa que la propia inculpada reconoce haber cometido al menos un incumplimiento leve, estando tan solo disconforme con la graduación de la sanción que la considera desproporcionada en vista de la cuantía.

Tan solo recordar a Telefónica que el citado artículo 81.5 de la Ley General de Telecomunicaciones no resulta de aplicación al presente supuesto por cuanto que en este mismo artículo se establece al final que, dicho incumplimientos serán leves, salvo que debe ser considerado como grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, y no olvidemos que el incumplimiento de resoluciones de la CMT se tipifica como muy grave de conformidad con el artículo 79.15 de la misma Ley.

Por último, lo que sí resulta de interés es como la propia Telefónica viene a reconocer al final de su escrito que la conducta ahora imputada resulta merecedora al menos de la calificación de leve.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del Resuelve tercero de la Resolución de esta Comisión de 8 de junio de 2000, relativo a la prohibición de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en ese procedimiento, debiendo hacer uso de la figura normativa del Grupo Cerrado de Usuarios conforme a las previsiones del legislador y como han sido interpretadas por esta Comisión.

SEGUNDO. Imponer a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de DIECIOCHO MILLONES de EUROS (18.000.000 euros).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número abierta al efecto en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 20.2, apartados a y b, del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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 del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^º Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes