



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ 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 32/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de septiembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN CON RESPECTO A LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE HA DESARROLLADO LA “OFERTA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS PARA LOCUTORIOS” DE TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS. (Expediente OM 2002/6634)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- ESCRITO DE BT IGNITE. El día 12 marzo de 2002, se registró la entrada en esta Comisión de un escrito remitido por BT IGNITE mediante el que se ponía en conocimiento de esta Comisión una oferta que TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. (en adelante TTP) estaba remitiendo a distintos *locutorios*.

Dicha oferta consta de dos partes: una descripción de las condiciones de la oferta y un Anexo I en el que se detallan los precios según destino de las llamadas.

Segundo.- ESCRITO DE PRIMUS. El 19 de abril de 2002 tuvo entrada en esta Comisión escrito remitido por PRIMUS TELECOMMUNICATIONS IBÉRICA, S.A.U. (en lo sucesivo PRIMUS), adjuntando el Contrato que TTP firma con sus clientes, en el que se expone que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- «PRIMUS ha tenido conocimiento de que (...) **Telefónica está condicionando la conexión de líneas a la firma de un contrato con Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A., lo cual impone el uso exclusivo de los servicios telefónicos de TESAU**».

Tercero.- ESCRITO DE CALL HOME CABINS, S.L. El 22 de abril de 2002 se registró la entrada en esta Comisión de escrito remitido por CALL HOME CABINS, S.L. (CABINS, en lo que sigue) por el que se manifiesta que:

- «**La única opción que [en Telefónica] han dado (...) es la de ofrecerles una reconexión a través de una de sus plataformas, Cabitel, un reseller de Telefónica** (...) forzando a sus clientes a utilizar una plataforma de su titularidad (...). No ofreciendo ninguna posibilidad o alternativa más que esta».

Cuarto.- PERSONACIÓN DE ASTEL Y ALEGACIONES. El 25 de abril de 2002 se recibió en esta Comisión solicitud de intervención de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) con relación a la oferta de TTP.

En su escrito, ASTEL indica que:

- I. Que ASTEL ha tenido conocimiento que Telefónica Telecomunicaciones Públicas (en adelante TTP) ofrece un servicio de gestión de líneas para los locutorios, por el cual TTP es el titular de las líneas de tales locutorios realizando como tal las gestiones precisas para que los locutorios que contraten tal servicio puedan llevar a cabo su actividad.
- II. Que igualmente ASTEL ha tenido conocimiento de la apertura en esa Comisión de un expediente sobre el asunto señalado y las implicaciones que puede tener o tiene en el mercado de la telefonía de uso público, e incluso en el mismo mercado de la telefonía fija.
- (...)
- III. Que entre los asociados de ASTEL se encuentran representados muchos de los operadores a los cuáles les afecta sustancialmente el objeto del procedimiento aquí referido.
- IV. Que como interesados, ASTEL desea personarse en el marco del trámite de audiencia para poder alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinente (art. 84.2 Ley 30/1992 precitada), manifestando su interés en que tales observaciones sean igualmente tomadas en cuenta en el expediente de referencia.

Igualmente, con relación a la Oferta de TTP, ASTEL considera que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **La existencia del contrato descrito en el apartado primero de la parte expositiva de este texto, supone directamente un grave perjuicio a los demás operadores del mercado, que no pueden ser escogidos por un colectivo de clientes tan importante como es el sector de la telefonía pública.**
- Más aún, para las empresas que llevan a cabo actividades de telefonía pública (por ej. Locutorios), pueden derivarse de la firma de tal contrato igualmente graves perjuicios al verse vinculados contractualmente a TTP, y con ello a las ofertas del operador dominante.

En consecuencia, ASTEL solicita a esta Comisión:

- Considerar las alegaciones de ASTEL dentro del expediente OM 2002/6634, que son expuestas en el presente escrito, y tomarlas en cuenta para la imposición de medidas cautelares que estime oportunas para garantizar la eficacia de la Resolución del presente expediente.

Quinto.- COMUNICACIÓN DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO. Con arreglo al artículo 42.4 de la LJPAC, se comunicó a las partes, mediante escritos de 22 de abril de 2002, que el plazo de resolución del presente procedimiento era de tres meses, contados a partir del día 19 de abril de 2002, fecha de apertura del presente procedimiento.

En este sentido, se comunicaba igualmente a los interesados la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 50 de la LJPAC, en la medida en que ante la actual problemática suscitada con respecto al mercado de la telefonía de uso público en general y de los locutorios en particular, aconseja el más pronto esclarecimiento de licitud o no de la oferta de TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. y su incidencia en el mercado referido.

Sexto.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TTP. Mediante escrito de 23 de abril de 2002, esta Comisión requirió a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. que aportara la siguiente información:

1. La fecha de inicio de su "Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios".
2. Contrato por el que se rija la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público de Telefónica de España, S.A.U. a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U., incluyendo las tarifas aplicadas de los distintos servicios –cuota de alta de las líneas, cuotas mensuales de abono de las líneas, tarifas por tipo de llamada...-.
3. En caso de haberse constituido avales o haberse realizado un prepago para poder obtener la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público de Telefónica de España, S.A.U., indique la cuantía de los avales y/o el prepago establecidos y aporte copia de los acreditativos bancarios de la existencia de dichos avales y/o prepago.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4. Relación completa de todos y cada una de las personas físicas y jurídicas a las que haya remitido por cualquier medio, sea correo ordinario, fax, correo electrónico o cualquier otro, su "Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios", incluyendo el nombre o denominación social completos, y la dirección a la que se remitió la oferta.
5. Relación completa de todos y cada una de las personas físicas y jurídicas que hayan contratado con TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. su "Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios", incluyendo el nombre o denominación social completos, su dirección y el número de líneas telefónicas de cada una de dichas personas físicas y jurídicas.
6. Número de líneas solicitadas por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. a Telefónica de España, S.A.U. desde el 1 de enero de 2002 al 31 de marzo de 2002, incluyendo la fecha de solicitud, la ubicación de la línea y la fecha de alta de la misma.
7. Fechas en que se haya interrumpido el servicio por Telefónica de España, S.A.U. a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. desde el 1 de agosto de 2001 a 30 de abril de 2002.

Séptimo.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TESAU. Mediante escrito de 23 de abril de 2002, esta Comisión requirió a TESAU la remisión de la siguiente información:

- Contrato por el que se rija la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público de Telefónica de España, S.A.U. a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U., incluyendo las tarifas aplicadas de los distintos servicios –cuota de alta de las líneas, cuotas mensuales de abono de las líneas, tarifas por tipo de llamada...-.
- En caso de haberse exigido a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. avales o la realización de un prepago para poder obtener la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público de Telefónica de España, S.A.U., indique la cuantía de los avales y/o el prepago establecidos y aporte copia de los acreditativos bancarios de la existencia de dichos avales y/o prepago, así como procedimiento utilizado para el cálculo de la cuantía de dichos avales y/o prepago.
- Número de líneas solicitadas por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. a Telefónica de España, S.A.U. desde el 1 de enero de 2002 al 31 de marzo de 2002, incluyendo la fecha de solicitud, la ubicación de la línea y la fecha de alta de la misma.
- Plazo medio de entrega de las líneas solicitadas a Telefónica de España, S.A.U. por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U.
- Fechas en que se haya interrumpido el servicio por Telefónica de España, S.A.U. a Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. desde el 1 de agosto de 2001 a 30 de abril de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Octavo.- MEDIDAS CAUTELARES. Mediante Resolución de 29 de abril de 2002, esta Comisión adoptó las siguientes medidas cautelares:

Primero.- Obligar a TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. a paralizar su "Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios" a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.

Segundo.- Obligar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. a eliminar, en el plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, cualquier tipo de discriminación que pueda estar realizando entre TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. y cualquier otra empresa de telefonía de uso público y, en particular, las relativas a:

1. La posibilidad de contratación de nuevas líneas telefónicas.
2. El tiempo de entrega de las líneas telefónicas solicitadas.
3. Las tarifas cobradas por la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público.
4. La exigencia de avales o prepago y la cuantía relativa de los mismos.

Noveno.- ESCRITO DE D^a M.P. PEINADO. El mismo día, 29 de abril de 2002, se recibió en esta Comisión escrito de D^a M.P. PEINADO, exponiendo:

- «Tengo el alquiler de las líneas con las compañía Telefónica de España, y el servicio de llamadas me lo presta otra de las operadoras que existen en el mercado BT. IGNITE (...). **Desde hace algún tiempo la empresa Telefónica, está intentando por todos los medios que proceda a la contratación con su filial Telefónica Telecomunicaciones Públicas en la cual emiten la oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios**»
- «En este orden de cosas, se presentó en mi local el Sr.(...), Ejecutivo Comercial (ALC), de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. y en ese momento comprendía la técnica monopolística que se me trataba de imponer, puesto que mediante coacciones y **ante mi negativa de contratar con su empresa, me señalaron la posibilidad de que si no firmaba el contrato, llegarían incluso a cortarme las líneas telefónicas**, cosa que no puedo aceptar, puesto que la empresa que en estos momentos me presta sus servicios tiene unas condiciones más ventajosas que Telefónica y al estar en un mercado libre, no puedo admitir que se intente imponer un contrato de un modo coercitivo (...). Pues precisamente **el día 12 de Abril, Viernes, se cortó la línea de mi establecimiento (...) en mi teléfono particular, tenía sorprendentemente restringidas las llamadas, sin tener que ver nada dicha línea con el locutorio telefónico, ya que es anterior a mi negocio (...)** pese a todo fue imposible el que la línea fuese restablecida».

Décimo.- CONTESTACIÓN PARCIAL DE TTP AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN. El día 9 de mayo de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de TTP en el que contestaba parcialmente al requerimiento de información que le había sido remitido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, indica TTP que el inicio de su campaña comercial a los locutorios fue el día 8 de febrero de 2002. Aportado contrato con TESAU para la prestación del servicio de 1 de marzo de 2002 y un primer prepago realizado por TTP el 2 de abril de 2002. Se señala que no consta que TESAU le haya interrumpido el servicio en momento alguno.

Undécimo.- REITERACIÓN DE REQUERIMIENTO A TTP 1. Sin embargo, en la respuesta de TTP, y en cuanto al apartado 5 del requerimiento mencionado, se omitía la dirección y el número de líneas de las personas físicas y jurídicas que contrataron la oferta.

Del mismo modo, en lo relativo al apartado 6 se señala que “por el escaso tiempo disponible para la respuesta a este requerimiento, no ha sido posible conseguir esta información, que será facilitada a esa CMT en cuanto esté elaborada”, no procediéndose hasta la fecha a cumplir el requerimiento en este sentido.

En consecuencia, mediante escrito de 23 de mayo de 2002 se reiteró a TTP el requerimiento de información de 23 de abril de 2002 anteriormente citado con respecto a los siguientes apartados:

5. Relación completa de todos y cada una de las personas físicas y jurídicas que hayan contratado con TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. su “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios”, incluyendo el nombre o denominación social completos, su dirección y el número de líneas telefónicas de cada una de dichas personas físicas y jurídicas.
6. Número de líneas solicitadas por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. a Telefónica de España, S.A.U. desde el 1 de enero de 2002 al 31 de marzo de 2002, incluyendo la fecha de solicitud, la ubicación de la línea y la fecha de alta de la misma.

Duodécima.- REITERACIÓN DE REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TTP 2. Del mismo modo, tampoco contestaba TTP en su escrito al apartado 4 de dicho requerimiento, alegando que “la campaña comercial de Locutorios se ha realizado por medio de Agentes Libres de Comercio”, por lo que no procedía a contestar con la información solicitada pese a que en dicho apartado 4 se exponía claramente que debía contestarse con la relación completa solicitada de todas las personas físicas y jurídicas a las que se hubiera remitido la oferta “por cualquier medio”.

En consecuencia, mediante escrito de 23 de mayo de 2002 se requirió a TTP el requerimiento de información de 23 de abril de 2002 anteriormente citado con respecto al siguiente apartado:

4. Relación completa de todos y cada una de las personas físicas y jurídicas que hayan contratado con TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. su “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios”, incluyendo el nombre o denominación social completos, su dirección y el número de líneas telefónicas de cada una de dichas personas físicas y jurídicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decimotercero.- CONTESTACIÓN PARCIAL DE TESAU AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN. El día 9 de mayo de 2002 se recibió la contestación de TESAU al requerimiento de información anteriormente mencionado, señalando que el plazo medio de entrega de líneas para TTP y para cualquier explotador de terminales de uso público es de 5/6 días.

Decimocuarto.- SEGUNDO REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TESAU. Mediante escrito de 9 de mayo de 2002 esta Comisión requirió a TESAU que aportara la siguiente información:

1. Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU haya suspendido o interrumpido el servicio en el año 2002, señalando para cada una el momento de inicio y finalización de la suspensión o interrupción, el alcance de la misma (indique 1 si afectó a las llamadas salientes facturadas por TESAU, indique 2 si afectó a las llamadas salientes gratuitas para el usuario llamante, indique 3 si afectó a las llamadas entrantes; tenga en cuenta que es posible que la respuesta correcta incluya dos o los tres números indicados, tal y como ocurriría en caso de haberse suspendido o interrumpido el servicio en su totalidad –la respuesta habría de ser en tal caso “1+2+3”), así como el número de líneas afectadas. Igualmente, señale los motivos por los que se procedió a la suspensión o interrupción.

Para la remisión de dicha información puede seguirse una tabla como la siguiente:

ENTIDAD	Fecha de inicio de la suspensión o interrupción	Fecha de finalización de la suspensión o interrupción	Alcance de la suspensión o interrupción (1 y/o 2 y/o 3)	Nº de líneas afectadas	Motivos de la suspensión o interrupción

Decimoquinto.- CONTESTACIÓN DE TESAU AL SEGUNDO REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TESAU. El 22 de mayo de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de Telefónica de España, S.A.U. en el que procedía a remitir un listado de 9 empresas de telefonía de uso público a las que se les había suspendido o interrumpido el servicio telefónico fijo disponible al público.

Decimosexto.- REITERACIÓN DEL SEGUNDO REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TESAU. En este sentido, en el listado facilitado por TESAU faltan distintas empresas de telefonía de uso público que han comunicado ha esta Comisión la suspensión o interrupción del servicio por parte de Telefónica de España, S.A.U. La propia TESAU reconoce que no ha incluido en su contestación a “aquellas entidades que, oportunamente notificadas del contenido de la Resolución de 28 de febrero de 2002 y 14 de marzo de 2002,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no presentaron en plazo el aval solicitado en los términos y condiciones fijados” y ello porque según TESAU “no puede considerarse en puridad como suspensiones de servicio en tanto que se limitó a la restricción de tráfico saliente por esta entidad”.

La propia TESAU reconoce, por tanto, que la contestación que facilita es incompleta, sin que la razón que alega, esto es, que faltan aquellas empresas a las que se suspendió sólo el tráfico saliente, sea admisible por cuanto, entre otros motivos, el requerimiento establecía claramente que se debía indicar un “1” cuando la suspensión hubiera afectado sólo a llamadas salientes, con lo que evidentemente habían de incluirse también a estas empresas, procediéndose en consecuencia a reiterar el señalado requerimiento a TESAU.

Decimoséptimo.- ESCRITO DE CAMEL&PRESS. El día 10 de mayo de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de CAMEL&PRESS, S.L. en el que pone en conocimiento de esta Comisión que:

- «Ya han desaparecido del mercado más de 100 empresas (con muchos puestos de trabajo)».
- «[la imposibilidad] de dar soluciones a sus clientes con **líneas sin servicio (tanto de entrada como de salida)**».
- «Por último, la **imposibilidad de instalar líneas en sus clientes por ser denominados como “locales contaminados”**».

Como consecuencia de la situación descrita señala ESCOITÓFONO que la única solución es cerrar. Como causa de las actuaciones de TESAU, señala ESCOITÓFONO que se trata de «aconsejar la entrada en la A.O.T.E.P., con una condición del 38% de descuento de toda la factura y así asegurarse junto con TTP el tráfico (...). Fomentar a los operadores de Telefonía Pública que si quieren condiciones, entren en la A.O.T.E.P. **Instar a los locutorios a pasar el tráfico por medio de empresas con el contrato de locutorios firmados** (ej: Systelcom Telemensajes, Telemo Franquicias, TTP...) **o la alternativa es el corte del servicio**».

Decimoctavo.- ESCRITO DE EVA R. G. Mediante escrito con entrada registrada en esta Comisión el día 21 de mayo de 2002, D^a Eva G. R. expone que habiendo solicitado líneas nuevas y el traslado de las existentes para abrir un nuevo local de telefonía de uso público, **en TESAU se le indicó que la única forma de hacerlo era firmando el contrato con TESAU o bien con uno de sus “resellers”**. D^a Eva G.R. señala quedar a la espera de la adopción por esta Comisión de las medidas necesarias para evitar esta situación.

Decimonoveno.- ESCRITO DE M. P. PEINADO. Se recibieron posteriormente escritos remitidos por D^a M.P. PEINADO aportando acta notarial sobre la suspensión del servicio que TESAU había llevado a cabo en los teléfonos de su empresa y de su domicilio particular, así como una serie de alegaciones en las que exponía que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- «El comercial de Telefónica D. (...) me señaló que todo ocurría porque me había negado a firmar el contrato con ellos, y que demasiada suerte tenía porque no me habían cortado todas las líneas definitivamente, y que la única solución era firmar el contrato con ellos o cerrar el locutorio (...). De este modo, y tras innumerables intentos de evitarlo, me vi coaccionada y obligada a la firma del contrato, y en fecha 15 de mayo se pusieron en contacto con la que suscribe para instalarme las nuevas líneas, a lo que en último intento di mi negativa a la instalación esperando qué solución me ofrecen ustedes a este asunto».

Vigésimo.- ESCRITO DE WORLDCOM. El 23 de mayo de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de MCI WORLDCOM (SPAIN), S.A., (en adelante WORDLCOM) exponiendo:

- «La suspensión del servicio ejecutada por TESAU, así como los retrasos en la instalación de nuevas líneas telefónicas causan perjuicios no sólo a los locutorios y sus clientes, sino también a los operadores de telecomunicaciones que cursan el tráfico generado por dichos usuarios».
- «Estas prácticas del operador dominante se enmarcan en una campaña de TESAU para amedrentar a los locutorios, y que su principal efecto en el mercado no está siendo otro más que la recuperación por parte de TESAU de tráfico que estaba siendo gestionado por operadores alternativos y la exclusión de este interesante segmento del mercado de estos operadores y sus atractivas ofertas».
- «Las empresas que gestionan locutorios se caracterizan por su reducido tamaño y su baja capacidad de financiación. La suspensión del servicio, incluso durante breves plazos de tiempo, genera graves perjuicio en cuanto impide obtener ingresos que son necesario para la misma supervivencia de la empresa (...). Así, los locutorios son especialmente sensibles a las amenazas de TESAU, en especial si dichas amenazas son seguidas de cortes del servicio».
- «Numerosas entidades presentes en el mercado de telefonía de uso público nos han referido presiones por parte del Grupo Telefónica para aceptar las ofertas provenientes de Telefónica Telecomunicaciones Públicas S.A.U.».
- «Los cortes de líneas y los reiterados retrasos en la instalación de nuevas líneas habrían sido utilizados por el Grupo Telefónica para incentivar la contratación de ofertas anticompetitivas de TTP».
- «Resulta por esto de gran interés la resolución de 29 de abril de 2002, por la que se impusieron a TESAU y a TTP determinadas medidas cautelares (...). No obstante, los riesgos de la estrategia excluyente del grupo Telefónica no quedan excluidos por la medida cautelar, en cuanto ésta se limita a restringir ofertas lanzadas al mercado por TTP y no por otras filiales o entidades comercializadoras de los servicios de TESAU (...). A este operador le ha sido comunicado que TESAU está firmando acuerdos con ciertas entidades a fin de que estas comercialicen ofertas similares a la lanzada por TTP objeto de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

medida cautelar de esa Comisión (...) **excluyéndose el enrutamiento por operadores alternativos (...).** Como respuesta a la medida cautelar que impide a TTP revender determinados servicios de TESAU en condiciones anticompetitivas, TESAU parece haber lazando ofertas similares a través de entidades intermediarias diferentes de TTP e incluso ajenas al Grupo. Estas ofertas se sustentarían, como ya ha apuntado esa Comisión, en precios discriminatorios ofertados tan sólo a través de los intermediarios que enrutan exclusivamente a través de TESAU. **Esto supondría un incumplimiento de la medida cautelar de 29 de abril de 2002».**

Vigesimoprimer.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A SOL TELECOM.

Se les remitió el siguiente requerimiento de información a SOL TELECOM:

1. Contrato por el que se rija la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público de Telefónica de España, S.A.U. a SOL TELECOM, incluyendo las tarifas aplicadas de los distintos servicios –cuota de alta de las líneas, cuotas mensuales de abono de las líneas, tarifas por tipo de llamada...-.
2. ¿Tiene su empresa alguna obligación de cursar todo o parte de su tráfico telefónico en exclusiva a través de Telefónica de España, S.A.U.?
3. ¿Ha realizado Telefónica de España, S.A.U. alguna actuación dirigida a evitar que todo o parte de su tráfico telefónico se curse a través de operadores alternativos, como impedir a su empresa el acceso indirecto, mediante preselección o llamada a llamada, a otros operadores o a números de inteligencia de red?

Vigesimosegundo.- CONTESTACIÓN DE SOL TELECOM. Mediante escrito de 3 de junio de 2002, SOL TELECOM procedió a contestar al mencionado requerimiento señalando que:

- «Si bien en la cláusula CUARTA se hace referencia a los “precios establecidos en cada momento por la normativa vigente” y a la aplicación de descuentos fijados en el programa Masterbono Proveedores a que se hace referencia en la cláusula QUINTA, en realidad se habían convenido unas tarifas de precios finales que igualmente les remitimos».
- «El sistema telemático implementado para la gestión de los locutorios activados en dicha plataforma **no permite encaminar hacia otro operador ninguna llamada a través de operadores alternativos, impidiendo el acceso indirecto, mediante preselección o llamada a llamada, a otros operadores o a números de inteligencia de red. Cuanto se intenta una llamada bajo alguna de estas modalidades, TESAU no la encamina al operador alternativo y se recibe la señal de abonado comunicando».**
- «Nuestra intención es continuar cediendo tráfico a TESAU, entendemos que en un mercado en franco proceso de liberalización se nos debería permitir cursar tráfico también a otros operadores alternativos».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vigesimotercero.- ESCRITO DE ASTEL. El 29 de mayo se registró en esta Comisión la entrada de escrito de ASTEL exponiendo que:

- «Adjuntamos al presente escrito **acta del notario** de Madrid (...). Que en dicha acta notarial se da fe de conversaciones mantenidas con diferentes empleados de los centros de atención al cliente de Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Telecomunicaciones Públicas S.A.U. el día 27 de mayo de 2002. Que en dichas conversaciones el representante de TESAU confirma que **TESAU no está instalando líneas telefónicas a locutorios, y que estas líneas, sin embargo, sí que son instaladas a un reducido número de mayoristas, entre los que se encuentra TTP (...).** El representante de TTP confirma que **TTP presta el servicio de telecomunicaciones públicas a locutorios.** El representante afirma igualmente que **en el caso de contratar con TTP la prestación de dichos servicios, el enrutamiento del tráfico se produce exclusivamente por TESAU** ».

Indica ASTEL cómo el acta aportada prueba:

- «a. La no instalación de líneas telefónicas a locutorios por parte de TESAU.
- b. La negativa de prestación del servicio de telefonía pública a locutorios por parte de TESAU.
- c. El incumplimiento por parte de TESAU de la medida cautelar de 29 de abril de 2002, que impone la obligación de eliminar cualquier tipo de discriminación entre TTP y cualquier empresa de telefonía de uso público, en especial en lo que respecta a la instalación de nuevas líneas, en cuanto dichas líneas están disponibles para TTP y un número reducido de empresas pero no para la generalidad.
- d. El incumplimiento por TTP de la medida cautelar adoptada por esa Comisión el 29 de abril de 2002, en cuanto obligaba a TTP a paralizar su oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios, oferta que, sin embargo, sigue realizando.
- e. La estrategia excluyente del grupo Telefónica consistente en imponer el enrutamiento de la totalidad del tráfico telefónico generado por los locutorios a través de la red de TESAU, impidiendo activamente el enrutamiento a través de operadores alternativos».

Vigesimocuarto.- CONTESTACIÓN DE TTP. El día 3 de junio de 2002 se recibió la contestación de TTP a la reiteración que se le había formulado del requerimiento de información, aportando los listados requeridos y, entre ellos, uno que muestra cómo TESAU ha procedido a instalar todas las líneas que TTP le ha ido solicitando.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vigesimoquinto.- CONTESTACIÓN DE TESAU. El día 6 de junio de 2002 se registró la entrada en este organismo de la contestación de TESAU al requerimiento que se le había remitido, señalando que:

- «En anexo se acompaña la relación, (con detalle por cliente) del número y del tipo de líneas que, con las anteriores premisas, y en ejecución de la medida cautelar, se inhabilitaron los días 12, 19, 22 y 25 de abril, así como las que se han rehabilitado en el periodo comprendido entre el 13/4 y el 20/5. El número de clientes [suspendidos] asciende a **1124 clientes**. Número de **líneas inhabilitadas: 15.914**. Número de líneas rehabilitadas: 5.470».
- «Con carácter general para todas las entidades relacionadas en el anexo que se acompaña, señalar, en orden al alcance de la suspensión, que:
 - Afectó a llamadas salientes que generaran crédito a favor de Telefónica de España.
 - Permite llamadas salientes gratuitas para el usuario llamante en los términos indicados (...)
 - Afectó inicialmente a las llamadas entrantes en el momento de la suspensión, si bien, de forma manual, -con actuación sobre las 15.914 líneas (...) se realizaron las actuaciones tendentes a inhabilitar la posibilidad de cobro revertido, facilitando tal opción a la totalidad del listado».

Vigesimosexto.- ESCRITO DE J.L.ORTIGOSA. El 10 de junio se reciben en esta Comisión escritos de J.L. ORTIGOSA poniendo de manifiesto:

- «Por la presente pongo en su conocimiento que la empresa **Instant Telecom Service** domiciliada en c/Orense 26-5º B de Madrid **viene desarrollando una actividad como operador de telecomunicaciones consistente en la prestación del denominado servicio de reventa del servicio telefónico, que requeriría disponer de título habilitante de acuerdo con lo dispuesto en la LGTel (...)**. Asimismo, **ruego que** por parte de este Ministerio [el escrito se remitió originariamente al Ministerio de Ciencia y Tecnología] o de la CMT **dicten alguna Resolución similar a la que emitió la CMT con fecha 29 de abril de 2002 contra TTP**, ya que la Administración no puede ir contra sus propios actos ni dar soluciones distintas para infracciones iguales»
- «Con fecha 4 de Junio de **2002 solicite una Hoja de Reclamaciones en la sede Gran Vía, 28 de Telefónica para volver a denunciar el hecho de que llevo varios meses intentando que me pongan líneas en 3 locutorios**, que también he denunciado en la CMT, en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, en la Policía Nacional y en el Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid. Me dijeron que “Telefónica no tiene hojas de reclamaciones”, por lo cual acudí a la Junta de Distrito del Ayuntamiento de Madrid, ubicada en la plaza Mayor, donde me dijeron que la Policía Municipal ha ido varias veces a ese edificio por este motivo y que les han puesto varias multas a Telefónica por no tener Hojas de Reclamaciones pero que no podían hacer nada más por la siguiente razón “Es que no podemos cerrar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica”. Ante lo cual presente, para que volviesen a poner otra multa a Telefónica.

Debido a lo vergonzoso que resulta que todas las empresas que presentan algún servicio están obligadas por ley a tener Hojas de Reclamaciones y que siendo la principal empresa de servicios del país no las tiene, el jueves 6 de junio volví a solicitar en la sede de telefónica de Gran Vía, 28 que me diesen una Hoja de Reclamaciones obteniendo la misma respuesta de “ Telefónica no tiene Hojas de Reclamaciones”, ante lo cual llame al 092 para que acudiese la Policía Municipal. Cuando llego la Policía los empleados del registro no son de Telefónica sino de una contrata y que Telefónica tenía Hojas de Reclamaciones en un despacho ubicado en la 4ª planta donde me las iban a dar y que se podían ir los Policías Municipales.

Acompañado de un vigilante jurado subí a la 4ª planta donde hay un despacho que tiene un letrero muy grande en la entrada en el que pone RECLAMACIONES, pero nada más entrar me dijo la Señora encargada de tramitar las reclamaciones que “Telefónica no tiene hojas de reclamaciones”. A esta Señora la expuse el problema que tengo yo y todos los que estamos en el sector de locutorios de que Telefónica no nos pone líneas, y me dijo lo siguiente:

- En el 1004 tienen prohibido cursar peticiones de líneas para locutorios y para líneas 900. **Las líneas para locutorios se tienen que pedir a una de las 6 empresas que me escribió en un papel y que también podría llamar al 900 120 906**
- No existe ninguna posibilidad de pedir línea fuera del cauce anterior. Telefónica una lista de direcciones de locutorios y **cuando alguien pide líneas para una dirección en el que haya un locutorio anulan la petición. Asimismo, los instaladores tienen órdenes de anular las solicitudes de líneas si cuando van a ponerlas ven que es para un locutorio.** Y que si Telefónica detecta que una línea que ya ha dado de alta se utiliza para un locutorio la anula inmediatamente.
- **Que Telefónica es una empresa privada y que nadie, ni siquiera la CMT, puede obligarla a que ponga líneas.**

Al día siguiente, viernes 7 de junio de 2002, llamé al 1004 para pedir líneas para un locutorio y me dijeron que no las podía tramitar llamando al 1004, **que tenía que llamar al 900120906, a continuación llamé a ese número y me dijeron que ellos no las tramitaban y me indicaron las 6 empresas que me habían indicado el día anterior en Telefónica con los mismos teléfonos y en el mismo orden.**

Llamé a estas empresas y en todas **me dijeron que las líneas tenían que estar a nombre de ellos y que el 100% del tráfico tenía que salir a través de Telefónica».**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vigesimoséptimo.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A LOCUTORIOS.

El 10 de junio de 2002 se envió a diversas entidades el siguiente requerimiento de información:

1. ¿Le ha negado Telefónica de España, S.A.U. el suministro de nuevas líneas tras el 1 de mayo de 2002? En caso de que Telefónica de España, S.A.U. le haya suministrado nuevas líneas desde el 1 de mayo de 2002, indique el plazo de entrega desde la fecha de su solicitud hasta la fecha de disponibilidad de las mismas.
2. ¿Le ha negado Telefónica de España, S.A.U. la prestación de servicios, como puedan ser el traslado de líneas o el cambio de titularidad de las mismas, tras el 1 de mayo de 2002?
3. ¿Le ha condicionado Telefónica de España, S.A.U. el suministro de nuevas líneas o cualquier otro servicio, como pueda ser el traslado de líneas o el cambio de titularidad de las mismas, a la contratación de los mismos a través de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP), tras el 1 de mayo de 2002?.
4. ¿Ha recibido alguna oferta por parte de Telefónica Telecomunicaciones Públicas tras el 1 de mayo de 2002 referida a la contratación a dicha empresa de líneas telefónicas y/o tráfico telefónico?

En caso de disponer de documentación acreditativa en su caso, aporte copia de la misma.

El mismo día se remitió a otros locutorios el siguiente requerimiento de información:

- ¿Ha tenido alguno de los siguientes problemas con Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) en el desarrollo de su actividad de telefonía de uso público o locutorios: negativa de suministro de nuevas líneas, demora en el suministro de nuevas líneas, suspensión o interrupción del servicio telefónico para llamadas entrantes y/o salientes? Detalle en lo posible su respuesta.
- En concreto, ¿se le ha condicionado por parte de Telefónica el suministro de nuevas líneas o la prestación de cualquier otro servicio a la contratación de los mismos a través de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP), o algún otro *mayorista, revendedor o distribuidor* como SISTELCOM, SOL TELECOM, AMIGOPHONE, CINDETEL, COMERCIAL LEFER o INSTANT TELECOM?.

Vigesimoctavo.- ESCRITO DE LAILA B. El día 12 se registró la entrada en esta Comisión de escrito de LAILA B. en el que se aporta Burofax remitido en su día a TESAU señalando que:

- «Que en fecha 10/06/2002 contactó con el Centro de Atención de Telefónica Empresas de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. a través del teléfono 900 120 906, para solicitar la instalación de nuevas líneas telefónicas (...). Que las personas que le atendieron le informaron que Telefónica no instala líneas telefónicas a Locutorios de uso público y que dichas empresas sólo podían



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obtener el servicio de líneas de Telefónica si éstas estaban a nombre de alguno de los revendedores autorizados de Telefónica que cursasen todo su tráfico a través de Telefónica».

- «Que existen resoluciones expresas de la CMT obligando a Telefónica a eliminar cualquier tipo de discriminación que pueda estar realizando entre las empresas de telefonía de uso público y, en especial, las relativas a la posibilidad de cursar tráfico a través de números 800/900, a la contratación de nuevas líneas, al plazo de entrega de las líneas solicitadas y la exigencia preceptiva de avales o de prepago».
- «La actuación de Telefónica causa graves perjuicios al titular de las líneas (..) las actuaciones de Telefónica pudieran infringir la legislación vigente y las resoluciones emitidas por la Comisión ».

Similares escritos se recibieron en días posteriores remitidos por Z. LOULIDI, F. A. JIMENEZ, AMINATA C. y O. DIAGNE.

Vigesimonoveno. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A LOS CONTRATANTES DE LA OFERTA DE TTP. El 13 de junio se remitió el siguiente requerimiento de información a los locutorios que habían contratado la Oferta de TTP:

- ¿Ha tenido alguno de los siguientes problemas con Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) en el desarrollo de su actividad de telefonía de uso público o locutorios: negativa de suministro de nuevas líneas, demora en el suministro de nuevas líneas, suspensión o interrupción del servicio telefónico para llamadas entrantes y/o salientes? Detalle en lo posible su respuesta.
- En concreto, ¿se le ha condicionado por parte de Telefónica el suministro de nuevas líneas o la prestación de cualquier otro servicio a la contratación de los mismos a través de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP)?.
- Exponga los motivos por los que procedió a contratar la “Oferta de servicios de telecomunicaciones públicas” de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP).

Trigésimo.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A LOS RECEPTORES DE LA OFERTA DE TTP. El día 13 de junio de 2002 se registró la salida de requerimientos a los receptores de la Oferta de TTP que constan en el presente procedimiento, en los términos siguientes:

1. ¿Ha tenido alguno de los siguientes problemas con Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) en el desarrollo de su actividad de telefonía de uso público o locutorios: negativa de suministro de nuevas líneas, demora en el suministro de nuevas líneas, negativa a la tramitación de cambios de titularidad de las líneas,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- negativa al traslado de líneas, suspensión o interrupción del servicio telefónico para llamadas entrantes y/o salientes? Detalle en lo posible su respuesta.
2. En concreto, ¿se le ha condicionado por parte de Telefónica el suministro de nuevas líneas o la prestación de cualquier otro servicio a la contratación de los mismos a través de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP), o algún otro *mayorista, revendedor o distribuidor* como SISTELCOM, SOL TELECOM, AMIGOPHONE, CINDETEL, COMERCIAL LEFER o INSTANT TELECOM?.
 3. ¿Le ha negado Telefónica de España, S.A.U. el suministro de nuevas líneas tras el 1 de mayo de 2002? En caso de que Telefónica de España, S.A.U. le haya suministrado nuevas líneas desde el 1 de mayo de 2002, indique el plazo de entrega desde la fecha de su solicitud hasta la fecha de disponibilidad de las mismas.
 4. ¿Le ha negado Telefónica de España, S.A.U. la prestación de servicios, como puedan ser el traslado de líneas o el cambio de titularidad de las mismas, tras el 1 de mayo de 2002?
 5. ¿Le ha condicionado Telefónica de España, S.A.U. el suministro de nuevas líneas o cualquier otro servicio, como pueda ser el traslado de líneas o el cambio de titularidad de las mismas, a la contratación de los mismos a través de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP), tras el 1 de mayo de 2002?
 6. ¿Ha recibido alguna oferta por parte de Telefónica Telecomunicaciones Públicas tras el 1 de mayo de 2002 referida a la contratación a dicha empresa de líneas telefónicas y/o tráfico telefónico?

La respuesta a este requerimiento fue negativa en todos los casos, si bien ha de tenerse en cuenta que el listado remitido por TTP incluía únicamente a sus Agentes de Libre Comercio, procediendo de éstos, en consecuencia, las respuestas recibidas.

Trigesimoprimer.- CONTESTACIÓN DE DIVERSAS ENTIDADES. A partir del 14 de junio se ha venido recibiendo en esta Comisión la contestación de diversas entidades a los requerimientos de información anteriormente señalados, entre las cuales pueden destacarse las señaladas en los siguientes apartados de estos Antecedentes de Hecho.

Trigesimosegundo.- BT INGITE ESPAÑA, S.A. (BT), que manifiesta tras el 1 de mayo de 2002 el plazo de suministro de líneas a esta empresa ha sido de 22 días naturales, cuando TESAÚ reconoce que a TTP se las suministra en un máximo de 6 días y en contra, por tanto, de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento de referencia el 29 de abril de 2002.

Igualmente, señala BT que:

- «El servicio que BT presta se realiza a través de acceso indirecto y por tanto depende enteramente del acceso que proporciona Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica). Pues bien, **Telefónica está llevando a cabo prácticas ilegales consistentes en el retraso en la tramitación de la instalación de**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

nuevas líneas a locutorios y en condicionar el suministro de las mismas a la firma de un contrato con uno de sus distribuidores.

- Como demostración de la primera de las prácticas comentadas se adjunta como **Anexo 1 un listado (...) en el cual se detallan los retrasos que en la instalación de líneas sufren algunos de los Locutorios a los cuales BT presta servicios.**
- Con respecto a la segunda de las prácticas, se adjunta como **Anexo 2, dos faxes (...) [que] detallan las solicitudes que tal empresa ha realizado a Telefónica para la instalación de líneas y cómo Telefónica se las ha negado** (anulado según la terminología del sistema de solicitud vía web) (...) **Tales negativas, según dicha representación manifiesta, “obligó a suscribir contrato de exclusividad con T.T.P., cuando se pretendía contratar con BRITISH TELECOM”. Realizándose tal contrato, según figura en el fax, con Telefónica Telecomunicaciones Públicas S.A. ,el 27 de mayo de 2002, con lo cual se solucionaron rápidamente los problemas que parece existían para el suministro de nuevas líneas».**

BT, aparte de alegar el incumplimiento por TESAU y TTP de las medidas cautelares adoptadas en el presente procedimiento mediante Resolución del Consejo de 29 de abril de 2002, considera necesario que esta Comisión adopte las siguientes medidas:

- **«Clarificar que Telefónica está obligada a suministrar líneas a los locutorios y dentro de los plazos legalmente aplicables (...).** Garantizar que no existe discriminación alguna en el suministro de líneas, en concreto en los plazos de suministro cuando se realiza directamente por Telefónica o a través de uno de sus distribuidores autorizados
- Clarificar las condiciones bajo las cuales puede llevarse a cabo la distribución de servicios regulados de Telefónica a través de terceras personas (...). **Clarificar los términos, condiciones y precios bajo las cuales Telefónica puede suministrar las líneas a sus distribuidores».**

Trigesimotercero.- SERTALIBER, S.L., que adjunta un Burofax que remitió a TESAU el 24 de mayo de 2002 solicitando cinco líneas y señala no haberlas recibido a la fecha de su escrito –14 de junio de 2002-, pese a las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión en el presente procedimiento el 29 de abril de 2002.

Trigesimocuarto.- BBC LIXBEL COMUNICACIONES, S.L., que aporta los contratos de algunos de los *revendedores autorizados* de TESAU y que muestran cómo asumen la titularidad de las líneas que se contratan para el locutorio, así como el tráfico en exclusiva.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Trigesimoquinto.- UNI2 TELECOMUNICACIONES, mediante escrito con entrada registrada el 18 de junio de 2002, pone en conocimiento de esta Comisión que «los clientes [locutorios] indican que en muchos casos TESAU niega el suministro remitiendo a los clientes a empresas como TTP, CINDETEL, AMIGO FONT,...». En este sentido, aporta UNI2 un listado de locutorios que han solicitado líneas a TESAU sin que les hayan sido instaladas, señalando que «en la mayoría de los casos, los instaladores se han puesto en contacto con los clientes y tras enterarse de que se trataba de un locutorio no han ido a instalar las líneas. En ocasiones los instaladores han indicado que tienen órdenes de TESAU de no instalar líneas en locutorios».

Finalmente, señala UNI2 que «los clientes indican que han recibido ofertas con posterioridad al 1 de mayo de 2002 por parte de TTP (...). Además, esta circunstancia se sustenta teniendo en cuenta que TESAU remite a TTP a los clientes que solicitan la instalación de líneas en locutorios».

Trigesimosexto.- ASTEL pone en conocimiento de esta Comisión las observaciones formuladas por algunos de los operadores miembros de la Asociación:

«1. **Grupo COMYTEL** (...) aunque TESAU no se ha negado explícitamente a suministrar nuevas líneas tras el 1 de mayo de 2002, no se ha tramitado ninguna solicitud desde el pasado 16 de abril en adelante. Se adjunta como documento nº 1, listado de locutorios afectados por esta negativa “tácita” así como la fecha en la que se efectuó la solicitud a TESAU.

2. Capcom Capcom, nos comunican un listado de locutorios a los que TESAU ha negado el suministro de nuevas líneas. Así estos locutorios se han visto condicionados por TESAU a la contratación con un distribuidor de TESAU (cuestión perteneciente a la pregunta nº 3). Los locutorios afectados por la negativa son:
(...)

3. Primus: Por parte de esta empresa se adjunta como documento nº 2, un listado de empresas que han solicita alta de nuevas líneas, y no les ha sido suministrado.

Segundo: Contestación a ¿Le ha negado Telefónica de España la presentación de servicios, como puedan ser el traslado de líneas o el cambio de titularidad de las mismas, tras el 1 de mayo de 2002?

1. Grupo Comytel, (...) se nos informa que extraoficialmente se está comunicando que no se invertirán esfuerzos en líneas que no cursen tráfico con TESAU.

2. Primus. Esta empresa comunica algunos locutorios a los que TESAU ha negado la presentación de determinados servicios o aspectos relacionados con los mismos. Estos son:
(...)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Otros: Se adjunta igualmente, como documento nº3, carta de un locutorio por el cual se evidencian las restricciones que está sufriendo un locutorio cliente de un operador asociado a ASTEL.

Tercero: Contestación a ¿Le ha condicionado Telefónica de España, S.A.U. el suministro de nuevas líneas o cualquier otro servicio, como pueda ser el traslado de líneas o el cambio de titularidad de las mismas, a la contratación de los mismos a través de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP), tras el 1 de mayo de 2002?

1. Grupo Comytel: (...) contesta que en su caso TESAU condiciona el suministro de nuevas líneas o cualquier otro servicio a que los locutorios cursen tráfico con TESAU
2. Capcom: La información sobre condiciones que ha impuesto TESAU sobre locutorios, ha sido comentada con los ejemplos dados a la 1ª pregunta por parte de esta empresa. Además informan que siempre que se solicitan líneas a nombre de un locutorio remiten a los distribuidores oficiales. El problema surge cuando se condiciona a la instalación de las líneas a trabajar en exclusiva con ese distribuidor oficial, esto implica que el tráfico salga sólo por TESAU.
3. Iberbanda: Aporta contrato de un cliente suyo, MAROC DHI, S.L. con TTP que obliga al locutorio a cursar tráfico tan sólo con TESAU. Se adjunta este contrato como documento nº4

Cuarto: Contestación a ¿Ha recibido alguna oferta por parte de Telefónica Telecomunicaciones Públicas tras el 1 de mayo de 2002 referida a la contratación a dicha empresa de líneas telefónicas y/o tráfico telefónico?

1. Grupo Comytel: (...) comunica que algunos clientes suyos han recibido ofertas de comerciales de TTP que les proporcionaban información equívoca sobre la situación de Moneycard, o sobre la imperiosa necesidad de aceptar la oferta con ellos si deseaban continuar con la actividad.

En su caso concreto, donde un cliente había solicitado a TESAU líneas a nombre de él mismo y no le eran suministradas, apareció un comercial de TTP que le garantizó al cliente el suministro inmediato de las líneas si afirmaba con ellos. El cliente consultó a Moneycard y le aconsejaron que firmara con TTP para ver que ocurría. A las 48 horas le suministraron las líneas más, esta vez a su nombre para el mismo cliente y en el mismo local, y la solicitud de fecha 17 de abril 2002 sigue sin ser cursada por TESAU. El cliente, mientras esperó las líneas antes de llegar TTP, realizó un ingreso a favor de Moneycard que después tuvieron que devolverle pues no podía trabajar con ellos. El hecho de que nos haya solicitado 8 líneas más a Moneycard después es por que no desea trabajar con TTP, aunque ahora está obligado a ello».

Trigesimonoveno.- HIPERCLUB SELECCIÓN, S.A. señala que «desde diciembre del pasado año [2001] se solicitaron líneas analógicas, para nuestros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

locutorios. Nunca se instalaron y al reclamarlas nos decían que tenían órdenes de no instalarlas. Posteriormente recibimos carta de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A., informándonos de que la única solución para tener líneas era firmar un contrato con ellos. El 4 de marzo, de este año, y ante la imposibilidad de otra solución, firmamos el documento e inmediatamente nos pusieron líneas, a su nombre». Igualmente, HIPERCLUB indica que «Con fecha 8 de mayo se presentó carta a Telefónica (c/Valverde, 2) solicitando 15 líneas. Dicha carta, que presentamos en mano para así tener constancia, no nos fue admitida, argumentando que dicha solicitud se debería hacer por teléfono al 1004».

Cuadragésimo.- AG LOCUTORIOS manifiesta que «"nuestro comercial" de Telefónica, el Sr. Hugo Echenique, nos comunicó al solicitar una nueva línea para nuestro negocio que por el uso que se le iba a dar (locutorio) sólo nos la conectarían si cursábamos el tráfico de las mismas a través de Telefónica, extremo que nos parece un abuso pues tenemos otros proveedores que nos ofrecen tarifas más ventajosas».

Cuadragésimoprimer.- 366 TELECOMUNICACIONES, S.L., informa de que «Telefónica nos ha ofrecido la continuidad de la actividad, siempre y cuando firmásemos con una filial de la misma, como pueden ser CABITEL y TTP, S.A., recibiendo de esta última una visita de un comercial de la misma en el locutorio de Vigo, el cual **nos advierte de la urgencia de firmar un contrato (...) ya que de lo contrario nos cortarían las líneas, hecho que ocurrió a los dos días de la mencionada visita y sin que hasta la fecha se hayan restablecido**».

Cuadragésimosegundo.- ESCRITO DE MULTISERVICIOS LA ESTACIÓN. Mediante escrito de 19 de junio de 2002, MULTISERVICIOS LA ESTACIÓN comunica a esta Comisión que:

- «Desde el mes de marzo **hasta la fecha, Telefónica no para de ofrecerme sus servicios. Me han visitado sus filiales: TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, SISTELCOM, INSTANT TELECOM SERVICE**».
- «**Pedí dos líneas a Telefónica y su comercial me contestó que ya no hay líneas nuevas**; mi esposa volvió a pedir nuevas líneas para la misma dirección y se las instalaron. Quiso saber por qué sí a ella y no a mí. Telefónica me contestó que yo soy empresa [de telefonía de uso público] y ella no (...). Si quieres nuevas líneas tendrás que firmar con una de nuestras filiales, sino nada».
- «**He pedido el cambio de titularidad de líneas a Telefónica desde el día 11 de junio de 2002 y no me lo quiere hacer**».
- «**La última oferta de Telefónica Telecomunicaciones Públicas es reciente, fue precisamente el día 9 y 11 de junio**».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuadragésimotercero.- ESCRITO DE A.R.SÁNCHEZ. El 24 de junio de 2002 se recibió de D. A.R. Sánchez manifestando que:

-«Por motivos de cambio del titular de nuestro negocio, mandamos un fax a nuestro comercial el Sr. Eduardo Lanza, solicitando el pertinente cambio de titular de todas nuestras líneas de nuestra oficina, hoy a 17 de junio del 2002, y como podrán comprobar (...) todavía no se nos ha cambiado el titular de las líneas solicitadas ni nuestro comercial se ha puesto en contacto con nosotros».

Cuadragésimoquinto.- TRÁMITE DE AUDIENCIA. El 24 de junio de 2002 se remitió comunicación de inicio del trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, incluyendo un Informe de los Servicios de esta Comisión con la finalidad de facilitar a las partes la identificación de las cuestiones debatidas en el expediente y el ejercicio por las mismas de sus derechos de contradicción y defensa.

Cuadragésimosexto.- ESCRITO DE ASTEL. El 28 de junio de 2002 se recibió escrito de ASTEL alegando, entre otros aspectos, que:

- «El Informe de los Servicios de esa Comisión recoge totalmente las infracciones que TESAU ha cometido a través de sus actuaciones relacionadas con la “Oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios” de TTP».
- «ASTEL considera que deben aprobarse mediante la Resolución que termine el presente procedimiento, una serie de obligaciones para Telefónica de España S.A.U. (...) de cara a garantizar la efectividad de la Resolución que se dicte, así como evitar que se vuelvan a reproducir las conductas que son descritas en el precitado Informe (...):
 - TESAU debe provisionar las líneas solicitadas por las empresas de telefonía de uso público para la actividad de locutorios o para la instalación de terminales de uso público en la vía pública (...).
 - Debe exigirse expresamente a TESAU el cumplimiento de las obligaciones de no discriminación y de calidad que tiene impuestas por la normativa vigente, de cara a asegurar que la provisión de las líneas y su mantenimiento se realice en condiciones y plazos no discriminatorios con respecto a los plazos y condiciones que da a sus distribuidores exclusivos.
 - De cara a garantizar el cumplimiento de las obligaciones de no discriminación que se impongan a TESAU, es preciso que se establezca la obligación a esta empresa de remitir a esa Comisión un reporte periódico de los plazos y condiciones de contratación que se están dando a las empresas de telefonía de uso público, y especialmente a sus distribuidores exclusivos.
 - (...) En relación a los descuentos que TESAU aplique (...) debe imponerse a TESAU expresamente la obligación de seguir los trámites establecidos en el apartado de la Orden Ministerial de 10 de mayo de 2001.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- (...) Por último, y de cara a evitar las actuaciones comerciales de TESAU y TTP que se amparan en su cualidad de grupo de empresas, es preciso prohibir que se produzcan intercambios de información entre las mismas».

Cuadragésimoséptimo.- ESCRITO DE TTP. El 28 de junio de 2002 se recibió escrito de TTP realizando una serie de alegaciones que se tienen en cuenta y se contestan en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución.

Cuadragésimoctavo.- ESCRITO DE TESAU. El 2 de julio de 2002 se recibió en esta Comisión el escrito de TESAU de alegaciones en trámite de audiencia, las cuales se tienen en cuenta y se contestan en los Fundamentos de Derecho de este escrito.

En este sentido, debe destacarse que dichas alegaciones señalaba TESAU que la confidencialidad de determinados documentos le generaría indefensión por no poder conocer su contenido completo.

Ante dichas manifestaciones, esta Comisión, mediante escrito de 8 de julio de 2002, remitió a TESAU fotocopia del índice completo del expediente significando a TESAU que por un plazo único e improrrogable de cinco días, podía proceder a:

1. En su caso, solicitar a esta Comisión la remisión de copia de algún documento cuyo contenido desee comprobar.
2. Contrastar su contenido con los documentos correspondientes que obren en su poder.
3. En caso de considerar que el contenido de los documentos remitidos no coincide con el de los originales, ponerlo de manifiesto y presentar las alegaciones y documentos que a este respecto estime procedentes.

A este respecto, se señalaba a TESAU que el mencionado escrito no suponía una ampliación del plazo concedido en su momento para la cumplimentación del trámite de audiencia, que salvo para los efectos expuestos en los apartados 1, 2 y 3 precedentes ha finalizado con arreglo a lo establecido en los artículos 84 y 76 de la LJPAC, lo cual se notificaba a los efectos de lo dispuesto en el artículo 76.3 de dicho texto legal.

Tras proceder a tomar vista completa del expediente y solicitar copia de todos aquellos documentos que tuvo por conveniente, TESAU procedió a presentar, mediante escrito de 16 de julio de 2002, recibido en esta Comisión el 18 de julio del presente, recurso de reposición con respecto al citado escrito de esta Comisión de 8 de julio de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuadragesimonoveno.- RECURSO DE RESPOSICIÓN DE TESAU. El mencionado recurso de reposición de TESAU motivó el inicio del expediente AJ 2002/7230, en el marco del cual el Consejo de esta Comisión resolvió:

Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. concediendo a TESAU un nuevo plazo improrrogable de 15 días hábiles para que pueda alegar cuanto a su derecho convenga o presentar todos los documentos que considere, con relación, directa o indirecta, a los documentos cuya confidencialidad se ha levantado mediante acto de esta Comisión de 8 de julio de 2002, con el objeto de que puedan ser tenidos en cuenta en la Resolución definitiva del procedimiento OM 2002/6634.

En este sentido, el 19 de agosto de 2002 procedió TESAU a presentar sus alegaciones con respecto a la documentación analizada, tal y como se expone en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

Quincuagésimo.- ESCRITO DE INSTANT TELEKOM. El 2 de julio se recibió escrito de INSTANT TELEKOM SERVICE S.L. (en lo sucesivo INSTANT TELEKOM) manifestando que «procede a reiterar mediante el presente escrito lo ya argumentado en escrito anterior en relación con la ausencia de trato de favor a la entidad INSTANT TELEKOM», que aporta igualmente copia de su autorización provisional para reventa del servicio telefónico a través de acceso indirecto, así como copia de la propuesta del Ministerio de Ciencia y Tecnología favorable a la concesión a la misma empresa de una autorización provisional para la reventa del servicio telefónico a través de acceso indirecto.

Quincuagesimoprimer.- ESCRITO DE BT IGNITE. El 2 de julio se recibió igualmente escrito de BT IGNITE señalando que «el extenso Informe de los servicios detalla las prácticas ilegales que vienen realizando tanto Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) como Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTP) y que no son otras que:

- a) Negar el suministro de líneas de acceso.
- b) Firmar contratos en exclusiva con sus distribuidores.
- c) Discriminar en las condiciones de prestación de líneas entre sus distribuidores y terceros.
- d) Incumplimiento del régimen de regulación de precios.
- e) Prestar servicios sin título habilitante.

Demostradas tales prácticas, se hace estrictamente necesario que la Resolución que finalmente se adopte ponga fin a las mismas».

Quincuagesimosegundo.- ESCRITO DE PLASTIC CARDS. El 2 de julio se registró en esta Comisión la entrada de escrito de PLASTIC CARDS exponiendo que:

- «En este Informe de la Dirección de Ofertas en el Mercado encontramos de nuevo un completo catálogo de actuaciones ilegales de TESAU, absolutamente demostradas (...). Ante esta situación, reiteramos que sólo cabe que la CMT



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ordene el cese inmediato de todas las acciones que violan la legalidad vigente y que incoe los expedientes sancionadores que se derivan de las responsabilidades de TESAU. Ante lo detallado y documentado del informe solo precisamos hacer algunas puntualizaciones:

- Resulta indignante leer en la contestación de TESAU de 6 de Junio que “afectó inicialmente a las llamadas entrantes...”. La realidad es que esta empresa tuvo 21 (veintiún días) las llamadas entrantes restringidas, días en los que tampoco estaban habilitadas las llamadas salientes gratuitas (...).
- TESAU no solamente ha impedido la aparición de nuevas empresas o el crecimiento de las existentes sino que ha perjudicado seriamente su funcionamiento normal aprovechando la situación para difundir a través de sus medios de atención a los clientes informaciones tendenciosas encaminadas a desprestigiar a las empresas que no se han doblegado ante sus prácticas coactivas».

Quincuagesimotercero.- ESCRITO DE CALL HOME CABINS. Mediante escrito recibido el 2 de julio de 2002, CALL HOME CABINS alega que «Desde el 13 de Abril del corriente, la compañía Telefónica, sin mediar aviso, desconectó los dos locutorios de mis clientes, cortándose las líneas en los dos locales, sin poder recibir ni enviar llamadas (...). En conversaciones con la mencionada entidad, Telefónica comunicó a mis clientes que ha pasado el término para abonar la fianza (...). La única opción que dieron a mis clientes para restaurar el servicio es que contacten con Cabitel, un reseller de Telefónica (...) no se dio a mis clientes ninguna otra opción, sin garantías de que la situación pueda variar. Con esta opción, la única que se les ofrece a mis clientes, éstos tenían que utilizar el listado de precios de Cabitel, cuyas tarifas actuales son el doble de la media que se está utilizando en el mercado».

Quincuagesimocuarto.- INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. Ante los indicios recibidos durante la tramitación del presente procedimiento de que podría estarse produciendo un incumplimiento de las medidas cautelares adoptadas en el marco del mismo mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 29 de abril de 2002, anteriormente transcritas, en la Sesión nº 24/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de julio de 2002, en relación con el expediente AJ 2002/7101, se adoptó *Acuerdo de iniciación de expediente sancionador contra la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. por incumplimiento de la Resolución de 29 de abril de 2002 por la que se adoptan medidas cautelares con respecto a la "Oferta De Servicios De Telecomunicaciones Públicas Para Locutorios" DE TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U.*

Quincuagesimoquinto.- TTP PRESENTA SU AUTORIZACIÓN PROVISIONAL PARA REVENTA MEDIANTE ACCESO DIRECTO. El 4 de septiembre de 2002, TTP presenta la autorización provisional que había solicitado al Ministerio de Ciencia y Tecnología de acuerdo con las medidas cautelares de esta Comisión de 29 de abril de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. HABILITACION COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), la CMT tiene por objeto *“salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”*.

Para el cumplimiento de ese objetivo general, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de determinadas funciones, entre ellas la recogida en el artículo 1.Dos.2, letra f), de la misma Ley 12/97: *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”*.

La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, (en adelante LGT), establece en su artículo 24 que *“los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes deberán facilitar el acceso a sus redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a todos los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo soliciten”*. Del mismo modo, el artículo 6 del Reglamento de Interconexión y acceso a redes aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, establece que las condiciones de acceso deberán fundarse en los principios generales de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación.

Según lo determinado en el artículo 25 de la misma Ley, de los conflictos en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieren voluntariamente y de los relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones, conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta deberá dictar resolución vinculante sobre el extremo objeto del conflicto, en el plazo máximo de seis meses.

Asimismo, el artículo 1.Dos.2.h) de la citada Ley 12/1997 atribuye a la CMT la función de vigilancia de la debida aplicación de estas tarifas por los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

COMPETENCIA DE ESTA COMISIÓN EN MATERIA DE SALVAGUARDA DE LA LIBRE COMPETENCIA. En el presente procedimiento se han denunciado diversas actuaciones de TESAU en el sector de telefonía de uso público, concretamente de locutorios, que supondrían un claro abuso de su posición de dominio en perjuicio de las empresas afectadas y de los clientes de éstas, por lo que se analizan a continuación.

Sin embargo, con carácter previo debe indicarse que tanto TESAU como TTP alegan que esta Comisión carecería de competencias con respecto a la salvaguarda de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y formulan en consecuencia su pretensión de que la misma proceda a inhibirse con respecto a las mencionadas conductas en este sentido.

Sin embargo, debe recordarse que esta Comisión está obligada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la LJPAC, a ejercer las competencias que por Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones se le atribuyen en materia de salvaguarda de libre competencia, en consecuente ejercicio legítimo de competencias hasta cierto punto concurrentes con las de otros órganos administrativos, pues de otro modo se incumpliría el mandato del legislador explicitado en las funciones del artículo 1.Dos. 2 c) y f) de dicha ley a esta Comisión.

En segundo lugar, consideramos necesario puntualizar que la Ley de Defensa de la Competencia no es el único cuerpo normativo aplicable en España en materia de defensa de la competencia. Concretamente, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, tanto el artículo 81.1 (antiguo artículo 85) como el 82 (antiguo artículo 86) del Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante, "TCE") producen efectos directos en las relaciones entre particulares que han de ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales. En este sentido, tanto la prohibición de determinados acuerdos colusorios, como la de la explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado, son incondicionales y surten efectos sin que sea necesaria una decisión previa, por lo que pueden ser aplicadas directamente por los jueces nacionales, quienes pueden verificar si se reúnen sus condiciones de aplicación y deducir de ello, llegado el caso, las consecuencias que se derivan en Derecho interno¹.

Respecto de la presente alegación, no cabe sino incidir nuevamente en la argumentación esgrimida por la CMT en anteriores ocasiones: antes de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 52/1999), el caso más conspicuo en el que esta Comisión analizó esta cuestión fue en la resolución de 2 de diciembre de 1999

¹ Sentencias *BRT-SABAM I* de 30 de enero de 1974, *BRT-SABAM II* de 21 de marzo de 1974, y *Ahmed Saeed* de 11 de abril de 1989.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relativa a determinadas prácticas de TELEFÓNICA respecto de los servicios de Infovía e Infovía Plus.

TESAU estimaba entonces, igual que ahora, que ninguna de las letras contenidas en el artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997 permitía a la CMT dictar resoluciones a la luz del Derecho de la Competencia, dado que la competencia en materia de defensa de la competencia recae en exclusiva en el Servicio de Defensa de la Competencia y en el Tribunal de Defensa de la competencia, por lo que el papel de la CMT se limitaría a remitir los asuntos de que conozca en los que se identifiquen prácticas de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al Servicio de Defensa de la Competencia.

Pues bien, ya en aquella ocasión se recordaba que la CMT se creó con un único objeto, según el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones que la constituye, cual es la salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos. Este Real Decreto-Ley constituyó una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno dentro de un paquete de iniciativas destinadas a liberalizar los mercados. En este sentido, se dota a la CMT de las funciones necesarias para alcanzar el fin y objeto de su existencia: la salvaguardia de la competencia. Por ello, las funciones de la CMT no son compartimentos estancos, sino que todas ellas se encaminan a propiciar la salvaguardia de la libre competencia en el mercado otorgando los correspondientes resortes al órgano regulador.

La decisión del legislador no es caprichosa: se trata de una consecuencia del principio de liberalización de los mercados que exige la adopción de medidas rápidas e urgentes de intervención, para evitar que se frustre la apertura de los mercados de telecomunicaciones, como consecuencia de que el órgano generalista se vea imposibilitado para intervenir con prontitud y eficacia. Ello no supone que al Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia se les prive o menoscabe de funciones: al contrario, las funciones de estos órganos se mantienen, lo que sucede es que a las que estos órganos desempeñan se añaden ahora otras, de distinto alcance y ejercicio.

Admitido pues, que la CMT es un órgano de salvaguardia de la competencia, es legítimo plantear cuáles son las líneas diferenciadoras respecto del ámbito de actuación de los órganos generales de defensa de la competencia. En este sentido puede adelantarse cómo no existe riesgo de conflicto dado que la naturaleza de la intervención de ambos organismos es diferente.

Así, el papel que se le atribuye a la CMT, en aras a propiciar una rápida intervención, es imponer obligaciones de comportamiento a los operadores que incurren en prácticas anticompetitivas, singularmente abusos de posición



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dominante. Es decir, detectada una práctica anticompetitiva, la resolución final que dicta la CMT no es sancionadora sino puramente declarativa, imponiendo obligaciones de hacer o de no hacer. Tan sólo si se incumple por el destinatario de la obligación el mandato de hacer o no hacer, la CMT puede sancionar, siendo en este caso la infracción cometida no un comportamiento anticompetitivo sino el incumplimiento de la resolución adoptada por el Consejo de la CMT. Este papel de la CMT tiene sentido en cuanto que en un proceso de liberalización, lo que se requiere es la adopción de medidas urgentes para frenar comportamientos anticompetitivos, porque lo que está en juego es la existencia o no de un mercado libre y transparente, y la prontitud en la intervención constituye una pieza básica de ese proceso. Esta forma de actuar no es la que define a los órganos generales de defensa de la competencia. Su Ley reguladora, prevé que la resolución que finalmente dicte, si se aprecia que existen prácticas anticompetitivas, sea sancionadora, mediante, normalmente, la imposición de multas o penas pecuniarias.

Este diferente modo en que ambos órganos intervienen es perfectamente admisible y ha sido perfectamente aceptado por los agentes intervinientes en el mercado. Los nuevos operadores, entrantes en los mercados antiguamente en monopolio, pueden modular sin dificultades, las vías de acceso a los órganos de salvaguardia de la competencia. Si lo que desean es determinar claramente las obligaciones de unos y otros, y no la apertura de un expediente sancionador, acuden a la CMT. Si lo que persiguen es la sanción al infractor, el camino adecuado es acudir al Servicio de Defensa de la Competencia, tal y como de hecho se viene realizando por los mencionados operadores.

Por esta razón, por la naturaleza del procedimiento que regula la Ley de Defensa de la Competencia, típicamente sancionador, están nítidamente separadas las funciones de instrucción y resolución del procedimiento, que recaen en órganos diferenciados. Sin embargo, en el caso de la CMT, es este órgano, el único que tramita y resuelve el expediente, sin necesidad de la designación de un instructor, con la única excepción del procedimiento sancionador propiamente dicho, cual es el que se incoa por incumplimientos de resoluciones, actos o circulares de la CMT.

Es más, si por cualquier circunstancia un operador acudiera a la CMT, ante una práctica anticompetitiva, ya materializada e irreversible, este organismo se vería imposibilitado para actuar, por cuanto no podría imponer obligaciones de hacer o no hacer y, por tal razón, se vería obligado a remitir las actuaciones a los órganos generales de defensa de la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Antes de razonar sobre las modificaciones introducidas en la Ley de Defensa de la Competencia y que constituyen la principal apoyatura de TESAU, conviene detenerse un instante en el precedente que sobre las mismas supuso la disposición adicional séptima de la LGTel.

En su día, esta disposición fue interpretada por TESAU como principal argumento esgrimible para cuestionar la competencia de la CMT. La redacción de esa disposición adicional es la siguiente, bajo el título de “Coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal de Defensa de la Competencia”:

“El ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye a los órganos de defensa de la competencia.

Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Elo se entiende, sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2 f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones”.

En opinión de esta Comisión, la redacción del precepto, que no ha sido objeto de derogación, explicita los distintos campos de actuación de uno y otro órganos. En este sentido, la CMT, que ve ratificada su competencia sin ninguna limitación, tal como dispone la propia disposición adicional séptima, *in fine*, debe poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia hechos que pudieran constituir indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, al objeto, obviamente de una posible sanción de este organismo, sin que ello le impida imponer obligaciones de hacer o no hacer.

Por otra parte, el precepto sanciona, en nuestra opinión, la primacía en la intervención de la CMT. De ahí el sentido de la expresión “*cuando la CMT detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia ...*”. Así, la CMT, que cuenta con información de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores, se encuentra en la situación más idónea para detectar las posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de las telecomunicaciones. Una vez detectadas, y según la naturaleza de la práctica anticompetitiva, la CMT debe decidir si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia o bien procede a la apertura de un expediente propio de adopción de medidas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este es el único esquema congruente y razonable de coordinación. De ahí que tenga sentido la previsión que contiene *in fine* la disposición adicional séptima, a cuyo tenor la comunicación que la CMT realice al Servicio de Defensa de la Competencia se produce *“sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2. f) de la Ley 12/1997”*. Si el deseo del legislador hubiera sido el de suprimir la función de la CMT no tendría sentido aprobar una redacción como la que estamos comentando.

Queda por clarificar la modificación introducida por la disposición adicional primera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC que da una nueva redacción a la letra f) del artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997. Dicho precepto queda redactado de la forma siguiente:

“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”.

A estos efectos, la Comisión ejercerá las siguientes funciones²:

1.º *Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”*.

2.º *Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos*.

² La redacción anterior del apartado f) era la siguiente: *“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado»*.

Igualmente, la Comisión ejercerá las competencias de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los contratos concesionales que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.º Ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.

Las modificaciones que se introducen sobre la redacción anterior de la mencionada letra f) son las siguientes:

- Dentro de la descripción general de la función de adoptar medidas, que se mantiene, se suprime la indicación de que dichas medidas son “para salvaguardar la libre competencia”. Se conserva el detalle particular de las medidas que la Comisión podría adoptar.
- Se mantiene la indicación de que la Comisión podrá dictar sobre las materias indicadas instrucciones dirigidas a las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.
- Se introduce una función consistente en poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.
- Se mantiene la función de interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia.

Como se desprende de estas modificaciones, los únicos cambios producidos se refieren a la supresión de la mención genérica de la razón por la que se pueden adoptar medidas, así como la introducción de una función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia.

Ahora bien, estas modificaciones no suponen una alteración de la función reconocida hasta la fecha en la letra f), dado que:

- la supresión de la mención genérica de la razón por la que la CMT puede adoptar medidas es lógica, dado que esta mención genérica está reconocida explícitamente en el Preámbulo y en el artículo 1 Dos 1. de la Ley 12/1997. En este sentido, es superfluo decir en la letra f) que las medidas que adopta la Comisión son para la salvaguarda de la libre competencia por cuanto obviamente para esta finalidad se adoptan, no para otra, dado que todas las funciones de la CMT, incluida la de la letra f), se otorgan a este organismo para el cumplimiento de su único objeto, cual es, se reitera, la salvaguardia de la libre competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- la introducción de la función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia ya estaba recogida en la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones, antes comentada. Prácticamente, el contenido del texto que ahora se introduce en la letra f), es idéntico al de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

De este modo, queda ratificada la función de colaboración entre la CMT y los órganos de defensa de la Competencia, en el sentido que más arriba ha sido expuesto. Lo que debe descartarse con rotundidad es una interpretación según la cual se retomaría la solución excluyente consistente en que los órganos horizontales de defensa de la Competencia serían los únicos competentes para adoptar medidas de salvaguardia de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

Por lo demás, no habría de considerar el artículo 51.bis de la LDC como un límite a la posibilidad de actuación de esta Comisión en materia de defensa de la competencia. De conformidad con este artículo, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos regulados en la LDC en materia de defensa de la competencia, por la razón ya expuesta: la CMT ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en esa Ley, por cuanto su función es otra, tal y como hemos expuesto.

El análisis de un asunto a la luz de derecho de la competencia, constituiría por lo tanto un supuesto de ejercicio legítimo de competencias hasta cierto punto concurrentes con las de otros órganos administrativos. Respecto de esta cuestión, la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección octava), en su sentencia de 13 de febrero de 2001, ha reconocido expresamente que la atribución a la CMT de competencias concurrentes con los otros órganos de defensa de la competencia, no infringe ningún principio de legalidad ni de seguridad jurídica y está justificada tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que la Comisión ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones.³

³ En su Fundamento de Derecho Cuarto afirma que el hecho de que pudiera existir una doble barrera o control administrativo por parte de órganos con competencias concurrentes, aunque debidamente coordinados, sobre todo en el ámbito sancionador, como prevé el art. 28.1 del RD 1994/1996 de 6 de septiembre no perjudica ni el interés ni el gasto público (art.31.2 y 103.1 de la CE), ni justificaría el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por infringir el principio de seguridad jurídica. Este principio constitucional no queda vulnerado en la medida que los justiciables tienen perfecto conocimiento de la normativa que han de respetar, y que viene marcada tanto por la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones como por la normativa general de defensa de la competencia.

En este sentido, dice el Tribunal que un precepto que otorga una potestad administrativa a un órgano administrativo en el marco de una Ley, respetando en consecuencia el principio de legalidad de su actuación marcado por el art. 9.3 de la CE nunca puede afectar el derecho de los usuarios y operadores del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, la misma Audiencia Nacional, mediante sentencia de 17 de octubre de 2000, tuvo la ocasión de pronunciarse ante la idéntica alegación de Telefónica de incompetencia de la Comisión en el caso *Cabitel* y lo hizo en los siguientes términos:

"Por su parte el artículo 69 de la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones determina que las funciones de la Comisión se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1997 de 24 de abril, antes transcrita en los aspectos ahora objeto de análisis, y que resulta obvio señalar se cohonestan con el objeto de la creación de la Comisión por el Real Decreto Ley 6/1996 de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones: la salvaguarda, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

En consecuencia, forzoso es deducir que la Comisión ha actuado en el ejercicio de las funciones que legalmente le son atribuidas, en concreto la adopción de una medida tendente a asegurar la competencia en el mercado, saliendo al paso de una práctica que pudiera integrar un obstáculo a la libre competencia, coherente con la normativa comunitaria tendente a velar por ella en los procesos de liberalización de las comunicaciones, en los que la existencia de operadores dominantes con vocación oligopólica respalda la existencia de organismos de control o vigilancia, y una política encaminada a la preservación del interés general ("ad exemplum, Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio y Comunicación de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, 98, C 265/02, de 22 de agosto)"

Abundando en la plena competencia para dictar resoluciones en salvaguarda de la libre competencia atribuida a la CMT en el apartado c) del artículo 1.Dos.2 (el cual no ha sido objeto de ninguna modificación legislativa), la sentencia de la sala contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de febrero de 2001 ha confirmado la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus más amplios términos y así dice expresamente:

sector de ajustar sus comportamientos a la normativa de aplicación al caso, hallándose justificada su existencia tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones, y ello en la medida en que no existe dato en autos que permita deducir que por el hecho de existir dos órganos que desarrollan sus funciones de control de la libre competencia en la materia pueda existir una diferencia de trato o dar origen a situaciones jurídicas diferenciadas para los usuarios u operadores del sector cuando el propio Reglamento de la CMT trata de evitar en los preceptos indicados cualquier disfunción que pueda llegar a existir.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"Lo cierto, es que la literalidad del art. 1 del apartado Dos.2 c. no ofrece ninguna duda cuando contempla como función de la Comisión "Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas", y ello es consecuencia necesaria de los reflejado en la Exposición de motivos cuando afirma que la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de tales principios y de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector. En este sentido podemos afirmar la existencia de una voluntad clara y manifiesta del legislador de crear un órgano específico encargado de velar por el desarrollo de la libre competencia en un sector que se liberaliza."

Por su parte, el Real Decreto 1.994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, determina el procedimiento que la CMT debe seguir en el ejercicio de las competencias a ella atribuidas por la Ley 12/1997 y por la Ley General de Telecomunicaciones, debiendo regirse en lo no regulado expresamente por la Ley 30/1992 de procedimiento administrativo. Estas funciones y procedimiento aplicable fueron confirmados por la entrada en vigor de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones que en su artículo 69 determina que las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1997, de 24 de abril.

Como consecuencia de todo lo anterior, debe concluirse que la CMT es plenamente competente, en virtud de las competencias a ella atribuidas por el artículo 1.Dos, apartados 1 y 2, de la Ley 12/1997, para analizar una conducta y resolver un procedimiento de conformidad con el Derecho de la Competencia.

En consecuencia la Ley 12/1997 dota de plenas competencias a la Comisión en materia de salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en los mercados analizados en el presente expediente.

De este modo, esta Comisión estaría renunciando al ejercicio de las competencias que tiene atribuidas y al objeto mismo de su creación si, ante las denuncias recibidas y los hechos puestos de manifiesto en el presente procedimiento, no interviniera en garantía de la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Previo. CON RESPECTO A LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. En su escrito de contestación en trámite de audiencia TESAU realiza una serie de consideraciones con respecto a la tramitación del procedimiento. En concreto, TESAU alude a «una serie de sorprendentes circunstancias a las que esta parte ha tenido conocimiento a raíz de pedir vista del expediente administrativo. Estas circunstancias, que inmediatamente relataremos hacen que, desde nuestro punto de vista, todo el expediente de información se encuentre manipulado, dirigido, instrumentalizado y guiado para conseguir el resultado que parece desprenderse del informe sobre el que realizamos las presentes alegaciones».

En este sentido, TESAU señala que constan el expediente diversos faxes recibidos con el nombre del instructor del presente procedimiento, así como a que en ocasiones se hace referencia directa a éste en frases como «siguiendo sus instrucciones presento de nuevo el presente escrito donde detallo la situación de mis líneas telefónicas» o «según conversación telefónica te mando documentación de mayoristas de Telefónica que nos han visitado». A partir de lo anterior, expone TESAU que el instructor «se dedica a ponerse en contacto con diferentes personas a lo largo del expediente administrativo. Lo que es más grave, según afirmaciones textuales, “da instrucciones” a esas personas para que presenten determinados documentos y en determinada forma en el expediente administrativo», señalando que de este modo se dedica a «preconstituir prueba contra esta parte, vulnerando todos los principios imaginables del derecho administrativo» así como que existiría falta de objetividad e imparcialidad.

Concluye TESAU a sus consideraciones con que «en su consecuencia, solicitamos a esa CMT que adopte las medidas necesarias para acabar con la anomalía de la tramitación del presente procedimiento administrativo en el que, como claramente se desprende, existe una persona adscrita a esta Unidad Administrativa que mantiene conversaciones telefónicas con interesados, que da instrucciones sobre qué es lo que deben hacer en contra de Telefónica, y recibe documentación de terceros y se encarga personalmente de registrarlos y posteriormente devolverlos debidamente cumplimentados a los destinatarios», señalando asimismo que «esta parte se reserva el derecho de ejercitar las acciones legales pertinentes contra la persona que está influyendo decisivamente, manipulando y reconduciendo el expediente administrativo a los fines que fácilmente se observan de la resolución que se pretende dictar al hilo del informe sobre el que estamos alegando».

Con respecto a las anteriores manifestaciones de TESAU debe, en primer lugar, destacarse que las distintas “circunstancias” que TESAU destaca en su escrito no sólo no constituyen manifestación alguna de parcialidad o vicios en la tramitación del procedimiento, sino que son muestra de la accesibilidad de esta Administración en sus relaciones con los ciudadanos, a cuyo servicio, y en aras de facilitarles el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, pone y utiliza todos los medios de que dispone, como no puede ni debe ser de otra manera.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, en efecto, la atención a los ciudadanos en general y a los interesados en particular a través de los distintos medios disponibles, entre los que se encuentran el teléfono, el fax, el correo electrónico y demás medios telemáticos e interactivos actualmente disponibles, persigue facilitar a éstos el ejercicio de sus derechos y se encuentra no sólo permitida sino aun exigida en la normativa vigente, que esta Comisión ha de respetar en todo caso.

Debe recordarse que la Administración ha de cumplir con todos los medios a su alcance por dar cumplimiento a los principios que el ordenamiento jurídico establece en sus relaciones con los ciudadanos, como son los de simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión y servicio efectivo a los ciudadanos, entre otros reconocidos en los artículos 3 y 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE), que reconocen expresamente el derecho de los administrados a recibir información por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.

En este sentido, puede destacarse cómo el artículo 2 del Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, establece que la información administrativa relativa a la identificación, fines, competencia, estructura, funcionamiento y localización de organismos y unidades administrativas; la referida a los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que los ciudadanos se propongan realizar; la referente a la tramitación de procedimientos, a los servicios públicos y prestaciones, así como a cualesquiera otros datos que aquéllos tengan necesidad de conocer en sus relaciones con las Administraciones Públicas en su conjunto, o con alguno de sus ámbitos de actuación se facilitará obligatoriamente a los ciudadanos utilizando para ello los medios de difusión que en cada circunstancia resulten adecuados, potenciando aquellos que permitan la información a distancia, ya se trate de publicaciones, sistemas telefónicos o cualquier otra forma de comunicación que los avances tecnológicos permitan.

Igualmente, el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado (en lo que sigue, RD 263/1997) expone que tanto la exposición de motivos como el articulado de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LJRPA), optan de forma clara y específica por la tecnificación de la actuación administrativa frente a las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tendencias burocráticas formalistas, terminando, continúa la exposición de motivos de este RD, con un evidente fenómeno de disociación entre normativa y realidad: la Administración había integrado los medios y técnicas automatizadas en su funcionamiento, pero la falta de reconocimiento formal de su validez les confería tan sólo un valor instrumental e interno. El RD 263/1997 dispone, igualmente, que no se debe dificultar la implantación de las tecnologías de la información en la actuación administrativa exigiendo cautela o requisitos adicionales a los que, con carácter general o de forma específica, vienen establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, estableciendo que las mayores garantías han de exigirse en las comunicaciones que tengan como destinatario al ciudadano, frente a aquéllas que el ciudadano desee utilizar en sus relaciones con la Administración, llegando incluso a señalar que su finalidad es lograr el máximo aprovechamiento de las nuevas tecnologías en la actividad administrativa, prescindiendo de falsos temores y cautelas que amenazaban con situar a la Administración pública en una posición alejada de su entorno social y pobremente anclada en una realidad ya superada en otros muchos ámbitos.

Así, la atención a los ciudadanos a través de los distintos medios señalados y utilizados por esta Comisión en la tramitación de sus procedimientos en general, y del procedimiento de referencia por tanto, se realiza con arreglo a lo dispuesto en la normativa vigente, como se ha expuesto, y, en concreto y entre otros preceptos, con arreglo en el caso de las comunicaciones a lo dispuesto en los artículos 2 y 7 del RD 263/1996.

En todo caso, la utilización de las mencionadas técnicas y la accesibilidad total de esta Comisión a través de las mismas se realiza sin restricción o discriminación alguna entre los distintos ciudadanos y en cualquiera de sus actuaciones o procedimientos administrativos, tal y como dispone el artículo 3 del citado RD 263/1997.

Es más, debe destacarse cómo TESAU viene utilizando profusamente los distintos medios mencionados en los distintos procedimientos tramitados en esta Comisión en general, y en el procedimiento de referencia en particular, dirigiéndose igualmente al instructor del mismo modo que lo hacen el resto de interesados en el procedimiento.

Así, no sólo ha tenido TESAU la posibilidad de utilizar los mismos medios que el resto de interesados en el presente procedimiento –como en cualquier otro de los tramitados en esta Comisión- sino que, de hecho, ha sido el interesado que más los ha aprovechado.

Puede señalarse, por ejemplo, TESAU es la única entidad que ha utilizado el correo electrónico del instructor en el expediente de referencia, habiéndolo realizado en sendas ocasiones. Por otra parte, TESAU ha sido la entidad con la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se han sostenido más conversaciones telefónicas sobre el procedimiento. Por otra parte, la única reunión presencial sostenida por el instructor con alguno de los interesados ha sido, precisamente, con Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U., filial del grupo Telefónica.

Del mismo modo, TESAU se ha dirigido a esta Comisión también vía fax en otros expedientes en los que se ha procedido a registrar el escrito como señala TESAU que ha hecho con respecto al resto de faxes recibidos en el presente expediente, precisamente porque deben hacerse constar en el expediente todos aquellos documentos recibidos durante su tramitación que afecten al mismo en cumplimiento de los principios de claridad y transparencia que establece la LOFAGE y con el objeto de permitir al resto de interesados conocer TODA la documentación recibida en el marco del expediente para que puedan ejercer al respecto los derechos que el ordenamiento les reconoce, entre ellos los de contradicción y defensa.

Esta actitud de accesibilidad y servicio a los ciudadanos a través de los distintos medios al alcance de la Administración es, como se ha expuesto, plasmación de los principios que de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente han de regir la actuación administrativa.

En definitiva, resulta incontestable que en la instrucción del presente procedimiento se ha puesto a disposición de todos los ciudadanos en general, de los interesados en particular, y de TESAU en concreto, los distintos medios con que cuenta esta Comisión con el único objeto, precisamente, de facilitarles el ejercicio de los derechos que el ordenamiento les reconoce, habiéndose incluido en el expediente todos los documentos recibidos, por cualquier medio, con relación al mismo, y todo ello, tal y como se ha mostrado, sin discriminación alguna al respecto, no resultando procedente en consecuencia actuación alguna con respecto a lo establecido en los artículos 28 y 29 de la LJRPAC.

Por otra parte, TESAU indicaba en su respuesta también que la existencia de determinados documentos declarados confidenciales podría perjudicar sus derechos de contradicción y defensa.

En este sentido, la declaración de determinados documentos como confidenciales se ha realizado teniendo en cuenta los mismos criterios utilizados con respecto a la documentación recibida de TESAU o TTP. Así, la información relativa al contenido de los contratos de una empresa con sus clientes, las tarifas que les aplica o las relaciones de clientes, por ejemplo, se han considerado materias que deben quedar protegidas por el secreto comercial. Eso sí, con la finalidad de permitir en todo caso a los distintos interesados el ejercicio de sus legítimos e irrenunciables derechos de contradicción y defensa, se han transcrito literalmente aquellos que en cada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

caso se han utilizado en la determinación de las consecuencias jurídicas que se derivan de los hechos puestos de manifiesto en el expediente.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el objeto de facilitar y estimular en todo lo posible los derechos de defensa y contradicción de TESAU en un procedimiento que puede ser susceptible de acuerdo con dicho operador de afectar sus intereses de modo particular, mediante escrito de 8 de julio de 2002 esta Comisión puso en conocimiento de TESAU la posibilidad de acceder al contenido completo del expediente y de realizar las alegaciones y presentar los documentos que estimara procedentes a la vista del mismo.

Así, y tras solicitar mediante llamada telefónica al instructor copia de todos los documentos confidenciales, remitiendo al efecto por correo electrónico un listado de los documentos concretos –entre los que se incluían los documentos aportados por la propia TESAU y su filial TTP, declarados confidenciales a instancias de dichas entidades-, se facilitaron a TESAU todos los documentos pedidos por ésta salvo aquellos escritos particularmente sensibles como son los contratos y tarifas de otras empresas con sus clientes.

Es más, posteriormente, y a resultas de un recurso de reposición presentado por TESAU por considerar que se le limitaba en el mencionado escrito de 8 de julio de 2002 su derecho a realizar alegaciones, esta Comisión concedió a TESAU un nuevo plazo, de 15 días hábiles, para que TESAU pudiera una vez más proceder a presentar cuantas alegaciones estimara pertinentes en defensa de sus intereses, a lo cual procedió dicho operador mediante escrito presentado en esta Comisión el 19 de agosto del presente, a las que se alude más adelante.

Por otra parte, alega TESAU que «estamos ante un verdadero expediente sancionador». A partir de ahí TESAU destaca su derecho a ser informada de aquello de lo que se acusa y a conocer los datos o documentos de los que se desprenderían las imputaciones a la misma. Continúa TESAU exponiendo que «en definitiva lo que queremos decir es que, durante la tramitación del expediente administrativo se han practicado pruebas de cargo sobre las que esta parte ni ha tenido conocimiento ni ha podido intervenir».

En referencia a las anteriores alegaciones de TESAU puede en primer lugar destacarse que el presente expediente no tiene como objeto ni finalidad la imposición de una sanción a TESAU, por lo que en modo alguno se trata de un expediente sancionador. Así, en efecto, en el presente procedimiento se ejercen las competencias expuestas en el apartado II de esta Resolución (II. Habilitación Competencial), que, tal y como se ha venido comunicando a TESAU y el resto de los interesados en todos y cada uno de los escritos que se les han remitido por parte de esta Comisión con esta referencia de expediente, no incluyen el ejercicio de potestad sancionadora alguna.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, en el presente procedimiento se ejercitan las competencias que a esta Comisión atribuyen los artículos 1.Dos.2, letras c), f) y h) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y el artículo 6 del Reglamento de Interconexión y acceso a redes aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio. En ningún caso se está ejerciendo, como se ha señalado competencia sancionadora alguna, que en el caso de esta Comisión vienen atribuidas por el artículo 1.Dos.2, letra l) de la citada Ley 12/1997 y el artículo 84 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, debe igualmente destacarse que TESAU ha sido debidamente informada en los términos que la legislación vigente establece, acerca de las distintas circunstancias analizadas en el expediente, respetando e incentivando sus derechos a ser informada, así como los de contradicción y defensa. En efecto, en primer lugar se remitió a TESAU el escrito de apertura del procedimiento, con un resumen de los documentos recibidos hasta ese momento. A continuación, TESAU ha tenido a su disposición el expediente, pudiendo ejercer al respecto los distintos derechos que el ordenamiento le reconoce en calidad de interesada y, entre ellos, los del artículo 35 de la LJPAC. Posteriormente, se procedió a comunicar a TESAU el inicio del trámite de audiencia con el objeto de que, nuevamente, pudiera ejercer los derechos que le asisten como interesada en el procedimiento, con lo que no es correcta la referencia a “pruebas de cargo” sin la asistencia o, incluso, el conocimiento de TESAU, pues debe tenerse en cuenta además que la documentación recibida ha sido remitida por otros interesados, en ejercicio de los derechos que a éstos reconocen los artículos 35, 79 y 84, entre otros, de la LJPAC, sin que esta Comisión pueda en modo alguno dejar de aceptarlos y tenerlos en cuenta conforme establecen los mencionados preceptos, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 89.1 del mismo texto legal. Del mismo modo, los distintos actos de trámite efectuados por esta Comisión se realizan de conformidad con los artículos 78 y siguientes de la citada LJPAC, sin que tampoco esta Comisión pueda legítimamente obviarlos y quedar en una actuación pasiva contraria al impulso de oficio que establece el artículo 74 del mismo texto legal. En suma, esta Comisión debe tener en cuenta todas las alegaciones y documentación recibidas durante la instrucción del procedimiento, que en caso de resultar impugnada su autenticidad y no poderse deducir la misma habrán de ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, tal y como se deriva del criterio previsto por el legislador en el artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tal y como se realiza en los siguientes apartados de esta Resolución con respecto a las prácticas de TESAU que se han ido poniendo de manifiesto en el expediente.

Además, y para facilitar a TESAU su defensa y a esta Comisión el esclarecimiento de los hechos, se le remitió a TESAU, y al resto de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interesados, junto a la comunicación de trámite de audiencia, un completo Informe en el que se resumían todos los antecedentes de hecho, con extracto del contenido de las denuncias y resto de documentos recibidos hasta la fecha, así como los actos de trámite realizados por esta Comisión, y en el que se detallaban los comportamientos de TESAU analizados y la calificación que los mismos podían tener.

Por todo ello, no puede aceptarse la existencia de “pruebas de cargo” realizadas sin la asistencia e, incluso, sin el conocimiento de TESAU. En este sentido, debe recordarse que TESAU manifestó no haber tenido acceso a dichos documentos, por lo que se le recordó que no había existido ninguna solicitud por su parte. Pese a ello, se le concedió un nuevo plazo de 5 días. Tras recurrir TESAU dicho plazo por interpretar que se limitaba su derecho a realizar alegaciones con respecto a los documentos que quería consultar se le concedió un nuevo plazo de 15 días hábiles para tener acceso a todo el expediente mediante la *Resolución por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el acuerdo del Secretario de esta Comisión de 8 de julio de 2002 sobre la remisión de la documentación del expediente OM 2002/6634*, de 8 de agosto de 2002 y presentar cuantos documentos o alegaciones estimase procedentes, atendiendo así una y otra vez a las distintas solicitudes de TESAU con miras a facilitarle su defensa.

En consecuencia, resulta evidente el esfuerzo de esta Comisión para que TESAU haya podido conocer lo actuado, las alegaciones y documentación recibidas, los hechos analizados, su posible calificación a la vista de la normativa vigente y, así, facilitar sus derechos de defensa y contradicción, aun con las consiguientes demoras en la tramitación del procedimiento.

III.1. LAS ACTUACIONES DE TESAU CON RESPECTO A LOS LOCUTORIOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SALVAGUARDA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Primero.- MERCADOS RELEVANTES. El mercado afectado se examinará desde la doble óptica del mercado relevante del producto y el mercado relevante geográfico.

A) MERCADO DE PRODUCTO.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia comunitarias, *"el mercado de producto de referencia comprenderá la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, de acuerdo con la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)* –en adelante *Comunicación de mercados de referencia*-, se señala que **«el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos»**. A este respecto, la citada *Comunicación* reconoce que «las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto (...). Básicamente, para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores».

Por su parte, las *Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02)*- en adelante, las *Directrices de competencia*- indican que «el mercado del producto está formado por todos los productos que, por sus características, resultan particularmente apropiados para satisfacer unas necesidades que se manifiestan de modo constante, y que, sólo en cierta medida, son intercambiables con otros productos en lo tocante a su precio, utilización y las preferencias de los consumidores. No basta con examinar las características objetivas de los productos, también deben tomarse en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda del mercado».

En este sentido, en el Informe remitido a las partes en el procedimiento, se consideraba de manera preliminar que “los mercados de producto que han resultado afectados con motivo de las actuaciones de TESAÚ y TTP aquí analizadas son el mercado del telefonía fija y el mercado descendente de servicio de telefonía de uso público. El Grupo Telefónica está presente en ambos mercados”. Sin embargo, TESAÚ señalaba en su contestación en trámite de audiencia a dicho Informe (alegaciones recibidas en esta Comisión el 2 de julio de 2002) que «existen tres mercados relevantes, todos ellos en el ámbito de la telefonía de uso público para su utilización a través de locutorios:

- el mercado de la provisión de Servicio Telefónico Básico (STB) para locutorios.
- El mercado de telefonía de uso público para locutorios (de reventa de minutos de STB para locutorios o de telefonía de uso público en dominio privado como explotación principal);
- El mercado de locutorios que revenden dichos minutos al usuario final»



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En similares términos se expresaba TTP en sus alegaciones en trámite de audiencia.

En este sentido, se aceptan parcialmente las consideraciones de TESAU y TTP, si bien con el alcance que se precisa a continuación. Así, en efecto, deben distinguirse tres mercados: el mercado de acceso a la red telefónica fija (RTC), el mercado de servicios telefónicos fijos y el mercado de telefonía de uso público en locutorios.

Debe recordarse que el motivo de mayor conflictividad en el presente procedimiento ha estado en la denunciada negativa de TESAU a instalar nuevas líneas a los locutorios, esto es, la negativa a suministrar nuevos accesos a la red telefónica fija, siendo este el primero de los mercados de producto que han de ser considerados.

Este mercado ha de ser definido como el servicio consistente en el suministro al cliente de un punto de terminación de red fijo que le permita a éste el acceso a la red telefónica conmutada (RTC).

La falta del mencionado acceso supone para el cliente la imposibilidad de acceder al servicio telefónico fijo, consistiendo un mercado claramente diferenciado en tanto que no existen alternativas para los clientes. Así, no se encuentra sustituibilidad de la demanda con otros servicios, siendo precisamente en el acceso donde la competencia tiene mayores dificultades para establecerse sin que pueda considerarse que los usuarios dispongan de alternativa sustitutiva, por lo que los clientes claramente se verían obligados a aceptar en su caso un incremento en el precio de dicho suministro de entre el 5-10%. Así, las subidas de la cuota de abono de TESAU que se han venido produciendo no se han visto seguidas de una sustitución de sus accesos RTC por parte de los usuarios hacia otras tecnologías, como puedan ser las de banda ancha, que continúan situadas en un nivel diferente.

Ahora bien, frente a lo alegado por TESAU y TTP, no procede realizar una definición de este mercado en el sentido de que se refiera tan sólo a los locutorios. Así, las características técnicas del acceso demandado por un locutorio no difiere en modo alguno del que solicita cualquier otro tipo de cliente. Es cierto que normalmente los locutorios solicitan más de un acceso por local, pero lo es también que lo mismo ocurre con un elevado número de empresas, incluyendo pymes y profesionales. Por tanto, no hay motivo alguno, ni desde el punto de vista de la demanda, ni desde el de la oferta, para considerar la existencia de un mercado de provisión de líneas a locutorios diferenciado del mercado de suministro de acceso a la red telefónica fija en general.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tampoco desde el lado de la oferta aparecer la sustituibilidad que implicaría la capacidad de los operadores alternativos de modificar sus planes de producción para proveer acceso alternativo frente a la oferta de TESAU.

Por otra parte, en el siguiente apartado se analizará la posición que TESAU ocupa en este mercado en los términos definidos.

El segundo mercado de referencia que se encuentra igualmente afectado por los hechos analizados en el presente procedimiento lo constituye el mercado de servicios telefónicos fijos. Efectivamente, se ha denunciado que TESAU estaría imponiendo a sus *revendedores autorizados* exclusividad en el tráfico telefónico, que sería así cursado íntegramente a través de TESAU en perjuicio tanto del resto de agentes que suministran el mismo servicio, que se verían así privados de un sector de clientes de alto consumo, como de los clientes afectados, que se verían imposibilitados de elegir al proveedor que mejor satisfaga sus concretas necesidades de tráfico telefónico.

El servicio telefónico fijo incluye a los efectos que aquí interesan tanto el prestado tanto el prestado por operadores con licencia tipo B1 o A como el prestado a través de revendedores, en tanto que sustitutivos desde el punto de vista de la demanda. En efecto, los clientes en general acuden para satisfacer sus necesidades de comunicaciones telefónicas tanto a los operadores habilitados directamente como a los revendedores, decidiendo entre ellos en función de las distintas características del servicio y, singularmente, del precio, de modo que puede considerarse que un incremento de en torno a un 5 a un 10 % en las tarifas de unos puede llevar a sus clientes a pasar sus consumos a los otros.

De nuevo, eso sí, no procede realizar una delimitación del mercado por tipo de cliente, contra lo propuesto por TESAU y TTP. Y es que los locutorios consumen el mismo tipo de servicio telefónico que el resto de clientes. El hecho de que su consumo se realice mayormente en tráfico internacional con constituye una diferencia con respecto a otros clientes como empresas o particulares que por muy diversas necesidades cursan la mayor parte de su tráfico telefónico a destinos del extranjero. Del mismo modo, los oferentes son en general los mismos que prestan servicio al resto de usuarios, sin perjuicio de que algunos operadores o revendedores puedan estar especializados en la comercialización del servicio a TUP en general, o incluso a locutorios en particular, del mismo modo que otros lo están en la prestación de servicio a residencial, o a pymes, o a negocios.

Así, en definitiva, tanto desde la perspectiva de la demanda como desde el punto de vista de la oferta, se trata de clientes que consumen el mismo servicio que otros muchos, no resultando procedente en consecuencia considerar que su demanda configure por sí sola un mercado diferenciado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La improcedencia de proceder a definir un “mercado de acceso a la red telefónica fija a locutorios” o un “mercado de servicios telefónicos fijos a locutorios” ya se señaló igualmente con respecto a un asunto similar en la *Resolución sobre las actuaciones de Telefónica de España, S.A.U. con respecto a las empresas de telefonía de uso público*, de 18 de julio de 2002 (expediente OM 2001/5789):

«En efecto, por una parte, desde el punto de vista de la demanda lo cierto es que las empresas de telefonía de uso público a que se refiere el presente procedimiento solicitan la provisión de línea telefónica y, sobre ésta, un servicio de telefonía fija que son exactamente los mismos que los utilizados por cualquier usuario final. En relación con lo expuesto en el punto anterior, desde un punto de vista puramente técnico, **el acceso y servicio que requieren los abonados que utilizan el punto de terminación para instalar teléfonos de uso público es idéntico al servicio mediante acceso directo que se presta a los abonados usuarios finales**. En consecuencia, debe tener las mismas particularidades y funcionalidades que son características de una línea telefónica contratada por un abonado usuario final (entre otras, la posibilidad de preselección de operador, de marcación de códigos de selección de operador o de cambio de titularidad de la línea) y no puede considerarse la existencia de un mercado diferenciado en cuanto a las necesidades de la demanda.

Por otra parte, desde el punto de vista de la oferta existe una sustituibilidad absoluta que obliga, en todo caso, a considerar un único mercado y no deslindar del mismo el propuesto por TESAU. En efecto, el operador de telecomunicaciones provee línea y, en su caso, servicio telefónico a las empresas de telefonía de uso público, con las mismas características técnicas que a los usuarios finales. Así, y como la propia TESAU reconoce, le resulta en ocasiones al operador distinguir qué solicitudes son realizadas con la finalidad de instalar un teléfono de uso público y cuáles no. Es más, una línea y servicio que en su momento se utilizaron para comunicaciones privadas de un usuario final puede, sin necesidad de cambio alguno, ser utilizados posteriormente para la prestación de un servicio de telefonía de uso público –sin que, incluso, el operador llegue a percibir la diferencia-. De este modo, es absoluta la sustituibilidad desde la perspectiva de la oferta.

De hecho, la prueba de que no existen diferencias significativas y que debe hablarse de un solo mercado es que hasta fechas muy recientes, TESAU no diferenciaba entre TUP y el resto de agentes, habiéndose producido un inicio de segmentación con la única finalidad de afrontar los mayores riesgos de impagos que TESAU considera que existen con respecto a las empresas de telefonía de uso público frente al resto de usuarios finales⁴.»

⁴ Es cierto que en algunos casos la utilización de la línea y el servicio telefónicos para la prestación de servicios de telefonía de uso público puede aumentar el consumo en el tráfico telefónico y agravar así, de algún modo, el riesgo del operador ante un impago. No obstante, ni puede afirmarse que de forma unánime las líneas dedicadas a telefonía de uso público presenten un consumo necesariamente más elevado que el que pueden presentar las de otras empresas o particulares en concepto de usuarios finales ni, en todo caso, la existencia de un cierto riesgo de impagos llevaría a considerar el servicio a estos abonados como un mercado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, la negativa de acceso a la red ha afectado de modo particularizado, de acuerdo con los datos que obran en el expediente, a los locutorios que solicitaban nuevas líneas o bien otros servicios como el traslado de líneas ya existentes. De esta manera, el tercer mercado relevante es el de la telefonía de uso público para usuarios finales en locales específicos como explotación principal, esto es, el de la telefonía de uso público en locutorios.

Los locutorios, prestan su servicio en locales específicos, dedicados de modo principal o exclusivo a dicho servicio, poniendo a disposición del usuario final los terminales necesarios y facturando a éstos por el tráfico que consumen. Como ocurre con respecto a los dos mercados anteriormente considerados, en el apartado siguiente se estudia la posición de TESAU en éste.

En cuanto al mercado geográfico, ha de considerarse el comprendido por el territorio nacional en su conjunto, en tanto que los agentes presentes en ambos mercados de producto pueden competir entre sí en todo el territorio nacional, sin diferencias sustanciales en las características de la demanda en el mismo y con sujeción además a una misma normativa. Así, puede afirmarse que las condiciones de competencia son similares en todo el territorio nacional y, por tanto, éste ha de ser el mercado geográfico considerado.

Por mercado geográfico se entiende *“la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y prestación de los servicios de referencia, en que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas.”*⁵

Segundo.- POSICIÓN DE DOMINIO DEL GRUPO TELEFÓNICA EN LOS MERCADOS DE REFERENCIA. TESAU es claramente dominante en el mercado de acceso al servicio telefónico fijo a través de RTC.

Así, ya en la Resolución de 8 de noviembre de 2000, que «TESAU es propietaria del 99 % de los accesos a las redes telefónicas (...). Ello le otorgaría una clarísima posición de dominio». En este sentido, la capilaridad de la red de TESAU no tiene réplica actualmente por parte de los operadores entrantes.

diferente, pues la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta es total, sino que, todo lo más, implicará en su caso una política particularizada de garantías de cobro.

⁵ Definición extraída de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Asunto 27/76 United Brands Co & United Brands Continental BU c. Comisión* (1978) y luego recogida por la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, y de acuerdo con el Informe anual correspondiente al año 2001, TESAU mantiene un 94,15 % de los accesos directos y un 94,77 % de las líneas en servicio al mercado final, que permiten afirmar su posición de dominio en este mercado en sentido estático.

Debe recordarse que es doctrina sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE [sentencias de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann – La Roche* (“*Vitaminas*”), Rec 461, y de 16 de diciembre de 1975, asuntos 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie e.a* (“*Azúcar*”), Rec. 1663] que cuando la cuota de mercado alcanza o supera el 80% revela *per se* la existencia de una posición de dominio.

Por otra parte, lo escaso de la reducción de su cuota de mercado desde el comienzo del proceso liberalizador, y en estos dos últimos años en particular, son muestra de su posición de dominio también en sentido dinámico.

Del mismo modo, TESAU es dominante en el mercado de la telefonía fija. En efecto, de acuerdo con el Informe de esta Comisión correspondiente al año 2001, y en lo atinente a su posición de dominio en sentido estático, TESAU mantiene una cuota de mercado del 87,53 % por ingresos, del 75,74 % por tráfico y del 65,49% por clientes.

En cuanto a su posición de dominio en sentido dinámico, debe tenerse en cuenta cómo la cuota por facturación ha pasado de un 99,98 % en 1997 al 91,57% en 2000, mostrando una estabilidad considerable. Además, la disminución en la cuota de mercado por facturación ha decrecido en el período 1999-2000 –descenso de 2,77 puntos porcentuales- con respecto al período anterior 1998-1999 –en que la variación a la baja fue de un 3,46%-.

En este sentido, en la Resolución de la Comisión de 4 de octubre de 2001, por la que se declara a TESAU operador dominante en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos y servicios de interconexión, se hace constar que en los servicios de telefonía fija, Telefónica de España S.A.U. mantiene una cuota superior al 90% de ingresos brutos globales. Igualmente, pueden tenerse en cuenta con idéntico resultado las cifras contempladas en la Resolución de esta Comisión de 5 de septiembre de 2002.

Igualmente, del análisis de la oferta comercial de los operadores de telefonía fija se puede concluir que el precio ofertado por TESAU en voz es de facto el precio de referencia, venga este impuesto de *motu proprio* por TESAU o por la misma regulación que le es de aplicación. En principio, como se ha explicado en apartados precedentes, TESAU está sometida a una regulación de precios finales de los servicios telefónicos. Por una parte, la operadora está obligada a una serie de bajadas sucesivas en el tiempo de los precios finales para toda



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una serie de servicios, bajadas en el tiempo que imitan sus competidores. Por otra parte, TESAU está obligada a someter a aprobación los nuevos productos o planes de descuento que quiera comercializar.

Observando los movimientos tarifarios en el mercado, se comprueba que TESAU se comporta como un líder en el mismo, tanto por su cuota de mercado por clientes como por facturación y tráfico. En este sentido, los operadores fijos tienen una oferta comercial de servicios de voz basada en una estructura simétrica a la de TESAU, tanto en tramos horarios como en ámbitos geográficos de las llamadas. Los operadores entrantes suelen aplicar un descuento a los precios del operador dominante con el fin de captar cuota de mercado. Como ilustración de este hecho, se observa que la cuota de abono de los operadores alternativos a TESAU que ofrecen acceso directo, y en especial los de cable, ha aumentado a la vez que TESAU, aunque siempre manteniendo un descuento sobre la misma.

Además de la cuota de mercado, TESAU cuenta con ventajas competitivas adicionales derivadas de su propiedad de la red. Esto hace que no deba enfrentarse a los precios de interconexión de su propia red⁶, lo que le permite diseñar productos comerciales con mayor libertad. En concreto, y tal como reconocía esta Comisión en el Informe Anual del año 2000, *“(...) esto hace que la estructura tarifaria de los operadores alternativos esté condicionada por la estructura de los precios de interconexión del operador dominante. En la mayoría de los casos la estructura horaria y geográfica de los precios de los operadores alternativos reproduce la del operador dominante(...)”*. Esta situación se hace especialmente relevante cuando analizamos la oferta comercial de los planes y bonos de descuento del operador dominante. TESAU dispone de la oferta más completa, en términos de horarios y ámbitos de llamada. Esto es sin duda por las ventajas competitivas que supone disponer de una estructura de costes totalmente diferenciada a la de sus competidores. En particular, los incentivos de TESAU están dirigidos a la maximización del tráfico cursado, que le permite reducir el coste medio total, reducción derivada de las economías a escala en que incurre.

Además, la posición de dominio de TESAU en el mercado de telefonía fija se potencia igualmente, y de modo destacado, por otros indicadores, tales como la mayor experiencia de TESAU con respecto a sus competidores, su extensa red comercial, su capacidad financiera o la reputación de su marca, entre otros. Con respecto a indicadores como los anteriores y su evaluación en el análisis referente a la determinación de la posición de dominio de una empresa en un mercado determinado, puede verse, entre otras, la *Resolución del TDC, de 30 de diciembre de 1991, en el expediente 295/91, en el asunto General Electric CGR España, S.A.*

⁶ Medidos por minuto pues todavía no se ha firmado ningún AGI por capacidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto al mercado de la telefonía de uso público en locutorios, no parece que pueda considerarse la existencia de una posición de dominio de TESAU o TTP en el mismo. Si bien se trata de un sector del que no existen datos completos ni exhaustivos, de acuerdo con los datos de que dispone esta Comisión se trata de un mercado que ha tenido un elevado crecimiento en los últimos tres años, y en el que la cuota de mercado de TTP (TESAU no actúa directamente en este mercado) no llegaría al **confidencial [5%]**. Si bien se trata de un sector muy atomizado, lo reducido de la cuota de mercado de TTP impide considerar siquiera la existencia de una posición de dominio en el mismo por dicha empresa.

No obstante lo anterior, TESAU y TPP están muy bien posicionados con respecto a sus competidores en el mercado de Telefonía de Uso Público en general, del que los locutorios son un submercado.

Así, son con diferencia los dos agentes con mayor número de terminales en el mercado. En efecto, de acuerdo con los datos facilitados por TESAU, la cuota de mercado de ambas rondaría 71% por número de teléfonos de uso público y el 99% por número de minutos cursados. El hecho de que su cuota de mercado sea tan elevada es singularmente destacable en un mercado tan fragmentado como el de la telefonía de uso público en el que existe una elevada fragmentación entre el resto de agentes y en el que, por tanto, cuotas sensiblemente inferiores otorgarían igualmente una posición de dominio.

A todo lo anterior debe sumarse igualmente el refuerzo que suponen sobre la posición de dominio del Grupo Telefónica en este mercado activos intangibles tales como la reputación de sus respectivas marcas, la hegemonía señalada en el mercado ascendente de telefonía fija, su red comercial y otras sinergias de negocio -de hecho, en su "Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas, S.A.U.", la propia TTP se manifiesta como "la empresa líder indiscutible del mercado de telecomunicaciones de uso público"-.

En todo caso, aun no siendo predicable la posición de dominio de TESAU o TTP en el mercado de telefonía de uso público en locutorios, es necesario recordar que el abuso realizado en un mercado puede desplegar sus efectos anticompetitivos en un mercado donde no se es necesariamente dominante, siempre que se trate de un mercado conexo. Así, por ejemplo, en el *Asunto C-333/94 P Tetra Pack International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas (Tetra Pack II)*⁷ y en Asunto 311/84 CBEM/CLT e IPB, Rec. 1985. Esquema que se reproduce en la Resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2001 *Tarifa Plana Terra*. En este sentido, es evidente que el mercado descendente de telefonía de uso público en locutorios es un mercado con una

⁷ Asunto C 333/94 p, Tetra Pak Internacional SA/ Comisión; Rec. 1996



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

íntima conexión al mercado de telefonía fija, en la medida misma en que sin el segundo no es posible la existencia misma del primero, que es un mercado descendente del anterior en el que TESAU tiene, como se ha expuesto, una evidente posición de dominio y que, a su vez, es un mercado descendente del de acceso a la red telefónica fija a través de RTC en el que TESAU tiene también una incontestable posición de dominio, igualmente señalada anteriormente.

Analizada la posición de TESAU en los distintos mercados de referencia contemplados en la presente Resolución, se exponen a continuación los posibles abusos de la misma en que podría haber incurrido de acuerdo con la documentación obrante en el expediente.

Tercero.- ABUSOS DE POSICIÓN DE DOMINIO. Tal y como se ha reiterado tantas veces por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y decisiones de las autoridades competentes en materia de defensa de la competencia, la posición de dominio no es en sí objeto de sanción, si bien, eso sí, **impone a la empresa que la ostenta unas particularidades en cuanto a su ámbito de actuación**, que básicamente se concretan en que no resultan admisibles comportamientos de la misma que no plantearían objeción en caso de ser ejecutados por empresas sin dicha posición de dominio. Así, el Tribunal de Justicia de la CE (en lo sucesivo, TJCE), ha establecido que incumbe a la empresa en posición **dominante una responsabilidad particular, la de no perjudicar una competencia efectiva** y no distorsionada (sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461).

En suma, las empresas en posición de dominio tienen una especial responsabilidad de que sus actuaciones y comportamientos no perjudiquen la posibilidad de una competencia efectiva, resultando inadmisibles en consecuencia tales actuaciones aun cuando serían aceptables en empresas que no ostentaran dicha posición.

En este sentido, además, el abuso no requiere necesariamente un acto de imposición por parte de la empresa en posición de dominio. Es decir, un abuso no siempre es negativo para el que lo recibe, caso típico de los descuentos fidelizadores o de las ventas por debajo de coste. En estos casos, lo determinante es que el abuso perjudica a los competidores afectando las condiciones de competencia efectiva. Así, el TJCE ha señalado en diversas ocasiones que **cabe abuso de posición de dominio aun cuando el comportamiento se realice a instancia de los consumidores mismos**. De este modo, exponía el TJCE en su sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76, Rec.p. 461 (en lo que sigue, sentencia *Hoffmann-La Roche*-) que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

«el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado vincule a los compradores, **aunque sea a instancia de éstos** (...) constituye una obligación abusiva».

Esta argumentación ha sido recogida de modo prácticamente literal por esta misma Comisión en su *Resolución en el expediente sobre los programas de descuentos sobre las tarifas de los servicios interprovinciales de telefonía practicados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (...)*, de 19 de febrero de 1998.

Es más, ni siquiera es representativo el hecho de que, aparte de que en principio haya habido libertad para contratar, como se ha señalado, quepa después el poder en términos jurídicos de rescindir en cualquier momento la relación por parte de la parte que recibiría el abuso. Así, se expone en la sentencia del TJCE de 1 de abril de 1997, *BPB Industries PLC-British Gypsum LTD/Comisión*, T-65/89, Rec. p. II-0389 (en adelante, *sentencia del TJCE British Gypsum*) que:

«el derecho a resolver un contrato no impide en modo alguno su aplicación efectiva, al menos mientras no se haga uso de la facultad de resolución. A este respecto, procede señalar que **una empresa que ocupa una posición dominante dispone de un poder que puede permitirle imponer a sus clientes no sólo la celebración de tales contratos, sino también el mantenimiento de los mismos**».

Del mismo modo, tampoco es necesaria en todo caso la existencia de culpa o intencionalidad por parte de la empresa en posición de dominio, tal y como recoge la reseñada sentencia del TJCE *British Gypsum*, «este Tribunal recuerda que **el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo** (sentencia *Hoffmann-La Roche*, antes citada, apartado 91) y que, por tanto, el comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 86 del Tratado CEE, **al margen de cualquier culpa**. En consecuencia, la alegación de las demandantes según la cual BG nunca tuvo intención de desanimar o debilitar a Iberian carece de incidencia alguna en la calificación»

En este sentido, en el presente procedimiento se han identificado las siguientes conductas abusivas por parte de TESAU:

A) Negativa de acceso.

A.1. Existencia de una negativa de suministro.

Distintas personas físicas y jurídicas denuncian que TESAU les estaría negando la instalación de nuevas líneas, el traslado de domicilio o el cambio de titular de las ya instaladas, o bien incluso su reactivación tras haber sido



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suspendido el servicio, salvo que las mismas estén a titularidad de TTP, AMIGOPHONE, SISTELCOM, SOL TELECOM, CINDETEL, COMERCIAL LEFER o INSTANT TELEKOM. De esta manera, se les estaría impidiendo el acceso a la red telefónica fija (RTC).

Con respecto a ello, señala TESAU que «tres serían los elementos de prueba utilizados por la CMT para llegar a las conclusiones a las que llega, a saber: un acta notarial, documentos y afirmaciones o declaraciones de interesados en el expediente».

En referencia a los “documentos y afirmaciones o declaraciones de interesados en el expediente”, TESAU señala en primer lugar que aquellas que no están basadas en soporte documental no tendrían eficacia probatoria alguna (así, con respecto por ejemplo al escrito de CALL HOME CABINS, S.L. citado en el antecedente de hecho tercero, página 9 de las alegaciones) al ser afirmaciones de parte, reservándose con respecto a diversos interesados “el ejercicio de las acciones legales pertinentes”.

Sin embargo, tal y como se expuso anteriormente, no pueden desconocerse las alegaciones y afirmaciones de los distintos interesados, en los términos establecidos por los artículos 35, 84, 79 y 89.1 de la LJPAC, por lo que han de ser tenidas en cuenta, si bien, por supuesto, en relación con el resto de la documentación recibida y la justificación que con respecto a lo denunciado haya realizado TESAU, procediendo a la valoración del conjunto conforme a las reglas de la sana crítica con arreglo al criterio establecido en el artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Efectivamente, tal y como establece el artículo 35 e) de la LJPAC, los ciudadanos tienen derecho, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, a “formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia”. En este sentido, el propio artículo 35 e) de la LJPAC señala que los mencionados documentos “deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”. Asimismo, el artículo 79 de la LJPAC dispone que “los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución”.

De este modo, esta Comisión debe tener en cuenta todas las alegaciones y documentación recibidas durante la instrucción del procedimiento, que en caso de resultar impugnada su autenticidad y no poderse deducir la misma habrán de ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, tal y como se deriva del criterio previsto por el legislador en el artículo 326 de la LEC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, con respecto a los “mencionados documentos y afirmaciones o declaraciones de interesados en el expediente” alegaba TESAU igualmente su indefensión por no haber tenido acceso a algunos de los documentos (así, con respecto a presentado por de BT –antecedente de hecho primero-). No obstante, dicha alegación de indefensión ha quedado sin contenido pues, tal y como se ha expuesto en el apartado previo de estos Fundamentos de Derecho, y sin perjuicio de que TESAU no había solicitado el acceso a dicha documentación, se le otorgó un plazo de 5 días hábiles mediante escrito del Secretario de 8 de julio de 2002 y, posteriormente, un nuevo plazo de 15 días hábiles, mediante la mencionada resolución de 8 de agosto de 2002, para que pudiera consultar todos los documentos y alegar lo procedente, como así hizo TESAU mediante escrito presentado el 19 de agosto en esta Comisión.

En lo atinente a los actos de instrucción practicados por esta Comisión, argumenta TESAU que el hecho de preguntarse a los locutorios en determinados requerimientos de información si habían tenido o no determinadas incidencias con TESAU constituiría un ejemplo de “preguntas dirigidas y manipuladas para obtener un claro resultado”. En este sentido, simplemente ha de tenerse en cuenta el contenido de los requerimientos aludidos, reproducidos íntegramente en los Antecedentes de Hecho Vigésimoséptimo, Vigésimonoveno y Trigésimo de esta Resolución para constatar que se trata de cuestiones cuya única finalidad reside en poder identificar a los afectados por determinadas prácticas denunciadas y cuantificar igualmente su alcance en lo posible. Por otra parte, TESAU manifiesta que «es claro que si la CMT da por cierto el contenido de las respuestas de estas preguntas y a raíz de las mismas realiza imputaciones a mi representada, estamos en presencia no de un simple requerimiento de información, sino de una verdadera prueba de cargo».

En contestación a ello sólo cabe señalar que no se trata, en un expediente de adopción de medidas de salvaguarda de la competencia, de aplicar lo que TESAU parece considerar una sanción penal (nunca la protección de una sana competencia mediante el control de la fuerza de un operador dominante cuando la misma se utiliza para poner en peligro aquélla podría considerarse tal, salvo por los intereses de la empresa afectada), sino de identificar y acreditar adecuadamente las conductas denunciadas (a cuyo fin se dirigen los requerimientos) a los efectos de la imposición por esta Comisión de las obligaciones de hacer o no hacer apropiadas para evitar cualquier traba a la competencia, obligaciones que en modo alguno pueden equipararse a las consecuencias previstas para conductas tipificadas penalmente.

Aceptar la posición de TESAU llevaría además a un bloqueo de toda actividad instructora de esta Comisión cuando la misma permita incorporar al expediente elementos de prueba de la existencia de conductas anticompetitivas para su valoración en el conjunto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sorprende por otro lado, que TESAU equipare las respuestas obtenidas en los requerimientos con lo que denomina “prueba de cargo” pareciendo dar (cosa que no hace esta Comisión) valor probatorio irrefutable a las mismas de unos comportamientos cuya existencia material no discute en cambio.

En lo referente al acta notarial, alega TESAU que «estamos en presencia de una prueba ilícita» y ello porque «el acta notarial se levanta a requerimiento de una persona física que dice actuar en nombre propio y sin embargo este documento se incorpora en el expediente administrativo por un tercero, ASTEL, Sociedad Mercantil con personalidad jurídica propia distinta de la persona a cuyo requerimiento se levanta el acta». En relación con esto, TESAU considera ilícita el acta notarial por contraria al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18 de la Constitución. TESAU expone que la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre indica que la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la comunicación misma y, «sin duda ASTEL es absolutamente ajeno al contenido de la comunicación registrada».

A este respecto puede adelantarse que esta Comisión no puede desconocer el valor probatorio que un acta notarial tiene en tanto que documento público con arreglo a los artículos 317 y 319 de la LEC. Ello no obstante, puede señalarse que no resultan correctas las alegaciones de TESAU anteriormente expuestas. Efectivamente, la jurisprudencia viene reconociendo que no existe vulneración del secreto de las comunicaciones cuando quien difunde la misma es uno de los interlocutores, como resulta ser el caso. El hecho de que el interlocutor que decide difundir su conversación lo haga a través de un tercero no implica lógicamente ninguna diferencia en tal sentido. Es más, debe recordarse que la conversación que se pone en conocimiento de esta Comisión recoge únicamente la información que TESAU da a través de sus canales comerciales a todo el que la solicita, por lo que no afecta a la intimidad del teleoperador que atiende la misma.

Así, recuérdese la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª), Jurisdicción Penal, Procedimiento abreviado núm. 115/1999, de 15 abril (Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro), que señalaba que «en lo que respecta al primero [al secreto de las comunicaciones], su conculcación queda descartada desde el momento en que ha sido el propio querellante el que ha comunicado voluntariamente a los imputados los datos que constan en la entrevista. Tal circunstancia impide la violación del art. 18.3 del CE, **a tenor de la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional sobre la violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En la Sentencia 114/1984 (RTC 1984\114) se afirma, en efecto, que «no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje»».

Más concluyente aún resulta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29-11-1984, núm. 114/1984, adoptada en el Recurso de Amparo núm. 167/1984, que establece que «la tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el número 1 del mismo artículo. **El derecho al «secreto de las comunicaciones ... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida.** (...) La norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado. **No hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje».**

De este modo, resulta evidente que la persona física que efectuó la llamada podía legítimamente difundirla, pues no resulta vinculada por el secreto de las comunicaciones que, como establece el Tribunal Constitucional, se refiere, proscribiéndolas, a las injerencias de terceros sin permiso de los interlocutores. El hecho de que la difusión se realizara a través en su caso de un aparato amplificador de la voz o mediante su grabación con el objeto de facilitar posteriormente al notario su transcripción no supone tampoco vulneración alguna tras lo expuesto, sin perjuicio de que así lo establece la citada sentencia del Tribunal Constitucional: **«quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones**, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor (...) **Otro tanto cabe decir en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3».**

En este sentido, no ha existido tampoco infracción del derecho a la intimidad, como señala la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de abril continuaba con que **«en modo alguno se desprende del contenido de la conversación que haya sido menoscabado el derecho fundamental a la intimidad del querellante, habida cuenta que la entrevista que Francisco José C. mantuvo con una persona que acababa de conocer no versó sobre cuestiones relacionadas con su intimidad, sino sobre temas**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concernientes a su trabajo o profesión, y en concreto a los servicios que dentro de ésta podía prestar a la ficticia empresa de su interlocutora. A este respecto, es importante subrayar que **el Tribunal Constitucional tiene declarado que** «la conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que **no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada**» (SSTC 170/1987 [RTC 1987\170], 20/1992 [RTC 1992\20], 142/1993 [RTC 1993\142], y ATC 28-1-1998 [RTC 1998\30]).

Es más, puede destacarse cómo la jurisprudencia considera que un concepto del secreto de las comunicaciones como el pretendido por TESAU sería contrario al deber reconocido en nuestro ordenamiento de denunciar los actos delictivos. Así la Sentencia Tribunal Supremo núm. 977/1999 (Sala de lo Penal), de 17 junio señalaba que “Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos parecidos al que nos ocupa cuando el invocante del derecho vulnerado es el que ha exteriorizado sus pensamientos o actos sin coacción de ninguna especie. Como se expresa en la Sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 1994 (RJ 1994\3687<RJ\1994\3687>) «la grabación de las palabras de los acusados realizadas por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente. **La Constitución y el derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el artículo 259 LECrim (...).** Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos”.

Alude a continuación TESAU a que el contenido de este acta notarial «no ha sido declarado confidencial por la autoridad que tramita el expediente administrativo, lo que determina una interpretación cuando menos curiosa de lo que debe ser confidencial». Sin embargo, lo cierto que no existe ninguna interpretación “curiosa” de lo que debe ser confidencial sino que, como se ha señalado anteriormente, la conversación recogida en el acta notarial aportada por ASTEL recoge tan sólo información que TESAU ofrecía en aquél momento al público en general, sin exigir siquiera el que se tratara de un cliente de TESAU, por lo que en modo alguno puede considerarse que se trata de materias constitutivas de secreto industrial o comercial, siendo así que ni



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

siquiera TESAU les atribuía de hecho tal carácter, como no puede ser de otra manera.

Por otra parte, TESAU realiza determinadas alegaciones sobre una errónea interpretación de determinados hechos. Así, alude a que el escrito de BT referido en el Antecedente Primero de esta Resolución contendría “alegaciones de parte, tildadas de evidente y obvia subjetividad, intrascendentes por carecer del más elemental substrato probatorio” cuando dicho escrito es meramente la remisión de la Oferta de TTP a locutorios, sin incluirse por tanto alegación alguna de BT. En definitiva, las “alegaciones de parte” de BT no pueden ser “tildadas de evidente y obvia subjetividad” o “intrascendentes por carecer del más elemental substrato probatorio” por cuanto dichas alegaciones ni siquiera existen. Igualmente, realiza TESAU determinadas afirmaciones con respecto a unos Burofax que le fueron remitidos por diversas entidades. Así, alude al documento 47, burofax de Laila B. señalando que se habría firmado el Burofax en Barcelona, se habría enviado ese mismo día desde Roquetas de Mar en Almería para inmediatamente remitirlo a esta Comisión denunciando la falta de instalación de la línea. Señala que similares alegaciones caben contra otros documentos similares (42, 48, 49 y 50) y llega a impugnar su contenido reservándose el derecho a exigir que se les informe quién es el autor de dichos formularios y cuestionando el motivo por el que parte de su contenido fue declarado confidencial. Sin embargo, lo cierto es que no es correcto que los mencionados escritos denuncien la falta de instalación de una línea solicitada escasas horas antes. Lo que denuncian es que se ha llamado a TESAU solicitando líneas para locutorios y la respuesta obtenida era que TESAU no las facilitaba, remitiendo en todo caso un Burofax solicitando a TESAU las líneas con el objeto de fijar formalmente su fecha de solicitud. En cuanto a la declaración de confidencialidad de parte de su contenido, puede señalarse cómo en el mismo se incluía la cuenta bancaria de los remitentes, por lo que no procedía que la misma estuviera a disposición del público en general, sin perjuicio de recordar una vez más que TESAU tuvo acceso completo a dichos documentos. Por todo ello, no puede aceptarse la impugnación que TESAU pretende de dichos documentos. Por otra parte, esta Comisión ignora el autor de dichos formularios.

Por otra parte, alude TESAU a un escrito de ESCOITÓFONO de 10 de mayo de 2002 recogido en el Informe que se le envió y que no estaría en el expediente. En este sentido, ha existido, efectivamente, un error por cuanto el escrito procede de CARMEL&PRESS –siendo facilitada copia a TESAU- que se ha rectificado en los presentes antecedentes (véase el número Decimoséptimo) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LJPAC.

Finalmente, alude TESAU a que no se hace mención a “la infinidad de documentos en los que muchas personas intervinientes en este expediente han contestado que no es cierta las alegaciones o imputaciones que so pretexto del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejercicio de un requerimiento de información, se vertían sobre mi representada”. Sin embargo, en el Antecedente de hecho Trigésimo recoge cómo la contestación al requerimiento de información al que se refiere fue negativa en todos los casos, si bien, eso sí, pone de manifiesto el que se las entidades que habían contestado eran en todo caso Agentes de Libre Comercio de TTP. Aparte de los Agentes de Libre Comercio de TTP, que no desarrollan la actividad de locutorios y no han podido en consecuencia verse afectados, sólo ocho entidades han contestado negativamente a la existencia de incidencias con TESAU en la recepción de líneas u otros servicios (documentos 69, 65-4, 65-9, 64, 61-1, 61-11 y 59-2, así como New Tech Consulting). De ellas, una manifiesta no desarrollar la actividad de locutorios por lo que no podía haberse visto afectada (New Tech Consulting), dos habían contratado la Oferta de TTP (65-9 y 61-1), otro dos no habían procedido a solicitar líneas por lo que no contestaba (documentos 64 y 69) y, finalmente, los otros tres responden negativamente, sin especificar más –ni el si habían pedido línea y habían sido atendidos ni el si habían contratado la oferta de TTP, ni cualquier otra circunstancia como pudiera ser el ni siquiera haber solicitado líneas-. En todo caso, estas tres últimas respuestas se tienen, por supuesto, en cuenta, si bien en su medida conjunta con respecto al resto de los escritos recibidos y documentación obrante en el expediente, como no puede ser de otra manera, de acuerdo con los principios de la sana crítica y como tantas veces se ha reiterado.

Así, en resumen, nos encontramos con diversas denuncias contra TESAU por negativas de suministro, coincidentes en su mayor parte en afirmar que los canales de atención comercial de TESAU –en concreto el número 900120906, al cual se estaría remitiendo a los locutorios por el resto de servicios de atención a TESAU tales como el 1004- se negaban a tramitarles determinadas solicitudes, como la instalación de líneas o el traslado de domicilio o cambios de titularidad de las mismas, indicándoles que debían proceder previamente a la contratación de los servicios de una serie de empresas cuyo listado se facilitaba -T-P, CINDETEL, COMERCIAL LEFER, SOL TELECOM, INSTANT TELEKOM y SISTELCOM (en adelante los “revendedores autorizados” de TESAU)-. La contratación con dichas empresas supone para los locutorios la pérdida de la titularidad de sus líneas.

Se ha realizado un listado que recoge de modo aproximativo las incidencias denunciadas y lo que al respecto ha expuesto, en su caso, TESAU, ofreciendo el siguiente resultado:

"EL CUADRO QUE SE ADJUNTA ES CONFIDENCIAL"



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La mayor parte de las explicaciones de TESAU se refieren a que los locutorios habrían utilizado un “canal no autorizado” o bien no habrían manifestado su actividad como locutorios. En ocasiones llega incluso TESAU a comprobar si se trata de la única entidad con contrato de arrendamiento para el local, o bien desde qué número de teléfono se efectúa la solicitud y quién es el titular de éste y su situación financiera con TESAU. La labor de investigación de TESAU puesta de manifiesto en sus alegaciones, en particular en las presentadas el 19 de agosto de 2002, resulta cuando menos sorprendente si se tiene en cuenta que en el expediente MTZ 2001/4138 manifestaba no realizar dichas tareas.

En todo caso, junto a las anteriores explicaciones, TESAU alega que «cada una de las suspensiones realizadas responde a alguna de las siguientes justificaciones perfectamente legítimas: el impago de su deuda frente a TESAU o el incumplimiento de las medidas cautelares, bien por la falta de constitución de aval o bien por la ausencia de prepago». Continúa TESAU manifestando que «así, el resultado de un análisis detallado de cada una de las denuncias sería el siguiente: en primer lugar, no se tiene constancia de que ninguno de los agentes económicos que imputan a TESAU una hipotética negativa de suministro haya constituido aval (salvo EVA R.G...) incumpliendo de esta forma los requisitos que las medidas cautelares adoptadas por esta Comisión habían establecido para exigir a TESAU la prestación del servicio». Indica TESAU que «en otros casos se denuncia a la CMT la no instalación de líneas por parte de TESAU que han sido solicitadas con unas horas, un día o, incluso, una sola hora de antelación».

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que todas las anteriores alegaciones se desvían de los hechos denunciados.

En efecto, en el presente procedimiento no se está denunciando un retraso en el suministro de líneas, por lo que es indiferente la antelación con que las mismas se solicitaron. Lo que se pone de manifiesto por las distintas entidades denunciantes es que TESAU no recoge sus solicitudes de suministro y les informa de que no procederá al mismo salvo que contraten a través de sus *revendedores autorizados*. Lo mismo ocurre con respecto a las alegaciones de TESAU sobre la falta de constitución de aval o prepago en su caso: lógicamente estas entidades no han constituido un aval o un prepago porque TESAU ni siquiera se lo ha exigido, pues directamente les habría manifestado que no presta el servicio y les habría remitido a sus *revendedores autorizados*. Lo mismo ocurre con la alegación de TESAU de que en muchos casos se estaba procediendo a declarar una actividad distinta a la de locutorios por parte de las entidades que solicitaban los referidos servicios, pues de acuerdo con lo expuesto por las mismas, en caso de declarar la actividad de locutorios se les



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dirigía inmediatamente al 900120906, donde se les negaba la posibilidad misma de obtener el servicio.

De este modo, no se debate en el presente procedimiento la cuestión de si determinadas entidades constituyeron o no un aval o un prepago con TESAU, de si manifestaron toda su actividad de locutorio o si el servicio se solicitó con unas horas de antelación a la remisión de la denuncia a esta CMT o un plazo mayor. Lo que se trata de dilucidar es si TESAU, a través de sus canales comerciales y, en concreto, el atendido a través del número de teléfono 900120906 negaba a los locutorios la posibilidad de acceder a sus servicios, remitiéndolos a sus *revendedores autorizados*. De haber existido dicha práctica se trataría de una negativa de suministro que habría que enjuiciar desde la perspectiva de la salvaguarda de la libre competencia, sin que el hecho de que a resultas de la misma los locutorios intentaran la obtención de líneas declarando otra actividad, no realizaran un aval o un prepago por un servicio que se les negaba o remitieran un burofax a TESAU solicitando formalmente el servicio y mandaran copia a las pocas horas a esta Comisión exima a TESAU del cumplimiento de sus obligaciones.

Tal es, en efecto, la cuestión debatida: si existió o no una negativa de suministro por parte de TESAU a los locutorios. Y en este sentido, aparte de las manifestaciones y denuncias recibidas de distintas entidades, existe un acta notarial, que esta Comisión considera de suficiente fuerza probatoria para acreditar la operativa empleada por TESAU a través del citado número 900120906.

Así, a la vista de todo lo expuesto, y tal y como denuncian diversas entidades y, fundamentalmente, acredita el acta notarial aportado por ASTEL, resulta que TESAU ha incurrido en una negativa de suministro a determinados servicios, tales como el suministro de nuevas líneas y el cambio de titular o traslado de las mismas, con respecto a los locutorios.

A.2. CALIFICACIÓN DE LA NEGATIVA DE SUMINISTRO.

Dicha negativa de TESAU a suministrar el acceso a la RTC, a través de la negativa a suministrar la línea, a trasladarla de domicilio o a permitir el cambio en su titularidad en las condiciones normalmente ofrecidas a sus clientes, supone en consecuencia un abuso de su posición de dominio en el mercado de acceso a la RTC.

En este sentido, y con respecto a un caso muy similar, si bien afectaba tan sólo a una empresa, el **Tribunal de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, TDC)**, exponía en su **Resolución en el expediente 350/94 Teléfonos en Aeropuertos, de 1 de febrero de 1995**:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

«**TELEFÓNICA**, y esta es una cuestión fundamental en la presente discusión, **no está autorizada a denegar o retrasar *motu proprio* el arrendamiento de líneas telefónicas** ni a impedir la conexión de los terminales de 3C [una empresa de telefonía de uso público] a la red».

En la mencionada Resolución de 1 de febrero de 1995, el TDC exponía cómo:

«**Es, pues, la Administración de las telecomunicaciones la instancia que debe decidir acerca de las conexiones. En ningún caso está habilitada TELEFÓNICA para tomar decisiones al respecto. Y TELEFÓNICA conocía el preciso alcance de sus competencias. La conducta de TELEFÓNICA se apoyó en su posición de dominio, no en el amparo legal de dicha conducta**».

En suma, citando al TDC en su mencionada Resolución de 1 de febrero de 1995:

«En la Exposición de motivos de la LDC se declara taxativamente que “la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad, constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante fase en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa”. Y ha sido justamente el ejercicio de dicha libertad esencial lo que ha resultado coartado por la conducta extralimitada e injustificada de **TELEFÓNICA que, en ningún caso, estaba autorizada a retrasar o denegar la concesión de líneas a 3C**».

TESAU niega que su conducta tuviera un efecto de cierre del mercado, porque estima que los locutorios podían haber accedido a otros mayoristas y operadores. Sin embargo, tal y como se ha expuesto en el apartado correspondiente a la posición de dominio de TESAÚ en el mercado de acceso a la RTC, este operador es el único que cuenta con la capilaridad suficiente, aparte de otros recursos tangibles e intangibles, como para poder atender la mayor parte de las solicitudes de suministro de acceso a la RTC por parte de los clientes en general y de TESAÚ en particular, motivo éste, precisamente, por el que le incumbe esa especial responsabilidad a la que aludía el TJCE y su negativa, al carecer de una justificación objetiva, supone un abuso de dicha posición de dominio.

Es más, en cuanto al efecto de cierre del mercado puede destacarse Así, la conclusión del TDC fue que:

«El abuso de posición de dominio ha sido considerado por este Tribunal como una de las más graves (...). Además, **la modalidad de infracción realizada por TELEFÓNICA reviste, según el TDC, una gravedad especial por cuanto concurren (...) al amparo de su posición de dominio, abusa del mismo, lo extiende a un mercado distinto pero conexo y cierra el mercado a un competidor perjudicándole al limitar a aquél su capacidad de expansión (...).** Pero los efectos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la conducta de TELEFÓNICA tienen un alcance aún superior (...) afectando negativamente a otras empresas e impidiendo la expansión de “una de las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de las actividades económicas y de un mercado competitivo... tanto desde el punto de vista de los consumidores como de los usuarios”, según reza la citada Directiva 90/388/CEE. Y la gravedad de la infracción no resulta suavizada por el hecho de que, según 3C, TELEFÓNICA no haya sido “capaz de explotar con provecho su abuso de posición dominante...”».

De este modo, es evidente el carácter abusivo que TESAU realiza de su posición de dominio al negar, de modo sistemático y generalizado, el suministro de nuevas líneas y los servicios relacionados con éstas, tales como el traslado de nuevas líneas o el cambio de su titularidad, salvo a las empresas que TESAU considera *revendedores autorizados*, si bien hace referencia a los mismos como sus mayoristas –TTP, SOL TELECOM S.A., SISTELCOM-TELEMENSAJE, S.A., CINDETEL BALEARES, S.A., COMERCIAL LEFER S.A., INSTANT TELEKOM SERVICE S.L., AMIGOPHONE S.L., SOCIEDAD DE SERVICIOS Y ASISTENCIA DE TELECOMUNICACIONES SA y TELEMOCOMUNICACIONES SL (estos dos últimos aparecen en el expediente tan sólo tras las alegaciones de TESAU de 2 de julio de 2002 -, que son las únicas a las que presta los mencionados servicios.

Tal y como se expondrá en el apartado III.2 de estos Fundamentos de Derecho, la negativa de TESAU a suministrar los referidos servicios podría suponer, además de un abuso de su posición de dominio, un incumplimiento de la normativa sectorial de telecomunicaciones, en tanto que supondría una denegación de acceso discriminatoria.

Puede además señalarse que TESAU ha venido utilizando la posibilidad de efectuar una retirada de suministro como mecanismo para lograr que las empresas de telefonía de uso público se acogieran a los nuevos contratos por TESAU propuestos.

Así, en efecto, en la carta que TESAU remitió a las empresas de telefonía de uso público que tenía identificadas junto a los nuevos contratos se señalaba que se retiraría el suministro del servicio telefónico a los no firmantes el día 1 de abril de 2002 e, incluso, se retiraría la línea misma el día 31 de septiembre de 2002⁸. De este modo, se causa en las empresas de telefonía de uso público

⁸ En la propuesta de TESAU remitida por carta de 15 de febrero de 2002 a distintos prestadores de telefonía de uso público se adjuntaba el texto de un contrato que entraría en vigor el próximo 1 de marzo de 2002, el cual debería ser remitido firmado por la empresa de telefonía de uso público, si era de su conformidad, antes del 1 de marzo de 2002. En el supuesto de que no se hubiese recibido en TESAU el citado contrato en dicha fecha se entendía que no estaba interesado en mantener la relación contractual con TESAU, quedando resueltas las anteriores relaciones a partir del 1 de abril de 2002. No obstante, mantenía la conexión a la red, siempre y cuando se mantuviera al corriente del pago tanto de la facturación de los consumos generados hasta el 1 de abril como de las cuotas de abono que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el temor a ver sus comunicaciones impedidas y la imperiosa necesidad de suscribir los contratos propuestos.

En este sentido, la retirada de suministro no sería aceptable en modo alguno con respecto al servicio telefónico para aquellas empresas que hayan establecido los avales o prepago en las condiciones fijadas por TESAU o esta Comisión en sus distintas resoluciones, ni con respecto a las líneas telefónicas en ningún caso, y ello aun cuando se estimara la imposición de un nuevo contrato de adhesión por TESAU a las empresas de telefonía de uso público como una actuación con cierta justificación para evitar posibles situaciones de impagos, tal y como se pronunciaba el TDC en un caso similar mediante *Resolución en el expediente 394/94, TELEFÓNICA- Ibertex*, de 27 de julio de 1999:

«Existía una clara justificación al deseo de TELEFÓNICA de modificar unos contratos que permitían situaciones de fraude; sin embargo, **TELEFÓNICA hubiera debido**, tal y como señala el Servicio, llamar la atención de las autoridades de tutela sobre el **problema y requerir la aprobación de éstas para el nuevo contrato de adhesión**, siguiendo el cauce previsto en la estipulación undécima del Contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores, suscrita entre Telefónica de España, S.A. y el Estado con fecha 26 de diciembre de 1991. El camino escogido por TELEFÓNICA, consistente en redactar unilateralmente un contrato de adhesión, una de cuyas principales características radicaba en las condiciones sumamente onerosas impuestas a la otra parte, supone, a juicio de este Tribunal, un claro desprecio hacia los intereses de los demás operadores en el mercado y, por tanto, una práctica abusiva (...).

Por motivos históricos, y como consecuencia de la singularidad de sus instalaciones, la compañía TELEFÓNICA disfruta de una situación privilegiada frente a una gama muy amplia de clientes, en un sector, como es el de servicios de telefonía, cuya importancia para la economía del país no es necesario resaltar. En consecuencia, la correcta actuación de TELEFÓNICA frente a sus clientes constituye una materia de interés general a la que las autoridades de defensa de la competencia deben prestar atención adecuada, consideración ésta que es especialmente relevante en relación con los servicios en proceso de liberalización, como es el caso de los que son objeto de esta Resolución, ya que una incorrecta actuación por parte de la empresa que históricamente ha disfrutado de una posición de monopolio podría invalidar los objetivos que se persiguen mediante esa política liberalizadora».

B) Exclusividad.

Por su parte, SOL TELECOM, uno de los mayoristas de TESAU, pone en conocimiento de esta Comisión que TESAU le está imponiendo exclusividad en

devengarán con posterioridad, manteniendo dicha situación hasta el 30 de septiembre de 2002 o hasta que pueda contratarse el acceso a la red telefónica pública con otros operadores si ese momento fuera anterior a la referida fecha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su tráfico. Sobre este particular TESAU alega que se trata de meras manifestaciones de parte. Sin embargo, las declaraciones de SOL TELECOM tienen especial relevancia y aparecen dotadas de notables indicios de veracidad, por cuanto TESAU incluye a esa empresa entre sus mayoristas. No es el titular de un locutorio el que manifiesta la existencia de exclusividad; es uno de los propios mayoristas de TESAU quien así lo manifiesta.

De esta manera, los mayoristas de TESAU habrían estado obligados a cursar todo su tráfico a través de dicho operador. Debe tenerse en cuenta que tal y como se ha expuesto en el apartado precedente, **TESAU obligaba a los locutorios a contratar sus servicios a través de sus revendedores autorizados, los cuales como se ha dicho cursarían a su vez todo su tráfico a través de TESAU.**

De este modo, TESAU conseguía cursar el 100 % del tráfico telefónico de los locutorios, a la par que evita tener que establecer en sus relaciones contractuales directas con las empresas de telefonía de uso público cláusulas de exclusividad como las que esta Comisión analizó en el marco del expediente OM 2001/5789, limitándose a obligar a todas las empresas de telefonía de uso público o locutorios a contratar con *sus revendedores autorizados*.

En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia recordaba en su *Sentencia de 1 de abril de 1993, asunto BPB INDUSTRIES PLC Y BRITISH GYPSUM LTD contra Comisión*, señalaba que:

«Como ya ha tenido oportunidad de declarar el Tribunal de Justicia, el hecho de que una empresa que ocupa una posición de dominante en un mercado vincule a los compradores, aunque sea a instancia de éstos, mediante una obligación o promesa de abastecerse, respecto a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente de dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante (...) (sentencia Hoffmann-LaRoche...; sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p.I-2259, apartado 149)».

Esta argumentación ha sido recogida de modo prácticamente literal por esta misma Comisión en su *Resolución en el expediente sobre los programas de descuentos sobre las tarifas de los servicios interprovinciales de telefonía practicados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (...)*, de 19 de febrero de 1998.

La exclusividad impuesta por TESAU no puede admitirse tampoco cuando se aplica a los propios *revendedores autorizados*, tal y como reclama SOL TELECOM, tratándose de un abuso de su posición de dominio en el mercado del servicio telefónico fijo que afecta al resto de agentes que operan en dicho mercado al impedirles acceder al consumo de todos aquellos locutorios que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hayan contratado, por los motivos expuestos en el apartado precedente, con los revendedores autorizados de TESAU.

Todo lo anterior será tenido en cuenta en el Resuelve de esta Resolución, de acuerdo impone el artículo 89 de la LJPAC, sin perjuicio de que las **autorizaciones provisionales** que está otorgando el Ministerio de Ciencia y Tecnología –así es el caso de la otorgada a TTP- para reventa mediante acceso directo, establecen que no se impedirá a los clientes la utilización de las distintas facilidades que permita la línea, entre las cuales deben considerarse indudablemente las de selección de operador, de modo que en adelante la exclusividad vendrá impedida también a este tipo de agentes, facilitándose así a los clientes de los mismos en general, y a los locutorios en particular, la elección del operador o revendedor más eficiente para cada tipo de llamada, con la consiguiente reducción de sus costes.

C) Discriminación.

TESAU viene ofreciendo distintas condiciones a sus *revendedores autorizados*, entre los que se incluye su filial TTP, y el resto revendedores de servicios de telefonía y locutorios.

La diferencia en el trato se da desde la misma solicitud de acceso de las empresas afectadas, que la ven negada salvo que la realicen a través de los *revendedores autorizados* y se extiende a las condiciones mismas en las que el acceso es prestado con respecto a las que ya han obtenido línea, en la medida en que las tarifas aplicadas son distintas, tal y como señala SOL TELECOM, uno de los revendedores autorizados de TESAU (téngase en cuenta que tras haber tenido acceso TESAU al documento aportado por SOL TELECOM que recoge las tarifas que le aplica TESAU no ha procedido a impugnarlo).

La discriminación sin justificación objetiva debe ser igualmente rechazada por contraria a los principios más elementales de la libre competencia. A ello se suma el que la discriminación a favor de *los revendedores autorizados* realizada a través de las negativas de líneas u otros servicios de tramitación y las suspensiones o interrupciones del servicio, podría suponer un incumplimiento de la normativa sectorial de telecomunicaciones aplicable en materia de accesos, tal y como se analiza en el apartado III.2 de estos Fundamentos de Derecho.

Del mismo modo, y si bien el precio discriminatorio establecido por TESAU tiene unos efectos anticompetitivos claros y constituiría un abuso de su posición de dominio, tal y como señala la doctrina del TJCE y reiteran, con respecto a la actuación de empresas con posición de dominio en mercados de telecomunicaciones, por ejemplo, las *Directrices para la aplicación de las*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02) de la Comisión (en lo sucesivo, las Directrices sobre competencia) así como la ya citada Comunicación de acuerdos de acceso, la mencionada discriminación en precios podría suponer, además, un incumplimiento por TESAU del régimen de regulación de precios vigente para su servicio telefónico fijo disponible al público al que debe ponerse fin de inmediato mediante la Resolución definitiva de este procedimiento, motivo éste por el que se trata en el apartado III.2 de estos Fundamentos de Derecho.

D) Con respecto a las alegaciones de TESAU sobre la libertad de los locutorios de contratar con otros mayoristas u operadores.

TESAU alude en sus alegaciones a que los locutorios podían contratar con otros mayoristas o con otros operadores, por lo que no habría existido en todo caso imposición en sus condiciones ni la negativa de suministro habría tenido efectos de cierre de mercado.

Con respecto a dichas alegaciones se ha señalado anteriormente cómo la posición de dominio de TESAU en el mercado de acceso a la RTC lleva a que su negativa de suministro de los servicios relativos al mismo impiden de por sí al locutorio su propia existencia y, por supuesto, la posibilidad de contratar servicio alguno con otros mayoristas o revendedores. Por tanto, no existe la pretendida opción de los locutorios y el efecto de cierre de mercado es obvio.

Así, en este caso se ha afectado tanto a los competidores de TESAU en la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, que se han visto privados del tráfico de un sector de empresas de gran consumo como es el de la telefonía de uso público y, singularmente, los locutorios, como a las empresas de telefonía de uso público como clientes, que se han visto obligadas a cursar el 100% de su tráfico por TESAU y, así, se les ha impedido el poder ofrecer tarifas más económicas a los consumidores finales.

Con respecto a los competidores, puede considerarse que existe abuso en la posición de dominio cuando la actuación de la empresa en cuestión supone una barrera a la entrada de los nuevos operadores.

De este modo, en su *Resolución en el expediente 413/97, AIRTEL/TELEFÓNICA, de 26 de febrero de 1999*, el TDC expone que:

«Para que pueda apreciarse el abuso no es preciso que se produzca en términos absolutos un “cierre del mercado”, como interpretan las imputadas [entre ellas TELEFÓNICA], pues, admitir esta afirmación en términos estrictos, no sólo resultaría contrario a la jurisprudencia comunitaria antes citada, sino



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que supondría una restricción muy importante en la aplicación del artículo 6 LDC, no prevista expresamente en dicha norma.

Por tanto, **el “cierre del mercado” debe interpretarse sin el antedicho carácter absoluto, siendo suficiente para poder apreciar el abuso de posición dominante una obstaculización suficientemente intensa para la entrada en el mismo de un nuevo operador. Especialmente cuando se trata de mercados que, como el considerado en este expediente, presentan en su origen un nivel de competencia muy debilitado».**

Sin embargo, en este caso la obstaculización ha llegado a un “cierre del mercado” total para todas aquellas empresas que no han podido iniciar su actividad por falta de nuevas líneas.

De este modo, puede y debe señalarse la especial gravedad que las conductas analizadas de TESAU tienen desde la óptica de la normativa en defensa de la competencia.

Del mismo modo, debe recordarse que ni siquiera hubiera sido representativo el hecho de que, aparte de que tras tener que contratar aceptando la exclusividad de TESAU en el tráfico telefónico después hubiera sido posible en términos jurídicos de rescindir en cualquier momento la relación por parte de la parte que recibiría el abuso, tal y como se expone en la sentencia del TJCE de 1 de abril de 1997, *BPB Industries PLC-British Gypsum LTD/Comisión*, T-65/89, Rec. p. II-0389 (en adelante, sentencia del TJCE *British Gypsum*):

«el derecho a resolver un contrato no impide en modo alguno su aplicación efectiva, al menos mientras no se haga uso de la facultad de resolución. A este respecto, procede señalar que **una empresa que ocupa una posición dominante dispone de un poder que puede permitirle imponer a sus clientes no sólo la celebración de tales contratos, sino también el mantenimiento de los mismos».**

Sin embargo, en este caso resulta imposible para muchas empresas poner fin a la situación descrita, pues en los contratos que han tenido que suscribir con los *revendedores autorizados* se contempla la cesión de la titularidad de las líneas a estos *revendedores autorizados*, que son los que a partir de ese momento *permiten* su utilización a la empresa y los únicos que, en consecuencia, pueden solicitar posteriormente un cambio de titular, un traslado o una baja de la línea.

Dado que en un número impreciso de casos la contratación con dichos revendedores se habrá producido con motivo de las conductas de TESAU analizadas en los apartados precedentes, resulta necesario que en esta Resolución se establezca la obligación de los revendedores de poner en conocimiento de sus clientes la adopción de la misma y su derecho a rescindir



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su contrato procediendo a contratar las líneas y resto de servicios directamente con TESAU o con otros mayoristas o revendedores.

Finalmente, una vez más debe recordarse que no es necesaria en todo caso la existencia de culpa o intencionalidad por parte de la empresa en posición de dominio, tal y como recoge la reseñada sentencia del TJCE *British Gypsum*:

«Este Tribunal recuerda que **el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo** (sentencia *Hoffmann-La Roche*, antes citada, apartado 91) y que, por tanto, el comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 86 del Tratado CEE, **al margen de cualquier culpa**. En consecuencia, la alegación de las demandantes según la cual BG nunca tuvo intención de desanimar o debilitar a Iberian carece de incidencia alguna en la calificación»

III.2 LAS ACTUACIONES DE TESAU DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL DE TELECOMUNICACIONES.

Primero.- POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA APLICABLE EN MATERIA DE ACCESO. Los titulares de licencias individuales deberán cumplir con las condiciones establecidas no sólo en la Orden del Ministerio de Fomento, de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (Orden de Licencias), sino en todo el ordenamiento jurídico comunitario y nacional.

De esta forma, la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP) dice en su art.4.2 que “los organismos autorizados a suministrar redes públicas de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones accesibles al público que figuran en el anexo I que tengan un peso significativo en el mercado deberán satisfacer **todas las solicitudes razonables** de conexión a la red, incluso en puntos distintos de los puntos de terminación de la red ofrecidos a la mayoría de los usuarios finales”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, la LGT establece en su artículo 24.1 que *“los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes⁹, **deberán facilitar el acceso a sus redes** en condiciones objetivas, transparentes y **no discriminatorias**, a todos los usuarios y prestadores de servicios que lo soliciten”*.

Por su parte, el Reglamento de Interconexión establece en su artículo 6.1. que *“las condiciones de acceso a las redes públicas de telecomunicaciones o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, deberán fundarse en los principios generales de objetividad, transparencia, proporcionalidad y **no discriminación**, no pudiéndose limitar el acceso más que cuando esté justificado en el respeto de los requisitos esenciales”*.

Asimismo, el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de redes de telecomunicaciones (en adelante, RSU), recoge en su artículo 7 las obligaciones que deben cumplir los operadores, entre otras, (i) *“**garantizar el acceso a los servicios de todos los usuarios que lo soliciten del grupo o territorio al que afecte el título habilitante correspondiente**”* y (ii) *“**otorgar igual trato y permitir idénticas condiciones de acceso y uso a los servicios para los usuarios**”*.

Sin embargo, resulta acreditado en el presente procedimiento que **TESAU viene negando el acceso a todas las empresas de telefonía de uso público que le solicitan líneas para la actividad de locutorios**. Es más, consta igualmente que TESAU sí **facilita el acceso a su filial TTP y al resto de revendedores autorizados**, con lo que se produce una evidente **discriminación** en cuanto a la concesión de acceso totalmente injustificada. **De este modo, TESAU habría incumplido sus obligaciones en materia de acceso aplicables de acuerdo con la normativa vigente**.

La discriminación se extiende, además, a las tarifas que TESAU aplica a sus **revendedores autorizados** frente al resto de empresas, tal y como se expone en el apartado siguiente.

Segundo.- INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE PRECIOS. En efecto, la discriminación se produce también con respecto a los accesos concedidos, pues la tramitación del expediente ha puesto de manifiesto cómo TESAU viene prestando el acceso a sus **revendedores**

⁹ De conformidad con lo establecido en el artículo 23.2 de la LGT, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su Acuerdo de 4 de octubre de 2001 (Exp. MTZ 2001/4975), declaró a TESAU como operador dominante en el mercado de telefonía fija.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

autorizados a unos precios privilegiados, incumpliendo así, además, el régimen de regulación de precios vigente.

El incumplimiento del régimen de regulación de precios se produce no sólo por la existencia evidente de una discriminación en las tarifas aplicadas por TESAU a sus *revendedores autorizados* frente al resto de empresas de telefonía de uso público y clientes en general, sino por el hecho mismo de no haber sido estas tarifas aprobadas conforme a los procedimientos previstos ni sometidos a la publicidad que el sistema de regulación de precios garantiza.

El principio de intervención tarifaria de los servicios de telecomunicaciones encuentra su sede jurídica en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), conforme a la cual:

“La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá fijar, transitoriamente, precios fijos máximos y mínimos o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado. Para determinar el citado grado de concurrencia, se analizará la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles. (...)”.

El régimen de regulación de precios recogido en la LGTel constituye uno más de los mecanismos previstos por el legislador para equilibrar, en la medida de lo posible, la inevitable desigualdad de posiciones de los nuevos entrantes respecto de los operadores dominantes. Como resulta de la citada disposición transitoria cuarta, el principio de intervención tarifaria está vinculado no sólo a los costes reales de prestación del servicio, sino también al “grado de concurrencia de operadores en el mercado”, para cuya determinación se exige analizar *“la situación propia de cada uno de los distintos servicios, de forma tal que se garantice la concurrencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y el acceso a aquéllos de todos los ciudadanos a precios asequibles”.*

Este objetivo se subraya también en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10 de mayo de 2001; en particular, cabe citar el apartado I.2 de su Anexo I, que prevé, para sucesivas aplicaciones del modelo, la exclusión o inclusión de ciertos servicios o facilidades del régimen de precios según los mismos *“hayan evolucionado hacia una situación de competencia efectiva en sus mercados de referencia”* o *“haya dejado de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

darse la situación de competencia efectiva en sus mercados de referencia”, respectivamente.

Efectivamente, dado el precario nivel de competencia efectiva que caracteriza todo mercado recientemente liberalizado, la finalidad perseguida por la disposición transitoria cuarta de la LGT no es otra que la de prevenir eventuales comportamientos anticompetitivos por parte de quienes disfruten de una particular posición de fortaleza en el mercado, fomentando asimismo un deseable nivel de competencia efectiva en el sector nacional de telecomunicaciones.

La intervención *ex ante* del legislador trata de promover una eficiencia de actuaciones suficiente, y de evitar tanto la aparición de barreras que impidan o dificulten seriamente la entrada de nuevos actores, como conductas que obliguen a los entrantes, una vez instalados en el mercado, a operar en condiciones de excesiva desventaja competitiva y, por tanto, de ineficiencia.

En este sentido, tal y como se señalaba, la discriminación, la falta de publicidad y transparencia, así como la falta de aprobación de las tarifas aplicadas por TESAU a sus *revendedores autorizados* supone un incumplimiento del régimen de precios aplicable.

Así, el apartado 5 de la Orden de 10 de mayo de 2001 establece que:

«Los precios regulados de los servicios de telecomunicaciones se ajustarán a los principios básicos de **transparencia**, orientación a costes y **no discriminación**».

La falta de transparencia es aún más evidente ante el posible incumplimiento de las obligaciones que en este sentido concreta el mencionado apartado 5 de la Orden de 10 de mayo de 2001:

- **«La información sobre los precios de los conceptos tarifarios y de los servicios deberá estar a disposición del público** a través de los medios y oficinas comerciales del operador en las que puedan contratarse dichos servicios».
- **«Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal publicará, antes de quince días desde la publicación del presente Acuerdo, un catálogo de los servicios sujetos a este marco regulatorio de precios (...). En el catálogo figurarán las condiciones de prestación de cada uno de los servicios y sus correspondientes precios, programas descuento y planes de precios, así como la fecha de entrada en vigor. El catálogo se actualizará cada vez que se modifique alguno de sus elementos de forma previa a la entrada en vigor de la modificación».**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Debe señalarse que no se trata de impedir **que TESAU adapte sus distintas ofertas a las distintas características de sus usuarios**, lo cual incluso ha de estimularse en la medida de lo posible por sus potenciales efectos beneficiosos para los mismos. Pero, precisamente, para que puedan disfrutar los usuarios finales, es necesario que se cumpla con el régimen de regulación de precios y los principios de publicidad, transparencia y no discriminación que el mismo recoge y erige como garantía para los propios usuarios finales –pues se evita que TESAU pueda condicionar su aplicación a la exclusividad en el tráfico, por ejemplo-, y que se materializan a través del cumplimiento de los apartados 3, 4 y 5 de la Orden de 10 de mayo de 2001, tantas veces citados, entre otros. Por ello, TESAU ha de cumplir con el régimen de regulación de precios vigente, que dicha operadora no puede en modo alguno desconocer a estas alturas del proceso de liberalización, **debiendo en consecuencia seguir previamente los trámites establecidos en el apartado 3 de la Orden de 10 de mayo de 2001 y obtener, en caso de que así se considere por los poderes públicos actuantes, la correspondiente autorización para la aplicación de las tarifas que ha venido otorgando a sus *revendedores autorizados*:**

“«Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal» deberá **presentar a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología sus** propuestas para los precios de las llamadas de acceso a Internet, de los paquetes de servicios, de los bonos, de los planes, y los **programas de descuentos**, para su aprobación conforme al procedimiento establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Se entenderán aprobadas las propuestas de «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal», presentadas a partir de la entrada en vigor de este marco regulatorio de precios, relativas a todos los precios y descuentos señalados en el párrafo anterior, si en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud en el registro de la Secretaría de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa no se hubiese notificado resolución expresa (...)”.

Por tanto, en la presente Resolución procede recordar a TESAU la necesidad de cumplir con la normativa expuesta y de poner subsiguientemente fin inmediato a la aplicación a sus revendedores autorizados de tarifas no acordes con la misma.

III.3 CON RESPECTO A LA ACTIVIDAD DE LOS *REVENDEDORES AUTORIZADOS* DE TESAU.

Si bien hasta ahora se han analizado, desde la perspectiva de la normativa de defensa de la competencia y la normativa sectorial de telecomunicaciones, las conductas de TESAU denunciadas por los distintos interesados en el expediente, debe igualmente examinarse la naturaleza de la actividad de los *revendedores autorizados* de TESAU, entre los que se encuentra de manera



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

preeminente su filial TTP, en el marco de los contratos que las empresas de telefonía de uso público se han visto forzadas a suscribir si querían obtener líneas telefónicas para poder ejercer su actividad.

Primero.- CALIFICACIÓN DEL “SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS” QUE PRESTAN LOS *REVENDEDORES AUTORIZADOS* DE TESAU. La actividad realizada por los distintos *revendedores autorizados* de TESAU es, efectivamente, la de reventa del servicio telefónico fijo.

Así, y tomando como referencia la “Oferta de Telecomunicaciones Públicas a Locutorios” iniciada por TTP, que fue el motivo inicial de la apertura del presente procedimiento, debe recordarse que **es denominada por la propia TTP como de *reventa* del servicio telefónico fijo disponible al público.**

En efecto, el contrato que TTP está firmando con sus clientes se denomina “CONTRATO **REVENTA** DE TRÁFICO (LOCUTORIO AJENO)”. Del mismo modo, en la descripción de la Oferta que realiza la propia TTP señala que es una relación de “venta de tráfico telefónico”.

En este sentido, **la calificación que realiza TTP en los documentos mencionados es acorde con la realidad de la relación establecida entre TTP y el cliente: TTP presta el servicio en nombre y por cuenta propia, con sus propias tarifas** –no sólo establece precios sensiblemente inferiores en llamadas internacionales a los vigentes de Telefónica de España, S.A.U. (TESAU), sino que, por ejemplo, no cobra cuota de alta de la línea y cobra las llamadas por segundos- **y realiza la facturación al cliente.**

Así, en la Estipulación cuarta del anteriormente mencionado “Contrato Reventa...” se establece que: «las llamadas cursadas por el Locutorio a través de la Plataforma le serán **facturadas por T.T.P.** en los primeros días del mes siguiente a su realización, **conforme a la tabla de precios que figura en el Anexo I** (impuestos indirectos no incluidos). Las modificaciones a esta lista de precios se comunicarán con una antelación mínima de 5 días a su entrada en vigor»).

En consecuencia, es evidente que TTP no se limita a realizar una mera intermediación de los servicios de TESAU. TTP contrata en su propio nombre y presenta a sus potenciales clientes el servicio como propio, con sus propias condiciones y tarifas.

A este respecto, puede considerarse que «es consustancial a la figura del agente el limitarse a mediar en los contratos por cuenta de su principal. El cliente final con quien realmente está contratando es con el principal. El agente se limita a su labor de mediación. El principal es, por tanto, quien define el servicio y su precio. En caso contrario, no podría hablarse de acuerdo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

agencia, y se habría de analizar el acuerdo a la luz del derecho de la competencia (...) en tanto que agente, no puede alterar las condiciones aplicables a la prestación del servicio. Es TESAU quien presta el servicio y quien define el precio del mismo, con arreglo al sistema de regulación de precios vigente. En caso de pretender (...) alterar las condiciones de prestación del servicio y, singularmente, el precio, entraría en funciones más propias de un revendedor que de un agente. En efecto, existen en el mercado de las telecomunicaciones diversas entidades cuyo negocio, en todo o en parte, consiste en adquirir servicios de telecomunicaciones de operadores para, alterando las condiciones de prestación del mismo o, simplemente, su precio, ponerlo a disposición de los clientes finales. La diferencia entre estas entidades y los agentes es que las primeras contratan en nombre propio con el cliente, y ello les permite fijar o modular las condiciones de prestación del servicio o su precio, en tanto que los agentes se limitan a promover la contratación de servicios de su principal, cuyo servicio, con sus condiciones y precio, es el que los clientes finales contratan y reciben, sin alteración»-, tal y como se adelantó en la *Resolución con respecto al acuerdo entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y FADESA INMOBILIARIA, S.A.*, de 7 de febrero de 2002, que se cita aquí sin carácter doctrinal pero un ejemplo anterior sin carácter resolutorio, como bien señala TESAU, de la doctrina que esta Resolución establece.

Por tanto, la actividad que TTP realiza en el marco de su “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones” es una reventa del servicio telefónico fijo disponible al público. Idéntica conclusión ofrecen las ofertas similares del resto de los *revendedores autorizados*.

De esta manera, es evidente que **para poder realizar una oferta de servicios de telecomunicaciones de las características señaladas y su correspondiente prestación**, los *revendedores* han disponer del título habilitante correspondiente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y siguientes de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel). **A este respecto, y puesto que su actividad de TTP se concreta en la provisión del servicio telefónico disponible al público a través de reventa mediante, deberían de haber obtenido previamente una autorización provisional.**

Así lo ha reiterado en diversas ocasiones esta Comisión, por ejemplo, en la “Contestación a la consulta formulada por las entidades RSL COMMUNICATIONS SPAIN, S.A. y VIATEL SPAIN LIMITED sobre el régimen jurídico aplicable a la actividad denominada *reventa de servicios telefónicos*”, aprobada mediante Resolución del Consejo de 2 de marzo de 2000, en la que se indicaba que:

“Para la obtención del título habilitante para la prestación de servicios de reventa del servicio telefónico, los interesados deberán presentar sus solicitudes a la Secretaría



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

General de Comunicaciones [actualmente Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información] en la forma establecida en el artículo 13 de la Orden de Autorizaciones Generales. La Secretaría General, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la misma orden, una vez recibida la solicitud, establecerá las condiciones provisionales a las que habrá de someterse el interesado para llevar a cabo la actividad pretendida. La autorización provisional así obtenida será notificada por la Secretaría General de Comunicaciones a esta Comisión (art. 15 de la Orden de Licencias) al objeto de su inscripción en el Registro Especial de Titulares de Autorizaciones Generales. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la citada Orden, el Ministerio de Fomento [actualmente el Ministerio de Ciencia y Tecnología] habrá de proceder a la determinación de las condiciones definitivas a las que deberán ajustarse los titulares de las autorizaciones generales para la prestación, el establecimiento o la explotación de los servicios a los que se refieren las autorizaciones provisionales otorgadas al amparo de los preceptos anteriormente indicados”.

En este sentido, procede recordar mediante la presente Resolución la obligación de obtener el título habilitante preceptivo, estableciendo un plazo de diez días hábiles a partir de la misma para que, en caso de no haberlo hecho, procedan a su solicitud al organismo competente y así se lo comuniquen a esta Comisión en los cinco días hábiles siguientes.

Por supuesto, todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la futura aplicación del nuevo marco normativo definido por las directivas comunitarias recientemente aprobadas y, en concreto, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, *relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (directiva marco) y la Directiva 2002/20/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, *relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas* (directiva autorización), una vez transpuestas a nuestro ordenamiento interno.

Segundo.- PERJUICIOS CAUSADOS A LOCUTORIOS Y A LOS OPERADORES DEL SERVICIO TELEFÓNICO FIJO DISPONIBLE AL PÚBLICO. Tal y como se ha mostrado en los apartados anteriores de este informe, TESAU ha impuesto a los locutorios la contratación de las ofertas de dichos *revendedores autorizados*. Ello ha causado un grave perjuicio tanto a dichas empresas de telefonía de uso público como a todos los operadores del servicio telefónico fijo disponible al público y revendedores alternativos a TESAU.

El perjuicio a las empresas de telefonía de uso público es considerable: la contratación con dichos *revendedores autorizados* no se realizó libremente y por motivos de beneficio empresarial —a través, por ejemplo, de una reducción en el coste de las comunicaciones—, sino que resultó obligada por la necesidad de obtener líneas para ejercer la misma actividad empresarial y aceptando a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cambio gravísimos perjuicios empresariales, como la pérdida de la titularidad de las líneas –que pasaban a ser del *revendedor autorizado*, con lo que a partir de ese momento dependerá de éste el dar de alta o de baja la línea, el solicitar en su caso cambios de titularidad futuros en beneficio de terceros o, simplemente, imponer qué operador cursa la totalidad del tráfico telefónico- y el encarecimiento en el costo de las comunicaciones –al tener que cursar todo el tráfico en exclusiva a través de TESAU, sin poder elegir para cada destino al operador que resulte más económico-.

Del mismo modo, se ha perjudicado a los revendedores y operadores de servicio telefónico alternativos a TESAU, al impedirles prestar servicio a empresas de elevados consumos como son las de telefonía de uso público. Así, por ejemplo, ASTEL, en defensa de los intereses señalados alega, resumiendo de algún modo las consideraciones expuestas, que:

«Entre otros servicios afectados, se encontraría la preselección, que es de gran importancia para la actual actividad de los locutorios, al ofrecer en la mayor parte de los casos tarifas más ventajosas para los mismos que Telefónica de España, S.A.U (...). Además, la titularidad de Cabitel sobre las líneas, supondría para los locutorios la imposibilidad de elección de operador, o de obtener el máximo beneficio de los servicios de telecomunicaciones, principios fundamentales de la liberalización del sector.

La existencia u contratación del contrato descrito en el apartado primero de la parte expositiva de este texto, supone directamente un grave perjuicio a los demás operadores del mercado, que no pueden ser escogidos por un colectivo de clientes tan importante como es el sector de la telefonía pública».

Los anteriores efectos perjudiciales sobre los competidores de TESAU en la prestación de servicio telefónico y sobre las empresas de telefonía de uso público parten de la contratación por estas últimas con los *revendedores autorizados*, contratación que se ha logrado a través de los abusos de posición de dominio y posibles incumplimientos de la normativa sectorial de telecomunicaciones por TESAU expuestos en los apartados anteriores de este informe y que se pueden resumir en la falta de libertad contractual originada al suponer la contratación con dichos *revendedores autorizados* la única forma de obtener línea telefónica y otros servicios como pueda ser el traslado de las mismas o su cambio de titularidad. Por ello, en la resolución de definitiva del presente procedimiento se ha de fijar la obligación a todos los *revendedores autorizados* de TESAU a comunicar a los contratantes de sus respectivas ofertas la posibilidad de poner término a dicha relación contractual durante el plazo de dos meses, devolviendo en todo caso la titularidad de las líneas a todas aquellas empresas que así lo reclamen y, por tanto, recordando la obligación de TESAU de aceptar los cambios de titularidad solicitados, sin posibilidad alguna de interrupción del servicio. Con la finalidad de que por parte de los locutorios se conozca el fin de las negativas de suministro por las que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habrían en su caso contratado la oferta, la comunicación de los revendedores a sus clientes aludirá a la presente Resolución con un texto establecido en su Resuelve.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

ACUERDA

Primero.- A partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. facilitará a los locutorios y resto de empresas de telefonía de uso público aquellos servicios que éstas soliciten y que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. incluya en su oferta comercial, en las condiciones establecidas con respecto al resto de sus clientes y, en concreto, a su filial TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U., con arreglo asimismo, en su caso, a las anteriores Resoluciones de esta Comisión en materia de telefonía de uso público y, en particular, la Resolución de 30 de julio de 2002 en el expediente RO 2002/6162.

Segundo.- A partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no impondrá exclusividad alguna a los locutorios y resto de empresas de telefonía de uso público. Del mismo modo, tampoco impondrá exclusividad a los mayoristas o revendedores de servicios telefónicos que contraten sus servicios. Quedan sin efecto las cláusulas de exclusividad suscritas por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. con locutorios y resto de empresas de telefonía de uso público, y mayoristas o revendedores de servicios telefónicos.

Tercero.- A partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. pondrá fin a cualquier tipo de discriminación que pueda existir entre los mayoristas o revendedores y los locutorios y resto de empresas de telefonía de uso público.

Cuarto.- SISTELCOM-TELEMENSAJE, S.A., SOL TELECOM, S.A., CINDETEL BALEARES, S.A., COMERCIAL LEFER, S.A., INSTANT TELEKOM SERVICE S.L., AMIGOPHONE S.L., TELEMÓ COMUNICACIONES S.L., SOCIEDAD DE SERVICIOS Y ASISTENCIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. y TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. procederán en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la presente Resolución a solicitar, en caso de no haberlo hecho, la correspondiente autorización provisional al Ministerio de Ciencia y Tecnología para la prestación de servicios de reventa a través de acceso directo. En el plazo de quince días



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hábiles contados a partir de la notificación de la presente Resolución procederán a comunicar a esta Comisión si han realizado dicha solicitud y si han obtenido ya el referido título.

Quinto.- SISTELCOM-TELEMENSAJE, S.A., CINDETEL BALEARES, S.A., SOL TELECOM, S.A., COMERCIAL LEFER, S.A., INSTANT TELEKOM SERVICE S.L., AMIGOPHONE S.L., TELEMÓ COMUNICACIONES S.L., SOCIEDAD DE SERVICIOS Y ASISTENCIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. y TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. procederán en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la presente Resolución a remitir a todos y cada uno de los locutorios y resto de empresas de telefonía de uso público a las que presten servicio una carta en la que pongan en su conocimiento la posibilidad de que durante el plazo de dos meses rescindan el contrato firmado con devolución de la titularidad de la línea. Dicha comunicación incluirá el siguiente párrafo:

“El día 19 de septiembre de 2002 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha aprobado una Resolución por la que se impone a Telefónica de España, S.A.U. la obligación de prestar acceso a la red telefónica pública a los locutorios y demás empresas de telefonía de uso público, a través de la instalación de líneas, el traslado de domicilio o el cambio de titularidad de las existentes, entre otros servicios, sin que pueda condicionarlos a la contratación de los mismos a través de otras entidades, concretamente SISTELCOM-TELEMENSAJE, S.A., SOL TELECOM, S.A., CINDETEL BALEARES, S.A., COMERCIAL LEFER, S.A., INSTANT TELEKOM SERVICE S.L., AMIGOPHONE S.L., TELEMÓ COMUNICACIONES S.L., SOCIEDAD DE SERVICIOS Y ASISTENCIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. y TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U..

En dicha Resolución (accesible en la página web de la Comisión: www.cmt.es), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó, igualmente, que se debía dar a los locutorios y empresas de telefonía de uso público que hubieran contratado con dichas entidades un plazo de dos meses para que puedan poner fin a su relación con las mismas, recuperando sin coste alguno la titularidad de todas las líneas que a través de dichas entidades hubieran solicitado (suscribiendo, en consecuencia, el oportuno contrato con Telefónica de España, S.A.U. directamente, en cuanto a la línea se refiere, en las condiciones que correspondan de acuerdo con la Resolución de la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de julio de 2002 en el expediente RO 2002/6162, accesible igualmente en www.cmt.es, y con la libertad de contratar con cualesquiera operadores o revendedores que sean de su interés el servicio telefónico cursado sobre las mismas), sin que se le pueda generar interrupción alguna del servicio en caso de optar por ese cambio de titularidad, lo cual mediante la presente se le comunica para que pueda ejercer dicha opción si así lo considera conveniente”.

Telefónica de España, S.A.U. deberá realizar todas las actuaciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento de los derechos reconocidos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a los locutorios y demás empresas de telefonía de uso público de acuerdo con los dos párrafos precedentes.

Sexto. TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. cobrará, por los servicios sujetos a precios regulados que preste a locutorios, empresas de telefonía de uso público, mayoristas y revendedores, los precios vigentes en cada momento.

El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

José Giménez Cervantes

José María Vázquez Quintana