



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 15/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de abril de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN ADOPTANDO MEDIDAS CAUTELARES CON RESPECTO A
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:

- «PRIMUS ha tenido conocimiento de que (...) Telefónica está condicionando la conexión de líneas a la firma de un contrato con Telefónica



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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:

- 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 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.

II. HABILITACION COMPETENCIAL DE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, el artículo 1.Seis de la antes citada Ley 12/97, y en su desarrollo el artículo 31 del Reglamento de la CMT, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante RCMT), habilitan a la CMT para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 12/97 y en el artículo 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante LRJPAC).

Conforme a las previsiones contenidas en el artículo 72 de la citada LRJPAC, *“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo (en este caso la CMT) podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO: CONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR POR PARTE DE ESTA COMISIÓN

La presente resolución tiene por objeto la adopción de una medida cautelar que asegure el efecto útil de la resolución que en su día se dicte en el procedimiento iniciado por esta Comisión con respecto a la “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios” de TTP.

Para poder adoptar la misma, es necesario que concurran en el presente expediente todos los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, a saber:

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

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares (*ver, entre otras, las siguientes Sentencias: STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre; y*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

22/1985, de 15 de febrero), concluyendo que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se tomen sin audiencia de las partes, siempre que:

- Exista una norma jurídica que permita su adopción;
- Se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho;
- Y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.

A) Existencia de una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente procedimiento.

Como se ha indicado anteriormente en el apartado Habilitación Competencial, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.Seis de la Ley 12/97 (y en su desarrollo el artículo 31 del RCMT), en relación con los artículos 1.Dos .1 y 1. Dos. 2, letra f) del mismo texto legal; así como en el artículo 72 de la LRJPAC y artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones.

B) Apariencia de buen derecho.

Previo. LA “OFERTA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS A LOCUTORIOS” DE TTP. La “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios” de TTP (en lo que sigue, la Oferta de TTP), consiste en que TTP «dispone de una plataforma de gestión para cursar tráfico a través de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU), cuyo acceso facilita para el encaminamiento de las líneas del locutorio (en adelante Plataforma)» (Estipulación segunda del Contrato TTP-cliente). De este modo, TTP, que asume la titularidad de las líneas y es por tanto quien las solicita a TESAU, ofrece además sus propios precios por el servicio telefónico que recibe el cliente.

B.1. Desde la perspectiva de la normativa sectorial de telecomunicaciones.

Primero.- CALIFICACIÓN DEL “SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS” QUE PRESTA TTP. La actividad realizada por TTP es denominada por la propia TTP como de *reventa* del servicio telefónico fijo disponible al público.

Así, 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”.

La calificación que realiza TTP en los documentos mencionados es acorde con la realidad de la relación establecida entre TTP y el cliente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, 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 TESAÚ. 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 recordarse que, tal y como estableció esta Comisión en su *Resolución con respecto al acuerdo entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y FADESA INMOBILIARIA, S.A.*, de 7 de febrero de 2002, «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 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 TESAÚ 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»-.

En consecuencia, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- NECESIDAD DE ACTUACIÓN CON RESPECTO A LA ACTIVIDAD DE TTP. Es evidente que para poder realizar una oferta de servicios de telecomunicaciones, TTP habría de 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 (en lo sucesivo, LGTel).

A este respecto, y puesto que la Oferta de TTP se concreta en la provisión del servicio telefónico disponible al público a través de reventa, debería de haber obtenido previamente una autorización provisional, tal y como vienen realizando las diversas entidades interesadas en prestar dicho servicio

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 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, TTP no dispone actualmente de título habilitante alguno en materia de telecomunicaciones que le permita prestar el servicio telefónico fijo disponible al público, ni siquiera a través de reventa, lo cual impone la necesidad de paralizar su actividad en este sentido.

Con el objeto de que las empresas de telefonía de uso público que actualmente reciban el servicio de TTP no queden sin servicio, se pondrá en su conocimiento la actual medida cautelar dándoles un plazo razonable para que puedan proceder a la contratación de los servicios de aquellos operadores del servicio telefónico fijo disponible al público o revendedores debidamente habilitados que mejores condiciones les ofrezcan.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B.2. Desde la perspectiva de la libre competencia.

A las conclusiones expuestas en el apartado anterior con respecto a la “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas” de TTP desde la óptica de la normativa sectorial de telecomunicaciones vigente, es necesario destacar que a través de esta Oferta podría darse la existencia de un abuso de posición de dominio por parte del Grupo Telefónica.

Primero.- MERCADOS RELEVANTES. Los mercados de producto que resultarían afectados con motivo de la Oferta de TTP 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.

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.

Segundo.- POSICIÓN DE DOMINIO DEL GRUPO TELEFÓNICA EN AMBOS MERCADOS. Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) es dominante en el mercado de telefonía fija. En efecto, de acuerdo con el Informe de esta Comisión correspondiente al primer semestre del año 2001, y en lo atinente a su posición de dominio en sentido estático, TESAU mantiene una cuota de mercado del 89,30% por ingresos, del 83,79% por tráfico y del 70,60% por clientes.

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

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. Debe señalarse, además, que 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%-.

Pero, es más, como ya se señalaba 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» que,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

además, refuerza indudablemente la posición de dominio que ostenta en el mercado descendente de telefonía fija aquí considerado.

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.*

Por otra parte, TESAU y TPP están muy bien posicionados respecto de sus competidores en el mercado de Telefonía de Uso Público. Así, son con diferencia los dos agentes con mayor número de terminales en el mercado. 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 efecto, de acuerdo con los datos facilitados por TESAU, la cuota de mercado de ambas es del 71% por número de teléfonos de uso público y del 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.

Por último, y sin perjuicio de que haya quedado comprobada la posición de dominio del Grupo Telefónica en ambos mercados, 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)*¹ 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 es un mercado con una íntima

¹ Asunto C 333/94 p, Tetra Pak Internacional SA/ Comisión; Rec. 1996



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conexión al mercado de telefonía fija, en la medida misma en que sin el segundo no es posible la existencia misma del primero.

Tercero.- ACTUACIÓN COMO GRUPO. En cuanto a la posible imputación de conductas al grupo Telefónica hay que recordar cómo la CMT, en su Resolución *ADSL Minorista*², interpretando reiterada jurisprudencia comunitaria ya ha precisado que *"cuando un grupo de sociedades constituye una "unidad económica", en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de la sociedad matriz, existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones del derecho de la competencia. Téngase en cuenta que cuando una filial lo es al 100% en relación a la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica. ... cuando la participación en la filial no es del 100%, o de la casi totalidad del capital social, no cabe la presunción anterior, siendo necesario verificar la ausencia efectiva de poder decisorio esencial"* (Resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2001, sobre *Tarifa plana de Terra* y Resolución de la CMT de 20 de mayo de 1999, interpretando la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria).

Asimismo el TJCE tiene declarado en la Sentencia de 14 de julio de 1972, *ICI* caso 48/60 que *"la circunstancia de que la filial tenga personalidad jurídica propia no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento sea imputado a la matriz... esto es especialmente así cuando la filial no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado"*.

En cualquier caso, la determinación de si se está actuando en una determinada conducta como grupo habrá de hacerse caso por caso. En este supuesto resulta evidente que la "Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas" de TTP aparece tras las últimas actuaciones de TESAU con respecto al sector de la telefonía de uso público y las entidades que operan en el mismo. Con relación a dichas actuaciones, existen diversos expedientes actualmente en tramitación en esta Comisión con respecto a las mencionadas actuaciones de TESAU:

- Expediente OM 2001/5789, en el que se analizan tanto los posibles abusos de posición de dominio que TESAU habría podido venir realizando durante los últimos años en el mercado de telefonía de uso público –cláusulas de exclusividad y fidelización, precios discriminatorios, falta de transparencia y retiradas de suministro en condiciones abusivas- como el posible incumplimiento por TESAU del régimen de regulación de precios a través de la oferta de descuentos no autorizados a distintas empresas de telefonía de uso público.

² Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de noviembre de 2001, AJ 2001/5172



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- ROL 2002/6162, en el que se analiza el conflicto de acceso derivado de la intención de Telefónica de imponer unilateralmente modificaciones a los contratos suscritos hasta febrero de 2002 con los proveedores de servicios de telefonía de uso público. En él se han adoptado ya tres resoluciones: una medida cautelar de 28 de febrero rechazando por una parte la posibilidad de que TESAU procediera a la rescisión unilateral de los contratos vigentes con las empresas de telefonía de uso público a las que presta servicio y aceptando por otro la posibilidad de que establezca un aval; un complemento a la medida cautelar de 14 de marzo con el objeto de aclarar que las empresas de telefonía de uso público que no cursen tráfico con TESAU sólo han de constituir el aval por las cuotas de abono de las líneas que no se les facturen en prepago, y una desestimación a la propuesta de modificación de la medida cautelar de 28 de febrero, de 11 de abril.
- ROL 2002/6180, conflicto de acceso por la negativa de TESAU a proporcionar líneas a determinados locutorios y empresas de telefonía de uso público.
- ROL 2002/6590, trámite de información previa abierto con el objeto de analizar si existen indicios de posible incumplimiento de la medida cautelar de 28 de febrero por parte de TESAU.
- ROL 2002/6591, trámite de información previa por posible vulneración del principio de no discriminación por parte de TESAU, que podría estar ofreciendo a algunas empresas de telefonía de uso público mejores condiciones que al resto.

La oferta de TTP aquí analizada se constituye en un elemento más que, sumado al resto de incidencias que se analizan en el resto de expedientes mencionados, puede contribuir sin duda a potenciar la posición de dominio del Grupo Telefónica en los mercados de referencia.

En este sentido, y como consecuencia de esta “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones” a los proveedores de servicios de telefonía de uso público, es más que previsible que el Grupo Telefónica fortalezca su posición de dominio tanto en el mercado de telefonía fija como en el de telefonía de uso público.

En cuanto a los efectos de la Oferta de TTP sobre el mercado de telefonía fija son claramente favorables al Grupo Telefónica, en concreto a TESAU, en la medida en que los clientes captados por TTP a través de su Oferta supondrán la captación de todo su tráfico en exclusivo para TESAU. De este modo se sustraen clientes al resto de operadores al suponer la Oferta de TTP la aceptación de que todas las llamadas se cursen a través de TESAU en exclusiva.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De hecho, son varios los operadores del servicio telefónico fijo disponible al público que han mostrado su preocupación con respecto a las recientes conductas de TESAU en el sector de la telefonía de uso público y, en concreto, con relación a esta Oferta de TTP, que se estaría configurando por parte del Grupo Telefónica en la única alternativa para aquellas empresas de telefonía de uso público que quieran nuevas líneas y no consideren suficientemente competitivas las tarifas de TESAU.

En lo atinente al mercado de telefonía de uso público, la Oferta de TTP también dificultará el mantenimiento o el aumento de la competencia en el mismo. En efecto, TTP asume la titularidad de las líneas con lo que a partir de ese momento dependerá de TTP el dar de alta o de baja o el solicitar en su caso cambios de titularidad futuros, en perjuicio de la empresa de telefonía de uso público que pierde así buena parte de la autonomía necesaria para la gestión de su negocio.

Así, por ejemplo, ASTEL alega, resumiendo de algún modo las consideraciones expuestas, que:

«La firma de un contrato con TTP, por el cual pase a ser esta empresa la titular de las líneas de la persona física o jurídica que tenga un locutorio como actividad empresarial, supone directamente la vinculación del locutorio con TTP, puesto que será esta empresa como titular de las líneas la legitimada para la contratación de los servicios que dichas líneas puedan soportar. Es decir TTP será el abonado, y por lo tanto ostentará exclusivamente los derechos que la normativa sectorial otorga al mismo.

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 (con quién es de suponer mantendría el servicio su filial TTP). 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».

Cuarto.- POSIBLES ABUSOS. 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 este sentido, puede adelantarse que la configuración de la Oferta de TTP tal y como la misma es descrita en la “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas a Locutorios” y el “Contrato reventa...” indica la existencia de posibles abusos de posición de dominio.

En primer lugar, la Oferta implica la exclusividad en el tráfico a través de TESAU. Así, en efecto, de acuerdo con el “Contrato reventa...” todas las líneas se contratarán a TESAU y todas las llamadas se cursarán a través de TESAU. De este modo, el Grupo Telefónica se asegura la exclusividad en la prestación del servicio al cliente, constituyendo un abuso de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del TJCE y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC en adelante). Entre otras, pueden verse al respecto las sentencias del TJCE *Hoffman-La Roche & Co AG v Comisión* (Caso 85/76), de 13 de febrero de 1979, o *BPB Industries plc v Comisión* (Caso C-310/93P), de 6 de abril de 1995, así como la Resolución del TDCE en el expediente 413/97 AIRTEL/TELEFÓNICA y la Resolución del Consejo de esta Comisión *sobre los programas de descuentos sobre las tarifas de los servicios interprovinciales de telefonía practicados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (Programa MEGAVIP INTERPROVINCIAL o por cliente y Programa básico interprovincial o por línea)*, de 19 de febrero de 1998.

En segundo lugar, existe una vinculación de servicios, en tanto que la aceptación de la Oferta de TTP para conseguir el alta de nuevas líneas implica no sólo el que las mismas serán solicitadas única y exclusivamente a TESAU, sino también que se ha de aceptar que todo el tráfico se cursará indefectiblemente a través de dicha entidad, lo que podría constituir un abuso de posición de dominio, tal y como se recoge en la *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones* (98/C 265/02) de la Comisión (en adelante, *Comunicación de acuerdos de acceso*) o, entre otras, la sentencia del TJCE en el asunto *Tetra Pak International SA vs Comisión* (C 333/94).

Por otra parte, de las tarifas cobradas por TTP parece desprenderse la existencia de una discriminación de precios abusiva a favor de TTP con respecto al resto de empresas de telefonía de uso público.

En efecto, la tarifa ofertada por TTP para llamadas internacionales es más barata que la de TESAU, llegando a ser un 70% inferior en algunos destinos. Ello puede deberse a que TESAU estaría cobrando unos precios a TTP que, además de no cumplir con la regulación de precios, serían discriminatorios a favor de TTP frente al resto de clientes y, en concreto, el resto de empresas de telefonía de uso público.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La discriminación de precios es una práctica contraria a la libre competencia, tal y como señala la reiterada jurisprudencia 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 normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones* (91/C 233/02) de la Comisión (en lo sucesivo, las *Directrices sobre competencia en telecomunicaciones*) así como la ya citada Comunicación de acuerdos de acceso.

En este caso, TTP disfrutaría de unos precios favorables que le otorgarían una ventaja competitiva frente al resto de agentes que prestan servicios de telefonía fija a través de reventa, con lo que el precio discriminatorio establecido por TESAU tendría unos efectos anticompetitivos claros y constituiría un abuso de su posición de dominio.

Existe, eso sí, la posibilidad de que el precio al que TESAU factura el servicio a TTP fuera acorde con la regulación de precios y no existiera discriminación alguna. En este caso, las tarifas ofertadas por TTP podrían incurrir muy posiblemente en precios predatorios, en la medida en que, recuérdese, están por debajo de las tarifas de su proveedor. En efecto, tal y como ha establecido la doctrina del TJCE, un precio es predatorio cuando está por debajo de los costes y, por tanto, el operador incurre en pérdidas en el corto plazo con el fin de impedir la entrada de competidores o eliminar competidores del mercado y con el objeto último de aumentar su poder de mercado e incrementar los beneficios futuros cuando la competencia esté debilitada. Concretamente, en general, un precio es predatorio, de acuerdo con el TJCE - Sentencia de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86 *Azko vs. Comisión*- si está por debajo de los costes medios variables de la empresa dominante o si está entre los costes medios variables y los costes medios totales y es parte de un plan deliberado para expulsar a los competidores del mercado.

En este supuesto, al estar la tarifa de TTP por debajo de las tarifas de TESAU existen indicios más que relevantes de que se estaría por debajo de los costes medios variables. Si bien no existen datos para determinar los costes medios totales de TTP, tal y como se ha señalado en los párrafos precedentes, la Oferta de TTP constituye un elemento más de las recientes actuaciones de TESAU sobre el mercado de la telefonía de uso público tendente a captar para el Grupo Telefónica todo el tráfico posible de las empresas de telefonía de uso público, con lo que existiría el elemento volutivo necesario para declarar la existencia de una práctica abusiva.

Finalmente, las alegaciones recibidas en los expedientes abiertos por esta Comisión indican que TESAU podría estar negando o dificultando el suministro de nuevas líneas salvo que se contraten a través de, y a nombre de, TTP. Respecto de esta posible negativa de suministro, el Tribunal de Justicia de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comunidades Europeas en el Asunto *Commercial Solvents*³ declaró que "toda empresa que goce de una posición dominante en el mercado de materias primas y que, con el fin de reservarse tales materias primas para la fabricación de sus propios derivados, se niegue a suministrar a un cliente que fabrique tales derivados, y que como consecuencia de ello, pueda eliminar toda competencia del cliente, abusa de su posición dominante en el sentido de lo dispuesto en el artículo 86". Este mismo razonamiento es aplicable a una empresa dominante en el mercado de acceso, que niega este servicio a su cliente, de forma que pueda eliminar la competencia que éste le hace a sus propios servicios o a los de sus filiales.

Quinto.- CON RESPECTO A LA POSIBLE EXISTENCIA DE ABUSOS DE POSICIÓN DE DOMINIO DEL GRUPO TELEFÓNICA. Tal y como se ha expuesto, a través de la Oferta de TTP podrían estarse generando distintos abusos de posición de dominio.

No es este el momento procedimental adecuado para realizar una declaración de la existencia de dichos abusos, que habrán de determinarse en su caso durante la tramitación del expediente de referencia. Sin embargo, existen como se ha señalado indicios más que suficientes de que algunos de los abusos mencionados se están efectivamente produciendo, tales como la exclusividad en cuanto a los servicios de TESAÚ y la vinculación entre la contratación de las líneas y las del servicio telefónico de dicho operador, pues así se recogen literalmente en el "Contrato Reventa..." de TTP.

En consecuencia, las consideraciones realizadas en los párrafos precedentes con respecto a la posible existencia de abusos de posición de dominio del Grupo Telefónica materializados a través de la Oferta de TTP llevan a reforzar aun más, si cabe, la conclusión derivada de la normativa sectorial de telecomunicaciones de proceder a la suspensión de la Oferta de TTP.

C) Necesidad y urgencia de la medida cautelar a adoptar.

La medida cautelar propuesta en el presente procedimiento es necesaria para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, y su adopción debe de ser urgente, pues deberá producirse a la mayor brevedad para asegurar el efecto útil de la resolución que se dicte.

En efecto, la no adopción de las presentes medidas cautelares supondrían un aumento en el número de clientes de TTP a los que posteriormente afectaría la Resolución definitiva. De este modo, la adopción de esta medida cautelar no sólo no supone para TESAÚ ni para TTP un perjuicio de imposible o difícil reparación, sino que, por cuanto se trata meramente de una suspensión de la Oferta de TTP hasta la Resolución definitiva que recaerá en los plazos

³ Asuntos 6/73 y 7/73, *Commercial Solvents*/Comisión, Rec. 1974, p. 223



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinados por el procedimiento de urgencia, les evitará además mayores perjuicios en caso de que la Resolución final del procedimiento declare que efectivamente con motivo de dicha Oferta se ha incurrido en abuso o abusos de la posición del Grupo Telefónica en uno o los dos mercados considerados. Además, la presente medida cautelar no se extiende a los contratos suscritos hasta la fecha por TTP, que surtirán efectos hasta que la resolución definitiva del presente procedimiento se pronuncie sobre su validez.

Pero existen dos motivos principales que determinan tanto la necesidad como la urgencia de adoptar las presentes medidas cautelares. Por una parte, el interés público en que sea respetada la normativa en aspectos tan esenciales como que la actividad de los agentes en el mercado se realice con el título habilitante exigido por la normativa. Por otra parte, el grave perjuicio que se ocasiona a los operadores del servicio telefónico fijo disponible al público, que pierden clientes de elevado consumo como son los de telefonía de uso público en momentos en los que el sector además atraviesa por ciertas dificultades y, especialmente, el perjuicio causado a las empresas de telefonía de uso público, que pierden la titularidad de sus líneas para cedérselas a TTP.

Tal y como señala la Comunicación de acuerdos de acceso, “en el sector de las telecomunicaciones los ciclos de innovación son relativamente cortos y todo retraso sustancial que se produzca en la resolución de cualquier litigio de acceso podría equivaler, en la práctica, a una denegación del mismo, con lo que prejuzgaría la correcta resolución del mismo”.

Ni siquiera el hecho de que la medida cautelar se adopte *inaudita parte* supone un perjuicio para TESAU y TTP. La adopción de una medida cautelar prescindiendo del trámite de audiencia, por otra parte no exigido en los preceptos que permiten la adopción de esta medida, no implica indefensión alguna, por cuanto la medida cautelar supone una verdadera llamada al interesado para que en la tramitación del procedimiento en curso pueda manifestar lo que a su derecho e intereses convenga y, en cualquier caso, siempre está abierta la posibilidad de interponer el correspondiente recurso administrativo o contencioso-administrativo.

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

ACUERDA

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

José Giménez Cervantes

José María Vázquez Quintana