



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 26/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de julio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN SOBRE LAS ACTUACIONES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CON RESPECTO A LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA DE USO PÚBLICO

Expediente OM 2001/5789

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LATINO TELECOM, S.L.. El 29 de noviembre de 2001 se recibió escrito de LATINO TELECOM, S.L. (en adelante, LATINO) en el que señala que:

- «Desarrolla su actividad empresarial en el sector de las telecomunicaciones, en concreto, dentro del sector de **locutorios telefónicos públicos y teléfonos de moneda**».
- «Actualmente explota 55 locutorios telefónicos (...), cuenta con una plantilla de 110 trabajadores y genera un importante tráfico internacional de llamadas telefónicas. Además, mi representada revende servicio telefónico a terceros».

En este sentido, expone LATINO las siguientes conductas de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en lo sucesivo, TESAU), que considera abusivas:

- «Telefónica de España, S.A. ha venido suspendiendo el servicio en unos casos, e interrumpiendo en otros, sin cumplir la normativa vigente para llevar a cabo la suspensión ni la interrupción del servicio telefónico, en la totalidad de las líneas telefónicas cuya titularidad corresponde a LATINO TELECOM, S.L., con el efecto catastrófico que esto ha tenido (...) ya que debido a la posición de dominio en el mercado de la citada operadora, no se han podido contratar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

líneas con otros operadores, ni preasignar las ya existentes por sus prácticas contra esta entidad».

En consecuencia, LATINO solicita a esta Comisión que:

- «Que en defensa de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones se tengan en cuenta las prácticas abusivas de que LATINO TELECOM, S.L. está siendo objeto por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., tomando las medidas pertinentes para corregirlas (...) y **después de verificar que la suspensión e interrupción del servicio telefónico se ha realizado sin cumplir la normativa vigente, por ese Organismo se le obligue a que restablezca el servicio telefónico en las líneas telefónicas de esta entidad**».

Segundo.- SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE ESCOITÓFONO, S.L. El mismo día 29 de noviembre de 2001, se recibió en esta Comisión escrito de ESCOITÓFONO, S.L. (en lo que resta, ESCOITÓFONO), señalando que:

- «La política incomprensible que adoptó Telefónica de España, S.A. con la rotura e incumplimiento de contrato escrito, las medidas de presión a las que nos está sometiendo (chantaje) y el **intentar cobrar facturas irregulares**. Éstas, desde mi punto de vista, son improcedentes (ilegales) y bajo la amenaza de corte de servicio».

Tercero.- SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE ASTURSAT. El 5 de diciembre de 2001 se registra en esta Comisión la entrada de escrito remitido por TELECOMUNICACIONES SERVICIOS AVANZADOS DE TELEFONÍA, S.L. (en lo que sigue, ASTURSAT), en el que señala que:

- «Con fecha 20 de junio de 2000, **nuestros representados ASTURSAT, suscriben con TELEFÓNICA un contrato mediante el cual y en lo que interesa, ASTURSAT podría disfrutar de un montante bruto de 4.280 millones de pesetas por consumos de servicios y equipamiento de Telefónica (Cláusula Sexta del contrato y Primera del anexo I), montante que ASTURSAT tendría que pagar una vez efectuado el 40 % de descuento** mediante los pagos fijos mensuales que se establecen en la cláusula séptima de dicho contrato y teniendo en cuenta que dicho contrato tiene señalada una duración de CINCO AÑOS».
- «Es de señalar, además, que **el citado contrato fue firmando por nuestros clientes ante la insistencia de Telefónica, ya que ASTURSAT no quería firmar una cifra de compra tan grande, pero fue presionada para firmarlo en base a las condiciones establecidas en el mismo y con el ofrecimiento de un mejor descuento**».
- «**Cumplido en sus términos el citado contrato por parte de ASTURSAT y efectuados religiosamente todos los pagos pactados en el citado contrato (...)** se encuentra ASTURSAT con la sorpresa de que **Telefónica (...) ayer procedió a cortar las líneas de ASTURSAT, y que en número de unos 10.600 se encuentran cortadas al día de hoy**, sin que sea necesario expresar el enorme perjuicio que ello está causando a los usuarios y a la empresa que en estos momentos se encuentra en una situación desesperada existiendo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incluso altercado en la propia sede de la misma ante las reclamaciones de los clientes».

En consecuencia, ASTURSAR solicita a esta Comisión que:

- «adopte la medida cautelar de ordenar a Telefónica que restablezca el servicio de las 10.660 líneas que la empresa que representamos explota y que han sido cortadas en el día de ayer».

Cuarto.- ESCRITO DE VIC TELEHOME, S.A. Mediante escrito de 13 de diciembre de 2001, VIC TELEHOME, S.A. (en adelante, VIC) señala que:

- **«Esta parte conoce que las principales empresas de Telefonía de Uso Público (TUP) celebraron durante los últimos años con Telefónica de España, S.A.U., contratos similares a los celebrados con mi representada, en los que invariablemente cada empresa beneficiaria de los mismos recibía amplios descuentos sobre las tarifas oficiales a las que se veía sujeta Telefónica de España, S.A.U. en contraprestación a la realización de acciones promocionales y de publicidad que, hasta el conocimiento de esta parte, en ningún caso se llegaron a materializar».**
- **«Hasta el conocimiento de esta parte, las empresas que celebraron contratos con Telefónica de España, S.A.U. similares a los celebrados con mi representada, fueron las siguientes:**
 1. BLUECOM COMUNICACIONES, S.A. (...) ha asegurado a distintos colaboradores de mi representada que está dispuesta a hacer entrega a esta Comisión de cuantos documentos precise demostrativos de los extremos antes mencionados.
 2. CINDETEL BALEARES, S.A. (...) Si bien esta parte duda que esta compañía estuviera dispuesta a revelar el contrato celebrado con Telefónica de España, S.A.U., dadas las buenas relaciones comerciales que mantiene con el operador dominante, no es menos cierto que los descuentos aplicados por el operador dominante deben forzosamente reflejarse en las facturas y en la contabilidad de esta sociedad.
 3. ADETEL (ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TELECOMUNICACIONES) (...) ha manifestado a distintos colaboradores de mi representada su disponibilidad de hacer entrega a esta Comisión de la documentación oportuna demostrativa de los extremos antes relatados si es requerida para ello.
 4. AMNA TELECOM, S.L. (...) **no presta ya servicio como TUP por haber sido interrumpido el servicio de las mismas por el operador dominante.**
 5. LATINO TELECOM, S.L. (...) **no presta ya servicios por encontrarse en la misma situación que la antes mencionada AMNA TELECOM (...).**
 6. GRUPO COMYTEL (...). Esta sociedad se encuentra en la misma situación que la antes mencionada CINDETEL, es decir, mantiene todavía sus actividades bajo un contrato firmado con Telefónica de España, S.A.U. en el que se aplican descuentos por publicidad (...).
 7. COBRE TELECOMUNICACIONES STR, S.A. (...). Esta sociedad comenzó prestando sus servicios bajo el nombre comercial de STR Telecom (...). Sin



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

embargo, recientemente, le fue interrumpido el servicio por Telefónica de España, S.A.U.

8. LAR COMUNICACIONES, S.L. (...). Actualmente la sociedad se encuentra con el servicio interrumpido por Telefónica de España, S.A.U. y sin actividad conocida.
9. PROXIMA COMMUNICATION (...). Esta sociedad, a la que, tras la interrupción del servicio telefónico practicada por Telefónica de España a mi representada el 4 de abril de 2001, y las posteriores interrupciones practicadas por el operador dominante a los locutorios de la red comercial de mi representada que daba de alta líneas a su propio nombre, se adscribieron la mayor parte de los citados locutorios, **ha sido interrumpida de servicio en sus líneas por Telefónica de España, S.A.U.**».

Quinto.- COMUNICACIONES DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO. Con arreglo al artículo 42.4 de la LJPAC, y mediante escritos de 27 de diciembre de 2001, se comunicó a los interesados que el plazo de resolución del presente procedimiento es de tres meses, contados a partir del día 29 de noviembre de 2001, fecha de entrada de la solicitud de LATINO en el Registro de esta Comisión, tal y como establece el artículo 42.3 de la misma LJPAC.

Asimismo, se comunicó cómo de conformidad con los artículos 73 y 75 de la LJPAC, el escrito de VIC de 19 de diciembre de 2001 quedaba acumulado al presente procedimiento, por existir evidente conexión con las solicitudes que motivan el procedimiento de referencia.

Sexto.- PRIMER REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TESAU. Mediante escrito con salida registrada de esta Comisión el 2 de enero de 2002, se requirió a TESAU para que aportara:

1. Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU prestara servicio a 1 de enero de 2001 (con su dirección, a los efectos derivados de los artículos 34 y 39.2 de la LJPAC), señalando para cada una de ellas el total de líneas en dicha fecha, así como el número de total de minutos y llamadas cursados en 2000.

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

ENTIDAD	Nº de líneas (1/1/01)	Nº Minutos (año 2000)	Nº Llamadas (año 2000)

2. Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU haya suspendido o interrumpido el servicio en 2001, señalando para cada una el momento de inicio y finalización de la suspensión o interrupción, así como el número de líneas afectadas. Igualmente, señale los motivos por los que se procedió a la suspensión o interrupción, indicando.

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

ENTIDAD	Fecha de inicio de la suspensión o	Fecha de finalización de la suspensión o	Nº de líneas	Motivos de la suspensión o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

	interrupción	interrupción	afectadas	interrupción

No obstante, TESAU no cumplió el requerimiento, por lo que mediante escritos de 15 de febrero de 2002 esta Comisión procedió a reiterarlo.

Séptimo.- SEGUNDO REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TESAU.

Mediante escrito con salida registrada de esta Comisión el 2 de enero de 2002, se requirió a TESAU para que aportara:

- Copia de **todos** y cada uno de los contratos, acuerdos, promociones u ofertas de cualquier tipo que TESAU haya aplicado desde el momento en que se comenzó a prestar el servicio a LATINO TELECOM, S.L., AMNA TELECOM, S.L., ESCOITOFONO, S.L., TELECOMUNICACIONES SERVICIOS AVANZADOS DE TELEFONÍA, S.L., VIC TELEHOME, S.A., BLUECOM COMUNICACIONES, S.A., CINDETEL BALEARES, S.A., ADETEL (ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DEL TELECOMUNICACIONES), GRUPO COMYTEL, COBRE TELECOMUNICACIONES STR S.A., LAR COMUNICACIONES, S.L., PROXIMA COMMUNICATION desde la fecha en que se comenzó a prestarles servicio hasta el momento presente, estén o no siendo actualmente aplicados.

TESAU solicitó, mediante escrito con entrada registrada en esta Comisión el 16 de enero de 2002, una ampliación del plazo inicial, solicitud que realizaba igualmente con respecto al requerimiento anterior, que le fue concedida.

No obstante, TESAU no cumplió el requerimiento, por lo que mediante escritos de 18 de febrero de 2002 esta Comisión procedió a reiterarlo.

Octavo.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA DE USO PÚBLICO IDENTIFICADAS.

Mediante escrito con salida registrada de esta Comisión el 2 de enero de 2002, se requirió a las distintas entidades de Telefonía de Uso Pública identificadas en el expediente para que aportaran:

1. Fecha de inicio de actividad en la actividad de Telefonía de Uso Público y, en su caso, fecha de cesación de la misma.
2. Aporte copia de **todos** y cada uno de los contratos, acuerdos, promociones u ofertas de cualquier tipo que TESAU haya aplicado desde el momento en que se comenzó a prestar el servicio a dichas entidades hasta el momento presente, estén o no siendo actualmente aplicados.
3. ¿Existe o ha existido alguna obligación de su entidad, fuera escrita o no, de cursar determinado porcentaje de su tráfico a través de TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU)? Indique en todo caso el porcentaje de su tráfico cursado a través de TESAU por año natural desde el año de inicio de su actividad al año de finalización, ambos incluidos.
4. Aporte relación de todos los abonos que por cualquier concepto haya recibido su entidad de TESAU por años naturales desde el año de inicio de su actividad al año de finalización, ambos incluidos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5. En caso de que TESAU le haya suspendido o interrumpido el servicio en 2001 a su entidad, señale el momento de inicio y finalización de la suspensión o interrupción, así como el número de líneas afectadas. Igualmente, señale los motivos por los que se procedió a la suspensión o interrupción, indicando.

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

Fecha de inicio de la suspensión o interrupción	Fecha de finalización de la suspensión o interrupción	Nº de líneas afectadas	Motivos de la suspensión o interrupción

Noveno.- RESPUESTA DE LAR AL REQUERIMIENTO. El 15 de enero de 2001 se recibió la respuesta de LAR al requerimiento de información a que se refiere el punto anterior de estos antecedentes de hecho.

LAR indica que la fecha de inicio de su actividad fue el 1 de junio de 2001 y que la fecha de finalización de la misma fue el 18 de octubre de 2001 pues **«dicha actividad fue interrumpida abruptamente el 18 de octubre de 2001, sin que exista por parte de TESAU comunicación previa**, como era su obligación de hacerlo, obligación que consta en la Cláusula Tercera en el acápite 3.4 ».

Décimo.- RESPUESTA DE ASTURSAT AL REQUERIMIENTO. El 31 de enero de 2002 se recibió en esta Comisión la respuesta de ASTURSAT al requerimiento de información, aportando los contratos con TESAU de 1 de marzo de 1999 y 20 de junio de 2000 e indicando que:

- «Como figura en los contratos aportados, estaba pactada obligación de exclusividad de las relaciones entre ASTURSAT y TESAU».
- **«TESAU ha suspendido el servicio a ASTURSAT durante el año 2001 en dos ocasiones, tanto para llamadas entrantes como salientes:**
La primera desde el día 13 al 15 de noviembre de 2001, afectando a unas 1.800 líneas.
La segunda, desde el día 3 de diciembre de 2.001 hasta la actualidad en que se mantiene la situación, afectando a 10.600 líneas (todas las que estaban a nombre de ASTURSAT ».
- «Como figura en las copias del *Correo Gallego* que se acompañan al presente escrito, TESAU ha llegado a un acuerdo con los hosteleros que tenían líneas contratadas con ASTURSAT-TELSAT para que puedan dar de alta nuevas líneas por un *«precio muy reducido»* y, además, se desviarán las llamadas entrantes que reciban dichos hosteleros al número de teléfono anterior (...) lo que entendemos supone una irregularidad pues las líneas cuyo servicio ha suspendido TESAU siguen siendo de la titularidad de ASTURSAT-TELSAT y no procede desviar el tráfico de las mismas a otras nuevas de otra titularidad».

Undécimo.- CONTESTACIÓN DE LATINO. El 6 de febrero se recibió la contestación de LATINO, que aporta los acuerdos con TESAU e indica que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- «La entidad Latino Telecom, S.L. ha tenido la obligación de cursar, al menos, el 95% de su tráfico telefónico a través de TELEFÓNICA».
- «TELEFÓNICA ha compensado a Latino Telecom, S.L., como consecuencia de los acuerdos suscritos entre ambas entidades, aquellas cantidades que ha considerado en aplicación de los acuerdos firmados, sin que por parte de Latino Telecom, S.L. se haya podido comprobar la exactitud de los descuentos».
- **«Fecha de inicio de la suspensión del servicio telefónico: 12 de Noviembre de 2.001. Fecha de la finalización del referido servicio: Actualmente, Latino Telecom, S.L. dispone de servicio telefónico, desde el 29 de diciembre de 2.001, por la estimación de las Medidas Cautelares por el Juzgado de Primera Instancia nº 74 de Madrid, que obliga a Telefónica al restablecimiento inmediato de todos los servicios contratados por Latino Telecom, S.L.».**

Duodécimo.- ESCRITO DE INTERTRACE. El 21 de febrero de 2002 se recibe en esta Comisión escrito de INTERTRACE, S.L. (en lo sucesivo INTERTRACE) en el que se expone que:

- «Hasta el mes de enero del año 2.002, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. instalaba las líneas a los miembros de la AOTEP, sin coste alguno».
- «TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. ha venido abonando 13.000 ptas. por terminal de uso público a los diferentes miembros de la citada asociación, hasta el año pasado inclusive».
- «TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. ha abonado un 10% del total bruto facturado a cada empresa de AOTEP».
- «A más abundamiento, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. ha estado ofreciendo y ofrece, condiciones no reguladas de venta de tráfico tanto a la AOTEP como a las empresas que explotan locutorios, ofertas que están muy por debajo del precio de venta que tiene autorizado por el regulador [en consecuencia] **SOLICITA que (...) se tomen las medidas oportunas para evitar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. ofrezca tarifas fuera de la normativa vigente. Así como que se investiguen las relaciones pasadas y presentes entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y las empresas explotadoras de teléfonos públicos en general, en lo relativo a condiciones discriminatorias o ilegales, así como los descuentos no aprobados o encubiertos que se han aplicado y se aplican».**

Decimotercero.- CONSIDERACIONES A TESAU. Mediante escrito de 18 de febrero de 2002 se remitieron una serie de consideraciones a TESAU con el objeto de que pudiera alegar lo que estimara procedente:

«En el expediente de referencia (OM 2001/5789) determinadas entidades han aportado acuerdos correspondientes a la prestación por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) del servicio telefónico fijo disponible al público a empresas dedicadas a la telefonía de uso público, en algunos de los cuales se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establece mención a “la problemática que rodea al sector de la Telefonía Pública, que ha motivado importantes perjuicios económicos a Telefónica de España”.

Con la finalidad de esclarecer los hechos y motivos que subyacen en los contratos por los que se rige la relación de TESAU con las empresas de telefonía de uso público a las que presta servicio, se le presentan a continuación una serie de cuestiones sobre las que TESAU puede presentar alegaciones a esta Comisión:

- Especifique cuál es la problemática que rodea al sector de la Telefonía pública a la que se alude en algunos de los acuerdos por los que se rige la prestación de TESAU del servicio telefónico fijo disponible al público a entidades que prestan servicios de telefonía de uso público.
- Especifique cuáles son los perjuicios económicos que ha motivado a TESAU la problemática que rodea al sector de la Telefonía pública ha supuesto, aportando en caso de existir los datos cuantitativos de que disponga TESAU al respecto.
- En caso de que no considere que haya existido problemática concreta alguna con respecto al sector de la Telefonía pública o bien que ésta no haya en realidad motivado perjuicios económicos a TESAU, indíquese».

El 14 de marzo de 2002 se recibió la contestación de TESAU a las mencionadas consideraciones, exponiendo que:

- «La prestación del servicio de Telefonía de Uso público (en adelante TUP) se orienta a dos tipos de clientes:
 - Los que se dedican a la explotación de terminales de uso público normalmente instalados en establecimientos de titularidad ajena y por los que básicamente se cursa tráfico nacional.
 - Los que se dedican a la telefonía de uso público mediante la explotación de locutorios y por los que se cursa un elevado volumen de tráfico internacional.(...) dicho tráfico lo pagan a Telefónica utilizando algún Plan de Descuento normativamente autorizado y lo cobran a mayor precio. El problema, por tanto, es que generan unos consumos altísimos. Según cálculos internos, los primeros cursan un tráfico por valor de 8.000 ptas. línea y mes y los segundos por valor de 240.000 ptas. línea y mes»

TESAU señala que aportaría “relación de cantidades impagadas por entidades prestadoras del servicio de Telefonía de uso público, cuyo montante asciende a más de Ciento Sesenta y Ocho millones de Euros (168.283.389,23) VEINTOCHO MIL MILLONES DE PESETAS”, pero al escrito aportado a esta Comisión no se acompañaba la mencionada relación.

Decimocuarto.- INCORPORACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL EXPEDIENTE. El 21 de febrero de 2002 se notifica a los interesados la aportación de determinados documentos del expediente ME 2001/2251 a este procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decimoquinto.- TERCER REQUERIMIENTO A TESAU. La falta de contestación de TESAU al requerimiento señalado en el apartado Sexto de estos Antecedentes de Hecho impide a esta Comisión, aparte de un adecuado conocimiento de los hechos acaecidos y su contexto, la identificación de los distintos afectados por las conductas analizadas en el procedimiento, privándose en consecuencia a éstos de sus derechos legítimos de defensa y contradicción. En consecuencia, mediante escrito de 18 de febrero de 2002 se requirió a TESAU en los siguientes términos:

«De acuerdo con el artículo 39.2 de la LJPAC, “los interesados en un procedimiento que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados que no hayan comparecido en él tienen el deber de proporcionárselos a la Administración actuante”. En este sentido, esta Comisión, (...) requiere por la presente TESAU que aporte la siguiente información:

- Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU prestara servicio a 1 de enero de 2001 (con su dirección, a los efectos derivados de los artículos 34 y 39.2 de la LJPAC).
- Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU haya interrumpido el servicio en todas o alguna de sus líneas, por los motivos que sea, a partir del 1 de agosto de 2001».

Decimosexto.- ESCRITO DE TESAU. El 13 de febrero de 2002 se recibe escrito de TESAU supuestamente aportando «los datos referidos a la suspensión del servicio a las empresas prestadoras de servicios de telefonía de uso público, por la falta de pago de los servicios prestados (expediente OM 2001/5789) así como el contrato vigente suscrito para la prestación del servicio telefónico fijo por entidades de telefonía de uso público». En cuanto a las suspensiones, señala TESAU que «en todos los casos la suspensión e interrupción de las líneas telefónicas se produjo por el impago de los consumos telefónicos».

Decimoséptimo.- CONTESTACIÓN DE ESCOITÓFONO AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN DE ESTA COMISIÓN. El 22 de febrero de 2002 se recibió en esta Comisión la contestación de ESCOITÓFONO, a la que adjunta diversos documentos, entre ellos «la documentación recogida el día 13 de febrero del 2.002 en la Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público (A.O.T.E.P.)» señalando a este respecto que:

- «**Telefónica nos aplicará un descuento de un 38% en el total de la factura mensual**».

Igualmente, ESCOITÓFONO denuncia «la política que Telefónica España, S.A. tiene con la empresa que yo represento y con Caramel&Press, S.L., además, con todas las personas allegadas (...)». En concreto, señala las siguientes irregularidades con ESCOITÓFONO:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- «La suspensión desde el mes de Noviembre del Sistema de Gestión Integral de Clientes (S.G.I.C.)».
- «La anulación de todas las tramitaciones realizadas con carácter retroactivo».
- «La visita continuada por operarios de Telefónica a todos los centros donde Escoitófono S.L. tiene una línea, y muy en particular donde posee otra línea telefónica con otro operador. Estas visitas las disculpan alegando “control de calidad”. En siete años de historia de Escoitófono D.L. no han sido visitados por dicho “centro de calidad”. Nos ha sucedido en clientes como: Gasolinera Espíritu Santo, Facultad de Aparejadores de La Coruña, Cabina Exterior del Ayuntamiento de Sada».
- «Escoitófono S.L. no recibió factura de teléfono perteneciente al mes de Octubre, Noviembre y Diciembre con los importes acordados, pero si, el intento de cobro de Telefónica de España, S.A.U. de cuantías muy superiores».
- «Los operadores del 1004 aconsejan a los clientes de Escoitófono que se abstengan de mantener relaciones con esta empresa debido a que es una empresa fraudulenta, morosa y poco seria. En todos los casos el cliente nos pide la baja de nuestro servicio. En este tiempo hemos perdido 95 clientes».

ESCOITÓFONO considera que todas las actividades de TESAU denunciadas vienen motivadas por:

- **«Ante la proximidad de la liberación del Bucle local, la destrucción de todas las empresas del sector de la Telefonía Pública para que no se pueda ir con la competencia,** dado que si cortan las líneas de un establecimiento público a nombre de una empresa, el cliente pedirá en el 90% de las ocasiones a Telefónica de España la instalación de línea más el teléfono».
- **«La presencia de Cabitel en el mercado con la venta de equipos o la instalación en régimen de explotación,** generaría unos grandes beneficios a Telefónica ante el cierre o la ruina de las empresas del sector».

Decimoctavo.- REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN A LOS ASOCIADOS A LA AOTEP. El 6 de marzo de 2002 se remitió el siguiente requerimiento de información a los distintos asociados a la AOTEP:

1. Fecha de inicio de actividad en la actividad de Telefonía de Uso Público y, en su caso, fecha de cesación de la misma.
2. Aporte copia de **todos** y cada uno de los contratos, acuerdos, promociones u ofertas de cualquier tipo que TESAU haya aplicado desde el momento en que se comenzó a prestar el servicio a dichas entidades hasta el momento presente, estén o no siendo actualmente aplicados.
3. ¿Existe o ha existido alguna obligación de su entidad, fuera escrita o no, de cursar determinado porcentaje de su tráfico a través de TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU)? Indique en todo caso el porcentaje de su tráfico cursado a través de TESAU por año natural desde el año de inicio de su actividad al año de finalización, ambos incluidos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4. Aporte relación de todos los abonos que por cualquier concepto haya recibido su entidad de TESAU por años naturales desde el año de inicio de su actividad al año de finalización, ambos incluidos.
5. En caso de que TESAU le haya suspendido o interrumpido el servicio en 2001 a su entidad, señale el momento de inicio y finalización de la suspensión o interrupción, así como el número de líneas afectadas. Igualmente, señale los motivos por los que se procedió a la suspensión o interrupción, indicando. Para la remisión de dicha información puede seguirse una tabla como la siguiente:

Fecha de inicio de la suspensión o interrupción	Fecha de finalización de la suspensión o interrupción	Nº de líneas afectadas	Motivos de la suspensión o interrupción

Decimonoveno.- ESCRITO DE TESAU. El 7 de marzo de 2002 se recibió un escrito de TESAU en el que se citaba el requerimiento de esta Comisión señalado en el apartado Séptimo de estos Antecedentes de Hecho y, al respecto, TESAU aportaba:

- «Contrato-tipo para la realización de actuaciones de marketing y publicidad de productos y servicios de Telefónica de España, aportado ya por mi representada en su escrito de fecha 11-2-2002. (Documento nº UNO), y que es el que hasta ahora estaba vigente».
- «Contrato-tipo de prestación de servicios de telefonía fija (Documento nº DOS), presentado, para su firma, por Telefónica de España a las empresas destinadas a la explotación comercial en régimen de telefonía de uso público, al que se refiere la resolución de esa CMT de fecha 28-2-2002».
- «Contrato-tipo de prestación de servicios de telefonía fija destinados a la explotación comercial en régimen de telefonía de uso público (locutorios) (Documento nº TRES), presentado, para su firma, por Telefónica de España a las empresas destinadas a la explotación comercial en régimen de telefonía de uso público (locutorios), al que se refiere la resolución de esa CMT de fecha 28-2-2002».
- «Los contratos aportados como documentos 2 y 3 pretendían y pretenden regir a partir de 1 de marzo de 2002 las relaciones con los explotadores de líneas para la Telefonía de Uso Público, en sustitución del apartado como documento número 1».

En este sentido, se reiteró, mediante escrito de fecha 14 de marzo, el requerimiento, pues TESAU no había respondido con la información que se le había solicitado. En efecto, tal y como se exponía en dicha reiteración de 14 de marzo de 2002:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

«Tal y como puede comprobarse, TESAU no responde al requerimiento de información que le fue formulado y reiterado. En efecto, TESAU aporta unos contratos-tipo, cuando lo que se le ha requerido es **«copia de todos y cada uno de los contratos, acuerdos...»** a determinadas empresas, no habiéndose recibido copia de ninguno de ellos. De hecho, en el expediente de referencia consta copia de algunos de los mencionados contratos y no coinciden en modo alguno con los “contratos-tipo” aportados por TESAU en su contestación, con lo que es evidente que TESAU no ha aportado copia de todos y cada uno los contratos firmados con las entidades señaladas en el requerimiento».

Al fin, el día **8 de mayo de 2002** se recibió la respuesta de TESAU, adjuntando los contratos firmados el día 1 de mayo de 2002 con algunas empresas indicadas en el requerimiento. No aporta TESAU, sin embargo, los contratos anteriores a dicha fecha, limitándose a aportar aquellos que cumplen con el modelo de contrato impuesto por TESAU a las empresas de telefonía de uso público a partir de junio de 2001.

Vigésimo.- ESCRITO DE TESAU. El 8 de febrero de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de TESAU que hace referencia a los requerimientos señalados en los apartados Séptimo y Decimoquinto de estos antecedentes de hecho. TESAU expone que:

- «A la vista de la identidad de la información contenida en ambos requerimientos, Telefónica de España considera la existencia de un único requerimiento de información».

En este sentido, continua el escrito de TESAU en los siguientes términos:

- «Por medio del presente escrito y de conformidad con el artículo 76.Uno de la LJPAC, Telefónica de España viene a dar cumplimiento, en tiempo y forma, a los requerimientos formulados en el expediente de referencia y sobre la base de las siguientes alegaciones:

Única.- Telefónica de España ha cumplimentado los mencionados requerimientos en tiempo. En efecto, con fecha 11 de febrero de 2002, mi representada remitió a la CMT la información requerida en el seno del expediente RO 2001/5734, toda vez que, como se indicaba en el punto II, se habría producido una acumulación de los expedientes, de conformidad con lo señalado en el apartado quinto de la resolución de 27 de diciembre de 2001 dictada en el expediente OM 2001/5789.

Al escrito remitido por Telefónica de España se adjuntaban los datos referidos a la suspensión del servicio a las empresas prestadoras de servicios de telefonía de uso público.

Asimismo, se indicaba a esa Comisión la dificultad que concurría en la localización de todas las entidades de telefonía de uso público a las que se presta servicio, *ya que muchas de ellas están en segmentos, como el de Gran Público “que carecen de un seguimiento comercial específico (...). No obstante,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

si esa CMT nos hace llegar algún criterio selectivo para su elección, podríamos aportar los datos del grupo escogido”.

A pesar de las dificultades comentadas, tras la realización de un importante esfuerzo, procedemos a adjuntar como Documento nº UNO, los datos relativos al tráfico prestados a las entidades de telefonía de uso público».

Sin embargo, el escrito de TESAU no contestaba en debida forma a los requerimientos de información expuestos en los apartados Séptimo y Decimoquinto de estos antecedentes de hecho, pues tal y como se señaló a TESAU:

TESAU dice aportar relación de las empresas de telefonía de uso público de que tiene conocimiento. Sin embargo, la relación es incompleta pues esta Comisión tiene conocimiento de empresas que han recibido cartas de TESAU para que firmen los contratos-tipo de TESAU para telefonía de uso público, y faltan en dicha relación.

En consecuencia, TESAU está remitiendo sus contratos-tipo para telefonía de uso público a empresas que estima que prestan dicho servicio y, sin embargo, no las ha incluido en la relación aportada a esta Comisión.

Por otra parte, se pide que se diferencien dos relaciones: 1) la de aquellas empresas de telefonía de uso público (como mínimo tendrán que estar todas a las que TESAU ha remitido sus contratos-tipo para telefonía de uso público, como queda dicho), y 2) la de aquellas de la relación anterior a las que haya interrumpido el servicio en todas o alguna de sus líneas, por los motivos que sean, a partir del 1 de agosto de 2001. En consecuencia, TESAU debía aportar las dos relaciones requeridas debidamente diferenciadas.

En tercer lugar, se pide que se aporte la **dirección** de las empresas relacionadas, con el objeto de que por esta Comisión se les pueda notificar la existencia del presente procedimiento para que puedan comparecer en defensa de sus derechos e intereses legítimos y directos, tal y como establecen los artículos 34 y 39.2 de la LJPAC. La falta de contestación de TESAU impide a estas empresas la defensa de sus mencionados derechos e intereses ante esta Comisión. En consecuencia, TESAU debía proceder a incluir la dirección, necesaria para proceder a comunicar a dichas entidades la existencia de este procedimiento.

En cuarto lugar, se establece que se relacionarán las líneas de cada una de las empresas de telefonía de uso público a 1 de enero de 2001, así como el total de minutos y llamadas cursados durante 2000 por cada una de ellas. Sin embargo, en la respuesta de TESAU se incluye una relación de las “numeraciones a 1 de enero” y otra relación de las “numeraciones a 1 de febrero”, sin que resulte claro a qué año se refieren —en este sentido, para B33562018 de un mes a otro se habría pasado de 85 a 10.987, por ejemplo. Igualmente, TESAU aporta sólo los minutos en enero (nuevamente no especifica el año), faltando las llamadas y los totales para 2000. En consecuencia, TESAU contestará al requerimiento aportando la información en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mismo solicitada y, por tanto, las líneas a 1 de enero de 2001 con los consumos de minutos y el número de llamadas totales correspondientes a 2000.

En quinto lugar, se exigía relación de todas las entidades de telefonía de uso público a las que se hubiera procedido a interrumpir o suspender el servicio desde 1 de agosto de 2001 hasta el momento de la contestación de TESAU, incluyendo el número de líneas afectadas, la fecha de inicio de la suspensión e interrupción y la finalización de la suspensión e interrupción, junto al motivo de la misma. En este sentido, TESAU aporta una relación en la que se alude a “fecha propuesta de suspensión”, no contestando por tanto a lo requerido, esto es, la fecha efectiva de la suspensión, la fecha de finalización de la misma, el número de líneas afectadas y los motivos, e igualmente con respecto a las interrupciones del servicio.

En consecuencia, esta Comisión procedió a reiterar los requerimientos de información mencionados mediante escrito de 15 de marzo de 2002.

Vigesimoprimer.- ESCRITO DE ESCOITÓFONO. El 11 de marzo de 2002 se recibió escrito de ESCOITÓFONO en el que expone:

- «Se nos obliga [en virtud de los acuerdos TESAU-AOTEP] a cursar el 100% del tráfico a través de Telefónica de España, aunque en el contrato apareciese el 95% y bajo pena de no pagarnos los descuentos realizados por publicidad».
- «En la reunión extraordinaria que se celebró en Madrid con Telefónica España, a través de la Asociación (AOTEP) se nos ofreció un nuevo contrato. En uno de los puntos de este contrato se ofrecía el 38% de descuento y se descontaba directamente antes de hacer el ingreso a Telefónica».

Vigesimosegundo.- ESCRITO DE TESAU. El 14 de marzo de 2002 se recibió escrito de TESAU en respuesta a las consideraciones que se le habían remitido, señalando la problemática que considera actualmente planteada en torno a los servicios de telefonía de uso público (TUP, en adelante) y, en especial, la supuesta existencia de impagos y un marco contractual adecuado para la prestación del servicio telefónico a las empresas de TUP.

Vigesimotercero.- ESCRITOS DE ESCOITÓFONO. Posteriormente se recibieron las “Notas Informativas” 04/02, 05/02 y 06/02 de la AOTEP a sus asociados.

Igualmente, se recibió un escrito remitido por ESCOITÓFONO en el marco del expediente RO 2002/6162 en el que exponía:

- «Quiero comunicar en la bochornosa situación que me encontré en la Asamblea General de A.O.T.E.P., del día 21 de marzo del presente año (...) **Telefónica se preocupó mucho de enviar a 4 personas (...) éstos decían por los pasillos que la culpa de todo la tiene Escoitófono S.L. (...) que soy el culpable de la subida de avales y que ellos son los que mandan en la CMT. [Que] como se puede comprobar, el que no firme con Telefónica que se amarre los machos [dijeron] dirigiéndose hacia mí personalmente. Que**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

me olvidara de las líneas porque no tienen ninguna obligación, y si el foro donde yo reclamo es la CMT, si no lo han conseguido las otras operadoras (Uni2, Retevisión...), como se me puede ocurrir a mí».

Finalmente, el 15 de abril de 2002 se recibió escrito de ESCOITÓFNO alegando que:

- «Insisto en comunicarles los grandes perjuicios que Telefónica de España, S.A.U. está ocasionando a las empresas que represento».
- **«Desde que ESCOITÓFNO S.L. colabora con la C.M.T., Telefónica realiza una campaña en contra, hasta el corte de todas sus líneas. Poniendo todo en conocimiento de ustedes, no sólo no fuimos apoyados o escuchados, pero sí se precipitaron las actuaciones de Telefónica, cuando se enteraron por Ustedes de donde les llegaba la información. Como consecuencia del corte de todas las líneas (665) y al ver que las actuaciones de ESCOITÓFONO, S.L. no cesaban, dando información a ustedes, arremetieron contra Caramel&Press, paralizándole todas las solicitudes, y con esa política llegará a cortar las líneas».**

Vigesimocuarto.- ESCRITO DE PUBLITEL. El 25 de marzo de 2002 se recibió escrito de PUBLITEL TELEFONÍA DE CÓRDOBA, S.L. (en lo que sigue, PUBLITEL) exponiendo, entre otras consideraciones, que:

- «En una reunión del día 12 de octubre del 2001 (...) de la asociación de Teleoperadores AOTEP, se comunicó a los asociados por parte del Señor Arturo Rodríguez (...) que TELEFÓNICA “aunque sonara a chulería, pero va con chulería, TELEFÓNICA iba a trabajar de aquí en adelante con quien ellos quisieran” (...). Automáticamente hablamos con nuestro asesor comercial (...) y nos dijo (...) **que nos hiciéramos grandes, que los pequeños iban a caer**».

Vigesimoquinto.- CONTESTACIÓN DE PLASTIC CARDS. El día 25 de abril se recibe la respuesta de PLASTIC CARDS al requerimiento de información, aportando diversos documentos y exponiendo que:

- «La aplicación indiscriminada y masiva de la medida a cualquier empresa que figurara en las bases de datos de TESAU afecta a esta actividad ha provocado situaciones, que también conocemos, como la suspensión del servicio a empresas que hace años han dejado esta actividad o como es nuestra situación en la que han provocado la incomunicación del servicio a empresas que hace años han dejado esta actividad o como es nuestra situación en la que han provocado la incomunicación de la empresas dedicadas aparta de la actividad que nos ocupa a otras actividades empresariales (...) que no tienen nada que ver con la anterior y en modo alguno pueden verse afectadas por la medida cautelar».
- «Es absolutamente incomprensible para nosotros que la CMT dicte una medida cautelar para proteger los intereses comerciales de TESAU cuando estos ya están amparados por Ley y sin embargo ese organismo no actúe con la misma premura cuando se le demuestra que TESAU ha hecho una interpretación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

torticera de su acuerdo y además lo ha completado con una medida fuera de toda legalidad (suspensión de llamadas entrantes) para aprovechar la ocasión y provocar serios problemas a las empresas que cursan su tráfico con otras operadoras».

- «Para terminar, les diremos que esta empresa ha sido la fundadora de AOTEP y ha estado vinculada a su Junta Directiva hasta el año 2.000 siendo expulsada, tras un proceso inquisitorial y absolutamente ilegal, por el simple hecho de plantear que había llegado el momento de dejar la exclusividad con TESAU y sus subvenciones (...) hemos colaborado con ese organismo [la CMT] en cuantas ocasiones hemos sido requeridos, porque creíamos que contribuíamos a un mejor funcionamiento del sistema, siendo esta colaboración utilizada como agravante en los supuestos cargos que requerían nuestra expulsión de AOTEP».

Vigesimoséptimo.- CONTESTACIÓN DE TESAU AL REQUERIMIENTO. El día 9 de mayo de 2002 se recibió finalmente la respuesta de TESAU al requerimiento de información de esta Comisión de 28 de diciembre de 2002. La respuesta de TESAU, una vez más, es incompleta.

Tal y como reconoce la propia TESAU:

El listado remitido a la CMT, y que actualizamos mediante el presente escrito, incluye a las entidades más significativas que prestan el servicio de Telefonía de Uso Público.

Vigesimoctavo.- TRÁMITE DE AUDIENCIA. Mediante escritos de 23 de mayo de 2002, esta Comisión procedió a comunicar a los interesados en el procedimiento el inicio del trámite de información previa, con arreglo al artículo 84 de la LJPAC, adjuntando a dicha comunicación un Informe de los Servicios de esta Comisión con el objeto de que a la vista del mismo pudieran presentar las alegaciones y documentos que tuvieran por convenientes.

Posteriormente se fueron recibiendo respuestas de distintos operadores al trámite de audiencia, entre las que pueden destacarse las siguientes:

Vigesimonoveno.- CONTESTACIÓN DE PLASTIC CARDS. El 11 de junio de 2002 se recibió en esta Comisión la contestación de PLASTIC CARDS al Informe remitido en trámite de audiencia, señalando que:

- «En el informe elaborado por la dirección de ofertas de mercado se demuestran, profusamente documentadas, las siguientes conductas irregulares de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU):
 - Incumplimiento del régimen de regulación de precios vigente para su servicio telefónico.
 - Incumplimiento de la resolución de la CMT sobre control de precios aplicados por TESAU a los operadores VIC TELEHOME, S.A. de 24 de enero de 2002.
 - Incumplimiento por TESAU de los requerimientos de la CMT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Abusos de la posición de dominio de TESAU por exclusividad, fidelización, discriminación y falta de transparencia y negativas y retiradas de suministro».

Trigésimo.- CONTESTACIÓN DEL GRUPO COMYTEL. El 12 de junio de 2002 se recibió el escrito del GRUPO COMYTEL en contestación al trámite de audiencia, en el que se expone que:

- «Acusamos recibo del informe “Sobre las actuaciones de Telefónica de España, SAU con respecto a las empresas de telefonía de uso público desde 1997 hasta marzo de 2002” y nos acogemos al “trámite de audiencia” para expresar lo siguiente:
 - Entendemos que lo escrito en dicho informe recoge, de manera clara, la situación del mercado de telefonía de uso público, en el que nuestras empresas se han estado moviendo en los últimos años.
 - Según las comunicaciones que obran ya en poder de la CMT sufrimos un acoso, inicialmente furibundo, por parte de TESAU cuyos hitos más destacados han sido:
 - a) Supresión de todas las llamadas entrantes (supresión que finalizó hace pocos días)
 - b) Imposibilidad de realizar llamadas a los teléfonos 900
 - c) Continuas averías en los teléfonos, retenciones, retrasos a la hora de repararlos, e incluso la no reparación (...)
 - d) Supresión del servicio de petición informática de altas SGIC (...)
 - e) Paralización casi generalizada de la concesión de altas
 - f) Informaciones tendenciosas, dilatorias o conscientemente difusas dadas a nuestros clientes desde teléfonos de información de TESAU sobre las razones de las incidencias, la solvencia y el futuro de nuestras empresas
 - g) Actuaciones del equipo comercial de Telefónica Telecomunicaciones Públicas ante nuestros clientes.
 - h)
(...) Y por último conviene señalar que a pesar de haber llegado a acuerdos con Ayuntamientos autorizándonos a instalar cabinas en dominio público, TESAU no admite como suficientes dichos acuerdos y **se niega a darnos líneas en dicho espacio aún cuando nos ofrecemos a pagar los costes de llevar la conexión hasta ellas.**

Trigesimoprimer.- CONTESTACIÓN DE VIC TELEHOME. El 13 de junio de 2002 se registró la entrada en esta Comisión de escrito de VIC TELEHOME.

Trigesimosegundo.- CONTESTACIÓN DE PUBLITEL El 14 de junio se recibió la contestación de PUBLITEL.

Trigesimotercero.- CONTESTACIÓN DE INTERTRACE. El 14 de junio de 2002, INTERTRACE contesta que:

- «En el informe elaborado por la dirección de ofertas de mercado se demuestran, profusamente documentadas, las siguientes conductas irregulares de Telefónica de España, S.A.U.: (...). Creemos que la CMT debe ordenar el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cese inmediato de todas las conductas contrarias a la libre competencia y al régimen de regulación de precios».

- «Nos llama poderosamente la atención que aún cuando la CMT dicta una resolución el 24 de Enero de 2002 prohibiendo específicamente una serie de conductas, TESAU pocos días más tarde no sólo no desiste de su actitud sino que además emprende una operación con el fin de eliminar a las empresas que no operamos con ella».
- «Queremos poner de manifiesto que las actuaciones de TESAU no son fruto de la casualidad sino de un cambio de política perfectamente desarrollado y coordinado (...) orientado a recuperar el tráfico de las empresas que hemos dejado de operar con TESAU o en caso contrario eliminarlas esperando que la coacción de interrumpir el servicio fuera lo suficientemente fuerte para que las empresas nos doblegáramos y silenciáramos sus acciones».

Trigesimocuarto.- CONTESTACIÓN DE CALL HOMESSHOPS, S.L. El día 17 de junio se recibió en esta Comisión la contestación de CALL HOMES SHOPS, S.L., en la cual se pone de manifiesto que:

- «Desde el 12 de Abril de 2002, todas nuestras líneas, tanto las de uso público como las de uso particular de la empresa, se encuentran sin poder recibir llamadas de todo tipo, incluidas las que no suponen un coste facturable por Telefónica de España, S.A.U.».

En este sentido, llega esta entidad a solicitar que por esta Comisión se imponga a TESAU:

- «Reactivar el servicio de recepción de llamadas que no sean de cobro revertido».
- «Indicarnos por escrito, dada la imposibilidad de conseguir verbalmente dicha información, las cantidades concretas que debemos prepagar para volver a obtener los servicios mencionados en la Resolución de 8 de mayo de 2002 (...) dado la indefinición y falta de concreción obtenida hasta ahora por parte de la vía de los comerciales habituales con que tratamos».
- «Como ya hiciéramos en nuestro escrito de 22 de abril de 2002 (...) que dicha Comisión se pronuncie con carácter de urgencia sobre la eventualidad de un corte de líneas definitivo en el mes de Septiembre por parte de Telefónica de España, S.A.U.».

Trigesimoquinto.- CONTESTACIÓN DE TESAU. El día 18 de junio se registró entrada en esta Comisión de la contestación de TESAU, que manifiesta su disconformidad al respecto. En este sentido, sus principales alegaciones, así como la ampliación de las mismas recibida en esta Comisión el día 19 de junio, se contestan explícitamente en los Fundamentos de Derecho de este escrito.

Trigesimosexto.- CONTESTACIÓN DE ASTURSAT. El 18 de junio se recibió la contestación de ASTURSAT, manifestando que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- «A la vista de los hechos acreditados en el expediente, interesamos:
 - Se continúe con la tramitación reglamentaria del presente expediente y se impongan a Telefónica de España las sanciones que correspondan (...).
 - Se pongan en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos los hechos relativos a la cesión de datos e información facilitada por Telefónica a la AOTEP.
 - Se ponga en conocimiento del MINISTERIO DE FOMENTO los hechos que han dado lugar al presente expediente por si tuviera alguna competencia sobre las cuestiones planteadas, y concretamente sobre lo relativo a la suspensión e interrupción del servicio telefónico al objeto de que adopten las medidas oportunas.
 - Se ponga en conocimiento de la COMISIÓN EUROPEA los hechos que han dado lugar a este expediente, con el fin de que, dentro de sus competencias, adopte las medidas oportunas contra Telefónica de España, S.A.».

Trigesimoseptimo.- REMISIÓN DE DOCUMENTACIÓN A TESAU. Ante las alegaciones de TESAU en su contestación en trámite de audiencia de que no había podido consultar determinados documentos de contenido confidencial y ello le podría generar indefensión, y pese a que TESAU dispuso del habitual plazo de 10 días en trámite de audiencia, más los cuatro que esta Comisión le amplió al efecto, para alegar en su caso la falta de algún documento que considerara necesario, sin haber hecho tal, ni siquiera por ejemplo en el escrito que presentó con fecha 6 de junio de 2002 solicitando una la ampliación del plazo inicialmente concedido para cumplimentar el trámite de audiencia esta Comisión procedió mediante escrito de 1 de julio de 2002 a remitir a TESAU fotocopia del índice del expediente así como de los siguientes documentos:

- 1, 2, 3, 4, 36, 38, 40, 47, 51, 150, 151, 160 y 161.

En este sentido, se señalaba a TESAU que, a la vista de la documentación recibida, y por un plazo único e improrrogable de cinco días, podía:

1. En su caso, solicitar a esta Comisión la remisión de copia de algún documento más 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.

El día 4 de julio, TESAU tomó vista de todo el expediente completo, recibiendo en el mismo acto copia de todos aquellos documentos que solicitó, recibéndose finalmente el día 9 de julio de 200, escrito de alegaciones de TESAU al respecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

De acuerdo con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones (Ley 12/1997, en adelante), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá 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”*.

En este sentido, entre las funciones que la Ley 12/1997 otorga a esta Comisión está, en el artículo 1.Dos.2.c), la de *“velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas”*.

El artículo 1.Dos.2.f) de la mencionada Ley 12/1997 dispone que corresponde a esta Comisión *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, al 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, modificada por el Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, y por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (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.

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.

La CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC. Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la mencionada Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y en el artículo 2 del citado Reglamento de la Comisión de las Telecomunicaciones, el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

III.1. Con Respecto a las alegaciones de TESAU en trámite de audiencia.

Previo.- TESAU expone que la estructura de su escrito «viene determinada por una serie de consideraciones generales y otras particulares. En las primeras se analizarán un conjunto de defectos y vicios imputables a la C.M.T. y en las segundas demostraremos la correcta actuación de TESAU en la tramitación del expediente administrativo estudiando de forma particularizada todas y cada una de las imputaciones vertidas sobre el comportamiento de esta parte».

Con respecto a ello, se contestan en este apartado previo las *consideraciones generales* de TESAU con relación a la tramitación del procedimiento administrativo (alegaciones Primera a Tercera del escrito de TESAU).

Las *alegaciones particulares* de TESAU (alegaciones Cuarta y siguientes), esto es, las relativas a las distintas conductas que se analizaban en el Informe remitido junto a la comunicación de inicio de trámite de audiencia en el procedimiento se contestan en los apartado correspondiente a cada una de las referidas conductas.

Sin embargo, algunas de las *alegaciones particulares* inciden de continuo con relación a la declaración de confidencialidad de determinados documentos en el expediente, procediendo su respuesta en este apartado previo. Así, en su alegación Duodécima expone TESAU que «esta Comisión imputa a mi representada una hipotética conducta anticompetitiva, consistente en la aplicación de descuentos y condiciones fidelizadores, basándose en unos escritos presentados por ASTURSAT (de 05.12.01 y de 20.06.00) que han sido declarados confidenciales por esta Comisión. En este sentido, consideramos necesario recordar a esta Comisión que la imputación de conductas ilícitas tomando como prueba de cargo documentos confidenciales provoca la indefensión de la parte imputada, vulnerando, de forma flagrante, su derecho a la legítima defensa. Por lo tanto, sin perjuicio de la alegación que a continuación desarrollaremos, entendemos que la imputación a TESAU de una práctica fidelizadora carece de cualquier tipo de apoyo documental, provocando así la nulidad procedimental de cualquier posible imputación (...). Asimismo, a lo largo del Informe para el trámite de audiencia de esta Comisión, existen otras referencias a supuestos descuentos aplicados por mi representada que se apoyan en escritos confidenciales y que, por lo tanto, no deberían servir como prueba en el presente expediente. Es el caso del escrito de LATINO, de 5 de febrero de 2002, de VIC TELEHOME, de 24 de diciembre de 2001, de ESCOITÓFONO de 22 de febrero de 2002 y de 11 de marzo de 2002».

En su alegación Decimotercera repite similares consideraciones a las mencionadas en el párrafo precedente. Del mismo modo, en su alegación Décimoprimera llega a decir TESAU que «en relación a unos textos que se han



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incorporado en el expediente como confidenciales y que recogería los términos de un contrato con LATINO de 31 de mayo de 1999, con ASTURSAT de 1 de marzo de 1999; así como en relación a un supuesto modelo Acuerdo asociados AOTEP de fecha 10 de diciembre de 1997 presentado por ESCOITÓFONO, es evidente que se carece de la posibilidad de analizarlos en su conjunto- fundamental para descargo de mi representada ante las imputaciones de estos operadores-; por lo que se conculca el principio de contradicción que debe regir toda la instrucción del presente expediente».

De modo similar, TESAU manifiesta con respecto al contrato de este operador con LAR que se cita en el mencionado Informe de esta Comisión que «nos reservamos cuestionar su validez puesto que no ha sido analizado por nosotros al haber sido declarado como confidencial», todo sin perjuicio de alegar que «en aras de la máxima colaboración procedimental en este expediente mi representada no tiene reparo en asumir que el texto contractual que esta C.M.T. transcribe textualmente se adecua con el contrato que mi representada presentó el pasado 6 de mayo».

Sobre las anteriores consideraciones debe, en primer lugar, señalarse que la declaración de confidencialidad de los mencionados documentos se realizó con la finalidad de **preservar el contenido de los mismos a los competidores de TESAU, en la medida en que se trata de contratos y documentos elaborados por TESAU en sus relaciones con sus clientes, no habiéndose negado a TESAU en ningún momento el acceso a los mismos, que de hecho ha realizado TESAU durante la tramitación del expediente.**

En segundo lugar, y **con respecto a la veracidad de su contenido, debe recordarse que esta Comisión ha solicitado reiteradamente a TESAU la remisión de copia de los mencionados contratos, entre otros, precisamente con el objeto de comprobar su contenido, sin que TESAU haya facilitado hasta la fecha los documentos aportados.**

En tercer lugar, debe en todo caso tenerse en cuenta que **esta Comisión cita textualmente en su Informe las cláusulas concretas de los documentos referidos que tiene en cuenta en su análisis, por lo que perfectamente TESAU ha podido contrastarlas con los documentos a que corresponden y que obran en su poder, y realizar las alegaciones que procedan al respecto, incluso en su caso, su falta de adaptación al contenido de los mismos, por lo que en todo caso se ha respetado su derecho de defensa en cuanto a los apartados de dichos documentos que se han tenido en cuenta y que son los únicos que interesan a los efectos del presente procedimiento.**

Finalmente, señalarse que **TESAU dispuso del habitual plazo de 10 días en trámite de audiencia, más los cuatro que esta Comisión le amplió al efecto, para alegar en su caso la falta de algún documento que considerara necesario, sin haber hecho tal, ni siquiera por ejemplo en el escrito que presentó con fecha 6 de junio de 2002 solicitando una la ampliación del plazo inicialmente concedido para cumplimentar el trámite de audiencia.**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En todo caso, y ante las alegaciones de TESAU con respecto a los documentos declarados confidenciales, mediante escrito de 1 de julio de 2002 esta Comisión remitió a TESAU fotocopia del índice del expediente así como de los siguientes documentos completos:

- 1, 2, 3, 4, 36, 38, 40, 47, 51, 150, 151, 160 y 161.

A la vista de la documentación recibida, y por un plazo único e improrrogable de cinco días, se señalaba a TESAU que podía:

4. En su caso, solicitar a esta Comisión la remisión de copia de algún documento más cuyo contenido desee comprobar.
5. Contrastar su contenido con los documentos correspondientes que obren en su poder.
6. 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.

Tras personarse en esta Comisión y tomar vista completa del expediente, obteniendo además fotocopia completa de todos aquellos documentos que desearon, el 9 de julio se recibió escrito de alegaciones de TESAU con respecto a los mismos.

En su escrito menciona TESAU que no entendería el motivo por el que se habrían dado cinco días tan sólo para tomar vista de todos los documentos confidenciales para terceros que considerara cuando para la audiencia se habían concedido catorce días. En este sentido, debe recordarse que en el Informe remitido por esta Comisión con anterioridad a la audiencia se indicaban aquellos documentos en los que se fundamentaba el Informe que, además, citaba textualmente los concretos apartados tenidos en cuenta de dichos documentos. De este modo, TESAU dispuso, precisamente, de catorce días hábiles para, si de veras lo consideraba necesario, haber solicitado a esta Comisión el acceso a los mencionados documentos. Sólo una vez transcurridos los diez días inicialmente concedidos para cumplimentar el trámite de audiencia más los cuatro añadidos a instancias precisamente de TESAU procedió TESAU no a solicitar el acceso a los documentos, sino meramente a alegar su posible indefensión por la falta de acceso. Esta Comisión remitió inmediatamente a TESAU copia de los documentos que se citaban, que, como se ha expuesto repetidamente, en ningún caso se negaron y si no se habían enviado antes a TESAU fue por la inexistencia de petición alguna de TESAU al respecto, poniendo además el expediente a la completa disposición de TESAU. El plazo de cinco días hábiles para proceder a contrastar la veracidad de los documentos es más que suficiente, habida cuenta el tiempo de que además TESAU había dispuesto anteriormente para solicitar el acceso a dichos documentos y la improcedencia de demorar en exceso la resolución definitiva del presente procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, TESAU procede a impugnar en su escrito con respecto a los documentos declarados confidenciales algunos de ellos. En concreto, impugna los documentos número 61, 152, 161 y 163, por cuanto serían “meras manifestaciones de parte no aprobadas por TESAU”, motivo por el que se impugna igualmente el documento “Abonos Telefónica de España, S.A.U.” que, bajo el logo de VIC TELEHOME se adjunta al Acuerdo suscrito entre dicha entidad y TESAU el 2 de enero de 1999 y el escrito de VIC TELEHOME de diciembre de 2001 que TESAU confunde con un documento presentado en su día por INTERTRACE. Del mismo modo, impugna TESAU un Anexo I denominado “*Tabla de obtención de puntos*” remitido por ESCOITÓFONO, las “Condiciones particulares acuerdo LATINO TELECOM S.L. TELEFÓNICA”, así como el documento denominado “Telefónica (Acuerdo 1999) EN VIGOR DESDE NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1999 que se adjunta al Acuerdo suscrito entre las partes con fecha 2 de enero de 1999, todos ellos porque no estarían firmados ni visados por TESAU.

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 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, TESAU impugna una serie de documentos, como se ha señalado, sobre los cuales procede destacar algunas consideraciones, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo inmediatamente precedente.

Así, algunos documentos resultan impugnados por ser “manifestaciones de parte no aprobadas por TESAU”. A este respecto ha de recordarse que todos los interesados en el procedimiento tienen derecho a la presentación de alegaciones y documentos, conforme disponen los artículos 35 y 79 de la LJPAC sin que, en consecuencia, los documentos y alegaciones presentadas en ejercicio de tal derecho puedan ser impugnados precisamente por el hecho



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de que provengan de los mismos y, por supuesto, menos aún, por la falta de una previa “aprobación” por TESAU. En todo caso, como se ha expuesto, esta Comisión tendrá en cuenta tales documentos y alegaciones con arreglo a las reglas de la sana crítica.

Por otra parte, y en cuanto a los documentos impugnados por carecer de la firma y visado de TESAU, debe tenerse en cuenta que esta Comisión no los utiliza como fundamento ni en la redacción del Informe que remitió a los interesados en trámite de audiencia ni en la presente Resolución, por lo que, sin perjuicio de recordar que su presentación no puede rechazarse en virtud de lo dispuesto en los artículos 35, 79 y 84 de la LJPAC y que, en todo caso, han de ser objeto de valoración conforme a las reglas de la sana crítica, carecería de efectos prácticos la impugnación pretendida por TESAU.

Volviendo, finalmente, a las anteriormente mencionadas *consideraciones generales* de TESAU, básicamente pueden resumirse en la pretensión de dicho operador de que tanto la tramitación del presente procedimiento como la potestad de recabar información ejercida por esta Comisión en el marco del mismo estarían viciados por no haberse limitado a investigar los hechos inicialmente denunciados en los escritos que motivaron la apertura del presente procedimiento.

Así, TESAU comienza su escrito alegando que este “expediente informativo”¹ se inició con punto de partida en «una serie de denuncias, infundadas, por parte de alguna empresa del sector, como consecuencia del corte de suministro de TESAU», en tanto que la “propuesta de resolución”² concluye con las siguientes imputaciones «1) incumplimiento por TESAU del régimen de regulación de precios vigente para su servicio telefónico fijo; 2) incumplimiento por TESAU del régimen de regulación de precios en sus relaciones con la AOTEP y los asociados de ésta; 3) incumplimiento por TESAU del régimen de regulación de precios con respecto a otras entidades de Telefonía de uso público; 4) incumplimiento por TESAU de la resolución sobre control de precios aplicados por TESAU a la operadora Vic Telehome, S.A.; 5) incumplimiento reiterado por TESAU de requerimientos de información de la C.M.T.; 6) Abuso de posición de dominio (exclusividad, fidelización, discriminación, falta de

¹ Con respecto a su calificación del presente procedimiento como de “expediente informativo” cumple recordar que no estamos ante un trámite de información previa, sino ante un procedimiento administrativo iniciado desde el momento en que efectuó su entrada, el día 29 de noviembre de 2001, la solicitud de LATINO en el Registro de esta Comisión, **tal y como debidamente se notificó a TESAU mediante escrito de 27 de diciembre de 2001.**

² Debe señalarse la confusión en que incurre TESAU en sus alegaciones, al calificar de “propuesta de resolución” el *Informe* que se remitió a las partes con el objeto de que pudieran tenerlo en cuenta en el trámite de audiencia cuyo inicio se les comunicó al efecto, todo ello con arreglo al artículo 84 de la LJPAC, y tanto su título como el momento procesal en el que se facilita a las partes impiden cualquier duda. Así, dicho *Informe* se remitió a las partes de forma previa al inicio del trámite de audiencia y, precisamente, tal y como posteriormente se expondrá, con el objeto de facilitar a las mismas en todo lo posible el ejercicio de sus derechos de igualdad, contradicción y defensa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

transparencia...) y 7) posible incumplimiento de TESAU de la normativa sobre protección de datos de carácter personal».

A partir de ello, TESAU considera que «la C.M.T. se ha extralimitado en su potestad de recabar información y ha vulnerado durante la tramitación del expediente principios básicos informadores del procedimiento administrativo tales como el principio de igualdad, contradicción, defensa, congruencia y proporcionalidad, incurriendo en patente desviación de poder».

En definitiva, TESAU considera que existiría una diferencia entre los hechos inicialmente denunciados ante esta Comisión y los posteriormente analizados por la misma en su Informe y que ello supondría que «no resulta el Informe congruente en relación con el origen del expediente», así como que «la C.M.T. se ha extralimitado en el ejercicio de su potestad de recabar información» (alegaciones primera, segunda y tercera, principalmente).

En este sentido, a continuación se mostrará cómo no puede en modo alguno aceptarse la pretensión de TESAU señalada pues:

- No es cierto que los hechos puestos de manifiesto en los escritos que dieron inicio al presente procedimiento se limiten exclusivamente a unos “cortes de suministro”.
- En todo caso, el artículo 89 de la LJPAC impone a la Administración el pronunciarse en la resolución definitiva del procedimiento sobre todas las cuestiones que se deriven del expediente.
- Sin perjuicio de todo lo anterior, y a mayor abundamiento, se ha velado en todo momento por asegurar a las partes en general, y a TESAU en particular, el ejercicio de los principios de igualdad, contradicción, defensa, congruencia y proporcionalidad.

Primero.- LOS HECHOS DENUNCIADOS NO SE LIMITAN A “CORTES DE SUMINISTRO”. Tal y como se ha comentado, TESAU basa sus alegaciones críticas con respecto a la tramitación del presente expediente, así como con relación al ejercicio de la potestad de recabar información en el mismo, en una supuesta divergencia entre los hechos que determinadas empresas pusieron en conocimiento de esta Comisión al inicio del presente procedimiento y los que esta Comisión analiza en su Informe. En este sentido, llega TESAU a considerar que existe una «clara desatención de esta C.M.T. sobre aquellos hechos denunciados: corte de suministro y posible perjuicio a las empresas afectadas». Sin embargo, ambas afirmaciones de TESAU son manifiestamente erróneas, pues ni es cierto que las solicitudes de intervención recibidas se refirieran únicamente a “cortes de suministro”, ni tampoco el que el Informe remitido a las partes desatienda, en modo alguno, dicha cuestión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, debe destacarse en primer lugar cómo las solicitudes de intervención recibidas **no se limitan a poner en conocimiento de esta Comisión la existencia de una serie de “cortes de suministro”** de TESAU a dichas empresas.

Así, la solicitud de intervención de **LATINO denuncia, entre las “Prácticas abusivas de Telefónica de España, S.A.”**, en primer lugar, que «en las facturaciones realizadas [por TESAU] en los últimos meses no hay ningún tipo de detalle en los descuentos aplicados a las mismas en conceptos de : volumen, Master-Bono y Acuerdo». De esta manera, LATINO llama la atención de esta Comisión sobre las prácticas de TESAU en materia de facturación y, en concreto, la aplicación de los descuentos –apartados 1 y 2 de su escrito-, que son en consecuencia analizados por esta Comisión.

Es más, los “cortes de suministro” que alega TESAU como motivo único de las solicitudes de intervención recibidas sólo son mencionados posteriormente por LATINO en los apartados 3 y 4 de su escrito.

Por otra parte, debe destacarse que LATINO solicita a esta Comisión que «en **defensa de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones se tengan en cuenta las prácticas abusivas de que LATINO TELECOM, S.L. está siendo objeto por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.**, tomando las medidas pertinentes para corregirlas», con lo cual se impone a esta Comisión el esclarecimiento de los distintos abusos que LATINO pudiera estar soportando en sus relaciones con TESAU, ejerciendo al efecto las competencias que la legislación le reconoce.

Por su parte, ESCOITÓFONO hace referencia en su solicitud de intervención tanto a la interrupción en el suministro, incluyendo el servicio SGIC como a las irregularidades de TESAU en la facturación. Es más, **ESCOITÓFONO adjunta variada documentación en la que pone de manifiesto la existencia de una serie de descuentos no aprobados que TESAU le estaría repercutiendo, aludiendo en concreto a la aplicación de un acuerdo AOTEP.**

Igualmente, ASTURSAT, en su solicitud de intervención de 5 de diciembre de 2001, pone en conocimiento de esta Comisión la existencia de un acuerdo entre su empresa y TESAU por el que **TESAU le efectúa un descuento del 40%, señalando que dicho acuerdo «fue firmado (...) ante la insistencia de Telefónica, ya que ASTURSAT no quería firmar una cifra de compra tan grande, pero fue presionada para firmarlo»**, con lo que, de nuevo, junto a los “cortes de suministro” se denunciaban otros aspectos, relativos a las relaciones contractuales previas entre las partes, poniendo en conocimiento de esta Comisión la existencia de distintos descuentos, sobre los que esta Comisión ha de pronunciarse.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, y tal y como se señalaba detalladamente en la comunicación de apertura de 27 de diciembre de 2001 remitida a TESAU, se incluía en este procedimiento escrito de **VIC TELEHOME** de 13 de diciembre de 2001, por el que se **denunciaba** que:

- **«Esta parte conoce que las principales empresas de Telefonía de Uso Público (TUP) celebraron durante los últimos años con Telefónica de España, S.AU., contratos similares a los celebrados con mi representada, en los que invariablemente cada empresa beneficiaria de los mismos recibía amplios descuentos sobre las tarifas oficiales a las que se veía sujeta Telefónica de España, S.A.U.».**

VIC TELEHOME solicita a esta Comisión una actuación con respecto a dichos descuentos irregulares, con lo cual las distintas alusiones y referencias a irregularidades en la facturación y la concesión de descuentos por parte de TESAU resultaban ahora denunciadas de modo generalizado, imponiendo, si cabe aún más, la actuación de esta Comisión al respecto.

Por lo mismo, y en cuanto a las tres reglas que TESAU considera que «tiene que respetar la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa y que como veremos han sido infringidas por la C.M.T. en este expediente administrativo», con respecto a los requerimientos de información, puede destacarse que:

- a) La primera regla básica alegada por TESAU sería que «las potestades son funciones, es decir, tanto facultades como deberes de actuar (así, por ejemplo, lo precisó la STS de 7 de marzo de 1980, Art. 2101, en relación con la función de política de la edificación). Aplicando este concepto técnico al caso, observamos que la C.M.T. no sólo tiene facultad sino **deber de comprobar unos hechos denunciados** por una serie de empresas del sector que comunican un corte de servicio de teléfono con potencial perjuicio para la operadora afectada y para el interés general, el usuario. Por ello, la ley reconoce a la C.M.T. facultad de recabar información». En este sentido, esta Comisión señala su completo acuerdo con lo manifestado por TESAU, siendo éste precisamente el motivo por el que esta Comisión ha ejercido en el presente procedimiento su potestad de requerir información.
- b) La segunda regla básica sería que «el ejercicio de la potestad administrativa no es ilimitada u omnímoda, como ya apuntamos, sino que su límite lo encuentra en el fin que la potestad persigue, el servicio al bien común y el respeto al ordenamiento jurídico (...). Ello no obstante, esta finalidad amplia, debe concretarse en cada caso concreto, esto es, debe circunscribirse objetivamente supuesto por supuesto (...). Anteriormente veíamos como el origen del expediente trae causa de unas denuncias que tenían un claro objetivo: el corte de suministro del servicio y el restablecimiento del mismo. Sin embargo, también observamos como concluye la propuesta de resolución, en la que fácilmente puede apreciarse o por mejor decir, no apreciarse, mención



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sobre aquellos hechos». Sobre este particular, se recuerda que no se puede afirmar en modo alguno que los hechos expuestos en las denuncias que motivan el presente procedimiento aludan tan sólo a “cortes de suministro”, del mismo modo que más adelante se expondrá cómo en todo caso ello no impediría a esta Comisión pronunciarse sobre el resto de las cuestiones que se plantearan en el procedimiento, existiendo la obligación de hacerlo en la resolución del mismo.

- c) La tercera regla básica sería que «el ejercicio de toda potestad administrativa ha de apoyarse necesariamente en una realidad de hecho (...) y la realidad sobre la que debería haber circunscrito su potestad de recabar información la C.M.T., en este caso, sería la relacionada con el corte de suministro o servicio a determinadas operadoras». En este sentido, puede apreciarse cómo, una vez más, TESAU basa su argumentación en una incorrecta delimitación de los hechos puestos de manifiesto en los escritos que motivaron la apertura del presente procedimiento y que fueron debidamente indicados en la comunicación de apertura del mismo remitida a TESAU.

Debe asimismo recordarse que en la comunicación de apertura que se remitió a TESAU se le indicaban los escritos anteriormente mencionados con un resumen de los hechos que en los mismos se ponían de manifiesto, señalando expresamente en la habilitación competencial ejercida con motivo de los mismos la siguiente, sin perjuicio de que el ámbito competencial de esta Comisión es el que tiene atribuido por la normativa sea y que la inclusión de una competencia concreta en la comunicación al interesado no exime en modo alguno del ejercicio de las demás que tiene atribuidas:

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.

Por otra parte, resulta también evidentemente incorrecta, la manifestación de TESAU de que existe una «clara desatención de esta C.M.T. sobre aquellos hechos denunciados: corte de suministro y posible perjuicio a las empresas afectadas», que llega a decir que «la C.M.T. no ha resuelto, ni se ha preocupado por hacerlo, si el corte de suministro es conforme a derecho o no».

Así, **basta leer el Informe enviado para comprobar cómo su apartado III.2.C) QUINTO se refiere a dichos cortes de suministro**, señalando las circunstancias en las que se produjeron y analizando para ello toda la información y documentación recibidas al respecto. Es más, puede destacarse que es **este apartado es el más extenso de todo el Informe**.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- EN TODO CASO, LA RESOLUCIÓN HA DE PRONUNCIARSE SOBRE TODAS LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN EL EXPEDIENTE. Sin perjuicio de que, como se ha mostrado en el apartado anterior, las solicitudes de intervención recibidas aludían a la existencia de contratos con determinadas cláusulas y descuentos con TESAU sobre los que esta Comisión debía en consecuencia pronunciarse, ha de resaltarse cómo en todo caso el objeto del procedimiento administrativo no queda limitado a lo planteado en su caso por los interesados en su solicitud de intervención, sino que abarca al resto de cuestiones que se deriven del expediente.

Así, del mismo modo que es necesario pronunciarse con respecto a lo solicitado por el interesado, de forma que la resolución sea congruente con lo pedido por éste sin que pueda agravarse su situación inicial, tal y como establece el artículo 89.2 de la LJPAC, **existe la obligación legal de pronunciarse con respecto al resto de cuestiones surgidas durante la tramitación del procedimiento**, como en todo caso declara e impone el artículo 89.1 del mismo texto legal, que es, precisamente, el que establece el contenido que en todo caso debe tener la resolución del procedimiento «La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados **y aquellas otras derivadas del mismo**».

Debe igualmente recordarse que el artículo 12 de la LJPAC establece que «**La competencia es irrenunciable** y se ejercerá precisamente por los órganos que la tengan atribuida como propia»

De este modo, aun cuando hubiera sido correcta la alegación de TESAU de que las solicitudes de intervención recibidas sólo se referían a “cortes de suministro”, seguiría siendo no sólo posible, sino necesario, el que esta Comisión se pronuncie en la resolución definitiva de este procedimiento sobre las distintas cuestiones que se hubieran posteriormente puesto de manifiesto durante la tramitación del mismo, por lo que en modo alguno la tramitación del procedimiento o el ejercicio por esta Comisión de su potestad de recabar información en el seno del mismo podrían haber incurrido en motivo alguno de invalidez.

El ordenamiento jurídico impone a esta Comisión el deber de pronunciarse sobre todas las cuestiones puestos de manifiesto durante la tramitación del procedimiento, sin que pueda legítimamente renunciar al ejercicio de las competencias que la legislación le impone. Por todo ello, no puede admitirse la pretensión de TESAU de decidir unilateralmente los hechos que deben ser analizados y las competencias concretas que deben ejercerse, al exigir la normativa que se consideren todos los hechos que se deriven del expediente y que se ejerzan todas las competencias legalmente atribuidas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- RESPETO Y ESTÍMULO DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, CONTRADICCIÓN, DEFENSA, CONGRUENCIA Y PROPORCIONALIDAD.

Tal y como se ha mostrado, las solicitudes de intervención recibidas no se limitan a señalar la existencia de unos “cortes de suministro” y, en todo caso, esta Comisión debe, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 89 de la LJPAC, pronunciarse con respecto a las distintas cuestiones puestas de manifiesto durante la tramitación, por lo que el hecho de que el Informe remitido a las partes se pronunciara sobre las mismas no puede en modo alguno considerarse un incumplimiento de los principios de igualdad, contradicción, defensa, congruencia y proporcionalidad como pretende TESAU.

Sin perjuicio de todo ello, esta Comisión desea hacer constar que el respeto a los mencionados principios, junto al resto de los reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico actual como puedan ser los de confianza legítima, buena fe, eficiencia y servicio a los ciudadanos, recogidos, en los artículos 24 y 103 de la Constitución, 3 de la LJPAC o 2 y 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, entre otros, informan su actividad toda como no puede ser de otra manera y tal y como se muestra a continuación.

Así, desde el escrito de comunicación de apertura se puso de manifiesto a TESAU, entre otros, el contenido del escrito de VIC TELEHOME alusivo a los descuentos ilegales de TESAU a las distintas empresas de telefonía de uso público, en congruencia con lo solicitado por VIC TELEHOME y con la finalidad de que TESAU pudiera, precisamente, ejercer los mencionados derechos de igualdad, contradicción y defensa y cualesquiera otros que le reconozca la normativa vigente.

Posteriormente, se comunicó a TESAU la incorporación a este expediente de distintos documentos procedentes del expediente ME 2000/2251, de nuevo informando así a TESAU de los hechos que en el procedimiento se analizaban y los documentos que se tendrían en cuenta en la resolución definitiva del mismo, todo ello una vez más con la finalidad de facilitarle el ejercicio de sus derechos en la tramitación del expediente.

Del mismo modo, cuando se comunica a las partes el inicio del trámite de audiencia, tal y como prevé el artículo 84 de la LJPAC, se adjunta a dicha comunicación un Informe -que equivocadamente TESAU confunde con una Propuesta de Resolución- cuya única finalidad es, precisamente, **permitir a las partes identificar las distintas cuestiones que se han ido poniendo de manifiesto durante la tramitación del procedimiento y sobre las que, en consecuencia, esta Comisión ha de pronunciarse en la resolución definitiva del mismo ex artículo 89 de la LJPAC, de la forma más clara y detallada posible, de manera que pudieran alegar al respecto y quedaran**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

así en todo caso garantizado el ejercicio de sus derecho de igualdad, contradicción y defensa.

Cuarto.- CONCLUSIONES CON RESPECTO A LAS CONSIDERACIONES GENERALES DE TESAU.- En definitiva, TESAU basa sus distintas argumentaciones en que las denuncias que motivaron el inicio del presente procedimiento se limitaron a “cortes de suministro” realizados por TESAU a las entidades denunciadas, ante lo cual se ha mostrado cómo las denuncias que motivaron el inicio del presente procedimiento ponen de manifiesto actuaciones de TESAU que van más allá de los meros “cortes de suministro”, no resultando admisibles las alegaciones de este operador en tal sentido.

Del mismo modo, se ha recordado cómo, en todo caso, la Administración se encuentra obligada a pronunciarse en la resolución definitiva sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados en su solicitud y aquellas otras que se deriven del expediente.

Finalmente, se ha expuesto cómo en todo momento se ha velado por dar pleno cumplimiento a los principios de defensa, igualdad, dualidad y contradicción, informando a TESAU de las denuncias recibidas y su contenido, así como de los extremos sobre los cuales se le requería información así como, en el Informe remitido junto a la comunicación de apertura en trámite de audiencia, de las conclusiones que se derivan de las distintas informaciones, alegaciones y documentación que obran en el presente procedimiento.

Por otra parte, sin perjuicio de lo expuesto y a mayor abundamiento, puede destacarse cómo los denunciados muestran su conformidad con el Informe remitido por esta Comisión, siendo TESAU la única entidad que pretende una limitación de los hechos analizados con motivo de la sustanciación del presente expediente.

En todo caso, y sin perjuicio de que los planteamientos de TESAU no resultan compartidos por ningún otro interesado en el procedimiento, se recuerda que esta Comisión, y en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas se ha limitado a esclarecer los hechos que han llegado a su conocimiento, a través del correspondiente procedimiento en el que se ha facilitado a los interesados en el mismo el ejercicio de los derechos que la normativa les reconoce, determinado tras ello las consecuencias jurídicas que se corresponden de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, pues de otra manera estaría haciendo dejación de las competencias que el ordenamiento le impone y reconoce.

Contestadas así las *consideraciones generales* de TESAU con respecto a la tramitación del procedimiento, se analizan a continuación las distintas conductas de TESAU que se han puesto de manifiesto en el expediente, incluyendo a la propia TESAU, así como las *alegaciones particulares* que con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

respecto a dichas conductas haya realizado TESAU en su contestación en trámite de audiencia.

III.2. CON RESPECTO A LA VIGILANCIA DE LA DEBIDA APLICACIÓN DE LAS TARIFAS POR LOS OPERADORES.

A) INCUMPLIMIENTO POR TESAU DEL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS VIGENTE PARA SU SERVICIO TELEFÓNICO FIJO.

Primero.- EL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS. 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 previsto por la LGT tiene sus antecedentes en determinadas piezas normativas anteriores a la promulgación de dicha Ley y ubicadas pues en un contexto de transición previo al de la plena apertura del mercado.

Entre dichas disposiciones pueden destacarse el Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones cuyo artículo 1.dos.2.b): señala como una de las funciones de la CMT la de:

“Informar las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicaciones prestados en exclusiva y en aquellos casos en los que exista una posición de dominio en el mercado, a fin de salvaguardar el principio de competencia efectiva entre los operadores”.

Los artículos 2.tres y 2.siete, del Real Decreto-Ley 6/1996, además, modificaron determinados preceptos de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones en el sentido que se señala seguidamente:

“Reglamentariamente (...), podrán establecerse condiciones distintas para los diferentes prestadores de servicios portadores en razón de la posición que cada uno de ellos ocupe en el mercado, así como para salvaguardar la seguridad en el funcionamiento de la red, mantener su integridad y posibilitar la interoperatividad de los servicios”. (Artículo 2.tres).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“El Gobierno, a propuesta del Ministro de Fomento, establecerá por Real Decreto los supuestos de aplicación de tarifas fijas, máximas y mínimas y los de simple regulación de precios, así como los criterios para la fijación de éstos, en función del grado de concurrencia en el mercado en los distintos servicios, de forma tal que se garantice la competencia, el control de las situaciones de abuso de posición dominante y la accesibilidad a los servicios públicos de telecomunicación por los ciudadanos”. (Artículo 2.siete).

Puede también destacarse la Ley 12/1998, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que reitera en su artículo 1.dos.2 h) la previsión contenida en el artículo 1.dos.2 b), del Real Decreto Ley 6/1996.

Este régimen de regulación de precios está desarrollado en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10 de mayo de 2001, por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000 por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal (BOE de 17 de mayo) –en adelante la Orden de 10 de mayo de 2001-.

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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS 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.

Segundo.- INCUMPLIMIENTO POR TESAU DEL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS EN SUS RELACIONES CON LA AOTEP Y LOS ASOCIADOS A ÉSTA. Alega TESAU en su escrito que esta Comisión no debería pronunciarse con respecto a los hechos que ya resultaron analizadas en su *Resolución en el expediente sobre la solicitud de intervención presentada por INTERTRACE S.L. para obligar a TELEFÓNICA a aplicar las tarifas de contratación de líneas adicionales y simultáneas de forma transparente y no discriminatoria* (expediente ME 40/98), de 22 de diciembre de 1998, señalando sólo podría volverse sobre ellos para revisar el pronunciamiento de esta Comisión al respecto a través de las vías establecidas en la LJPAC para la revisión de actos administrativos. De hecho, tal y como recuerda TESAU en su escrito, con respecto a la mencionada Resolución de 22 de diciembre de 1998 se sustanció por esta Comisión un recurso de revisión, con la referencia ME 2000/2251, iniciado a resultas del recurso de reposición presentado en su día por INTERTRACE, S.L en el que se acordó la desestimación de dicho recurso por no cumplir el documento que iniciaba el mismo los requisitos establecidos en el artículo 118 de la LJPAC.

Así, TESAU señala en su respuesta al Informe que se le remitió junto a la comunicación de inicio del trámite de audiencia (alegación Quinta) que la utilización del documento nº4 aportado en su día por INTERTRACE «genera una absoluta falta de inseguridad jurídica. Es inadmisibles afirmar contundentemente en un expediente que un documento no produce ni tiene efecto alguno y, con posterioridad, afirmar y sostener las conclusiones de otro expediente en la absoluta eficacia y prueba del mismo documento (...). En todo caso, vulnera el concepto de eficacia de cosa juzgada administrativa, pues no es de recibo negar la eficacia probatoria de un documento, archivar el expediente, y concluir que no hay aplicación discriminatoria de tarifas y posteriormente reabrir el asunto y reconocer plena eficacia al mismo documento y concluir que hay aplicación discriminatoria de tarifas (...). A todo ello debe añadirse que la C.M.T. constantemente hace referencia a “investigaciones” o “comprobaciones” que desconocemos y que de haber existido se nos tendrían que haber puesto de manifiesto»

En este sentido, **esta Comisión acepta lo alegado por TESAU y no procede, en consecuencia, a analizar en la presente Resolución la posible existencia de discriminación o falta de transparencia en el alta de líneas incurrida por TESAU durante 1997 y hasta el 30 de septiembre de 1998,** fecha hasta la cual llegaron las facturas analizadas por esta Comisión en el mencionado procedimiento 40/98.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de lo anterior, durante la tramitación del procedimiento ME 2000/2251 se recibieron distintas **alegaciones y documentos que indicaban la posible existencia de prácticas de TESAU contrarias a la normativa vigente en materia de regulación de precios en sus relaciones con las empresas de telefonía de uso público, con los asociados a la AOTEP en particular, que se habrían producido en fecha posterior al 30 de septiembre de 1998.**

En consecuencia, a la par que se desestimaba el recurso de revisión presentado en su día por INTERTRACE por no cumplir los requisitos del artículo 118 de la LJRPAC, se decidió la incorporación de los mencionados documentos y alegaciones a este procedimiento, lo cual se notificó debidamente a los interesados y, en particular, a TESAU, tanto mediante la Resolución definitiva del recurso de revisión como mediante acto de instrucción acordado en el presente expediente, mediante el que se comunicó a las partes la incorporación de los mencionados documentos, que quedaron relacionados como documento 56bis en el expediente.

Así, en la mencionada Resolución en el expediente ME 2000/2251 se indicaba que «todos los mencionados indicios han sido incorporados al expediente OM 2001/5789, tendente a esclarecer la existencia de tales prácticas anticompetitivas tanto con respecto a la AOTEP como con respecto a otras entidades de Telefonía de Uso Público». Del mismo modo, en el presente procedimiento se comunicaba a TESAU que en el marco de los actos de instrucción que el artículo 78 de la LJRPAC se incorporaban al expediente de referencia los siguientes documentos procedentes del procedimiento ME 2001/2251:

- Escrito de INTERTRACE solicitando la intervención de la CMT, con entrada el 9 de febrero de 2000 (doc.nº 1).
- Alegaciones de AOTEP, de 6 de marzo de 2000, con entrada el 7 de marzo de 2000 (doc. 10).
- Contestación de TESAU a requerimiento de información, con entrada registrada el 4 de agosto de 2000 (doc. nº 16, parcialmente confidencial).
- Contestación de TESAU a requerimiento de información, de 3 de julio de 2001, con entrada en esta Comisión de 29 de junio de 2001 (documento nº 32, parcialmente confidencial).
- Contestación a requerimiento de información de PLASTIC CARDS SYSTEMS, S.L. de 24 de octubre de 2001, con entrada en esta Comisión el 29 de octubre de 2001 (doc. nº 40; confidencial).
- Contestación a requerimiento de información de ESCOITÓFONO, S.L., de 27 de noviembre de 2001, con entrada en esta Comisión de 28 de noviembre de 2001 (doc.nº 42, confidencial).

Igualmente se incluyen las respuestas a requerimiento en el expediente 02E de SISTELCOM TELEMENSAJE y D. José Antonio del Castillo Pérez (ambas confidenciales).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, y con respecto a la posible aplicación por TESAU a los asociados a la AOTEP de condiciones no acordes con el régimen de regulación de precios vigente, ha de comenzarse recordando que el escrito de 9 de febrero de 2000, de INTERTRACE, tramitado como recurso extraordinario de revisión y origen por tanto del mencionado procedimiento ME 2000/2251, aportaba un Burofax como documento nº 4, de fecha 27 de enero del 2000, enviado por AOTEP a uno de sus miembros, como propuesta para sancionarle, en el que se le indica a éste que:

«En Junio de 1998, reveló a la firma INTERTRACE, S.L. **un acuerdo confidencial de nuestra Asociación con TELEFÓNICA por el que se acordaba la facturación de las líneas solicitadas a 70.32 Euros [todas las cantidades quedan expresadas en euros]** para todos los miembros de la Asociación e independientemente de su ubicación, acuerdo que venía a satisfacer una aspiración muy importante de todos los asociados. Pues bien, **el resultado de esta actuación fue la denuncia del acuerdo por parte de INTERTRACE ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con las consecuencias ya conocidas por todos de la vuelta a la facturación al precio de línea individual. Como sabéis también hubo que negociar a partir de este momento una cantidad compensatoria** para suplir este beneficio adquirido y perdido cuyo diferencial aun está pendiente de ser abonado por TELEFÓNICA».

A este respecto, y tal y como se expondrá a continuación, **se ha podido comprobar cómo efectivamente la AOTEP y los asociados a la AOTEP recibieron de TESAU «cantidades compensatorias»** tras septiembre de 1998.

En efecto, TESAU aportaba el 3 de julio de 2001 en el mencionado expediente ME 2000/2251 documentos que muestran cómo viene desde 1998, esto es, desde el momento de finalización del acuerdo anterior, pagando **a AOTEP** cantidades por conceptos tales como la participación de AOTEP en SIMO, o labores de marketing, así como suministrando información a la AOTEP con respecto a la situación de morosidad de determinadas empresas:

- a) Un denominado “Acuerdo entre Telefónica de España y AOTEP Acciones de marketing y publicidad”, aportado por TESAU como documento 1 de su escrito de fecha 29 de junio de 2001, en contestación a un requerimiento de información de esta Comisión, que figura como documento 33 del expediente ME 2000/2251. Dicho acuerdo recoge un importe total de 655.500.000 pesetas, más IVA, para el año 2001 y de 679.098.000 pesetas, más IVA, para el año 2002.
- b) Documento número 14- pago realizado a la AOTEP por la participación en EXPOTUP 2000, así como una devolución realizada por TESAU a la AOTEP por su participación en SIMO 99.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) Documento número 15- *bonificación* de TESAU a AOTEP por su participación en SIMO 00.
- d) Documento 19- mensaje de TESAU por el que aportan a la AOTEP información sobre la situación financiera con respecto a TESAU de ciertas empresas.
- e) Documento número 22- tarifas correspondientes a repuestos de TRMA. Documento 16- descuento en la adquisición de terminales TELETUP de 22,5 % al contado y de 15% en caso de renting.

Puede señalarse, a este respecto, que **habiendo sido reiteradamente requerida TESAU para justificar el motivo del pago de las referidas cantidades, no ha dado contestación alguna al respecto.**

De manera similar, y retomando la cuestión referente a las condiciones tarifarias ofrecidas por TESAU **a los asociados a la AOTEP**, se deriva igualmente del expediente la existencia de condiciones no acordes con el régimen de regulación de precios.

Así, uno de los asociados a AOTEP procedió a contestar a la pregunta de esta Comisión sobre si existía el acuerdo con TESAU relativo a tarifas privilegiadas señalando que:

“Sí. Existe un acuerdo comercial entre Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) y la Asociación de Operadores de Telefónica de Uso Público de España (en adelante AOTEP) con las siguientes condiciones:(...) **Alta de líneas: gratuitas**”.

Sin embargo, **la aplicación de tarifas a favor de los asociados a la AOTEP no se limitó a la subvención en el alta de líneas, sino que, como se verá, además de llegar hasta el presente se extendió a otros conceptos tarifarios.**

Así, ESCOITÓFONO presentó el “Acuerdo entre AOTEP y TELEFÓNICA” de 2 de enero de 1999, con previsiones similares.

En carta de 31 de octubre de 2000, aportada por ESCOITÓFONO (doc. 56 bis, del expediente ME 2000/2251 como doc. 42), la AOTEP recordaba que:

«En nuestra II Asamblea General Extraordinaria, celebrada en Santander los días 5 y 6 de Octubre de 2000, aprobamos que la Cuota Variable para el ejercicio 2000 fuera de un 1,25% sobre el volumen de tráfico de cada una de las empresas. Dicha cuota se pasaría al pago **una vez recibido por los asociados los descuentos de Telefónica**».

De este modo, puede comprobarse cómo **los descuentos se produjeron desde 1998 y se sucedieron en los años siguientes.** Por otra parte, tal y como se ha expuesto **los aludidos descuentos se producían por distintos conceptos tarifarios, más allá del alta de líneas.**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, en la carta remitida por la AOTEP a sus asociados el 9 de febrero de 2001 (doc. 56 bis, del expediente ME 2000/2251 como doc. 42) en la que comunicaba que:

- «**Telefónica ha procedido a realizar el pago de las bonificaciones correspondientes al 2º Semestre del año 2000**. Para evitar las demoras de otros y agilizar el pago de dicha bonificación, han optado por realizarlo en dos remesas:
 - 1ª remesa: **P13** correspondiente a 2º Semestre de 2000 y 50% restante de **L12** hasta 30.09.00.
 - 2º remesa: **V10 y M5** correspondientes a 2º semestre de 2000 y 50% restante de L12 hasta 30.09.00.

La bonificación la recibirá cada asociado directamente en su cuenta corriente. Aquellos que tengan algún recibo pendiente con Telefónica, el departamento de Cobros se pondrá en contacto con ellos para proceder a su compensación».

Los conceptos se expresan a través de claves como P13, L12, V10 y M5. La documentación recibida durante la tramitación permite identificar la realidad a la que se refieren. Así, ESCOITOFONO señalaba en escrito recibido el 28 de noviembre de 2001 (doc. 56 bis, del expediente ME 2000/2251 como doc. 42):

“El concepto por el que AOTEP me abonaba estas cantidades era el de publicidad, y lo desglosaba del siguiente modo : P13; V10; M5; L12 (...): **P13-78.13 Euros/línea en funcionamiento. L12-Reintegro del importe de todas las líneas compradas a Telefónica por 72.12 Euros c./u.**”.

En concreto, PLASTIC CARDS en su respuesta al requerimiento de información que le fue remitido en el marco del expediente ME 2000/2251 (doc. 56 bis, del expediente ME 2000/2251 como doc. 40), señala que los descuentos se concretan en:

- Aplicación del Masterbono proveedores teniendo como base del cálculo de los descuentos el importe global de la facturación de todas las empresas asociadas adscritas al acuerdo.
- **Alta de líneas: gratuitas.**
- **Abono de 13.600 ptas. por año y línea en concepto de publicidad.**
- Durante este año, **abono de un 10 % de la facturación anual** como ayuda para la adaptación de los terminales al Euro.
- **Descuentos en la adquisición de terminales.**

En definitiva, los conceptos aludidos anteriormente a través de los que se operaban los descuentos se camuflaban, tal y como expone PLASTIC CARDS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(doc. 56 bis, del expediente ME 2000/2251 como doc. 40), de la siguiente manera:

- «Se utilizan una serie de claves que identifican los siguientes conceptos: **V10 compensación hasta el 10% del programa Masterbono Proveedores, M5 descuento del 5% sobre la facturación de fijo a móvil, P13 bonificación por publicidad, L12 bonificación de alta de línea como línea adicional y L21 bonificación total de la línea**».

Así, la documentación recibida, y citada en los párrafos precedentes permite concluir que TESAU ha venido ofreciendo a los asociados a AOTEP condiciones tarifarias distintas de las ofrecidas a los usuarios con carácter general.

Un ejemplo de aplicación material de todo lo expuesto está en los “REINTEGROS DE IMPORTES” que TESAU efectuó a la propia ESCOITÓFONO en concepto, como **señala el propio documento de TESAU**, de: “*APLICACIÓN ACUERDO CORPORATIVO AOTEP*”.

ESCOITÓFONO llega incluso a aportar, mediante escrito con fecha de entrada en esta Comisión registrada el 28 de noviembre de 2001 (doc. 56 bis, del expediente ME 2000/2251 como doc. 42), **la relación de las cantidades recibidas de TESAU en aplicación de los acuerdos indicados:**

“Los importes por acuerdos que se han cobrado son los siguientes:

- [1998 1.445.032 pesetas.
- 1999-1º semestre- 970.542 pesetas (...)]”.

Es más, en su carta de 15 de noviembre de 2001, ESCOITÓFONO señalaba a TESAU que «suponemos que tendrán en cuenta que el próximo año 2.002 TELEFÓNICA adeudará a mi Empresa una cantidad aproximada de 13 millones de pesetas, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de Publicidad de AOTEP suscrito en su día».

Del mismo modo, en escrito que PUBLITEL remitió a TESAU en noviembre de 2001, podía verse cómo se aplicaban las condiciones derivadas de los acuerdos TESAU-AOTEP: En este sentido, en su fax de 20 de febrero de 2002 **reconoce TESAU** la existencia de unos *Reintegros a favor del cliente* de 102.164,70 euros (pesetas) (doc.156, no impugnado por TESAU).

Los reintegros de TESAU a las distintas empresas de telefonía de uso público pueden comprobarse en los documentos 38 (con respecto a LAR), 40 (con respecto a VIC TELEHOME) y 163 (con respecto a PLASTIC CARDS, entre otros).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Debe en este sentido señalarse que esta Comisión no es contraria en modo alguno a que TESAU adapte sus distintas ofertas a las características de los usuarios que reciban sus servicios, trasladando por ejemplo a los mismos posibles ahorros en costes derivados del logro de economías de escala en caso de contratación de altos consumos. Es más, esta Comisión considera que todo ello ha de estimularse en la medida de lo posible por sus previsibles efectos beneficiosos para los usuarios, cuyo interés constituye la razón misma de la existencia de esta Comisión, tal y como manifiesta el artículo 1 de la Ley 12/1997, de liberalización de las telecomunicaciones. Pero es que, precisamente, para que puedan disfrutar los usuarios finales de las ofertas de TESAU con las garantías debidas y exigidas en la normativa vigente 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, y que se materializan a través del cumplimiento de los apartados 3, 4 y 5 de la Orden de 10 de mayo de 2001.

De este modo, habría de haberse seguido igualmente el procedimiento establecido en el apartado 3 de la Orden de 10 de mayo de 2001:

“«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 (...)”.

TESAU ha estado ofreciendo condiciones a la AOTEP que sólo una larga investigación han permitido esclarecer y que se han caracterizado, de esta manera, por una absoluta **falta de publicidad y transparencia, aparte de la discriminación que han supuesto** con respecto a otras empresas de telefonía de uso público de similares características que han tenido que competir en desventaja al no disfrutar, y posiblemente ni siquiera conocer, de las mismas. Todo ello resulta de la documentación mencionada, cuya validez ha de aceptarse conforme a las reglas de la sana crítica no sólo por proceder de distintos interesados que, además, reconocen haberse beneficiado de las condiciones analizadas y aportan documentos remitidos por la propia TESAU, y cuya validez ésta no ha impugnado, en los que se reconocen los *reintegros* correspondientes a dichas entidades.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, en todo momento en la presente Resolución se van exponiendo detenidamente las distintas conductas de TESAU analizadas y la documentación que las acredita por lo que carece de sentido la referencia de TESAU a desconocer las “investigaciones” (relatadas en los Antecedentes de Hecho de esta Resolución de modo prolijo y, en todo caso, obrantes en el expediente) o las “comprobaciones” (que, como se acaba de mencionar, se citan en cada caso en estos Fundamentos de Derecho, sin perjuicio de los expuestos Antecedentes de Hecho) que se mencionaban en el Informe que se remitió a TESAU junto a la comunicación de inicio del trámite de audiencia y son objeto en la presente Resolución, resultando en todo caso, como se ha expuesto, de una valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Tercero.- INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS CON RESPECTO A OTRAS ENTIDADES DE TELEFONÍA DE USO PÚBLICO. La práctica de TESAU de ofrecer descuentos no autorizados parece haberse realizado con carácter sistemático desde al menos desde octubre de 1998 en el sector de la telefonía de uso público.

Así, de modo similar a lo ocurrido con AOTEP y sus asociados, otras empresas de telefonía de uso público o locutorios disfrutaron de condiciones al margen del régimen de regulación de precios vigente.

La cuantía de los descuentos y las modalidades de ventajas ofrecidas por TESAU varían significativamente de una empresa a otra, beneficiándose a unas en detrimento del resto, en clara **discriminación** entre ellas, y aprovechando, a través del incumplimiento del régimen tarifario vigente, la inexistencia de publicidad en las condiciones ofrecidas.

Así, ASTURSAT adjunta a su solicitud de intervención de 5 de diciembre de 2001 (Antecedente de derecho tercero, doc. 3) un “Convenio ASTURSAT/TELEFÓNICA” de 20 de junio de 2000, firmado por TESAU y que no ha sido impugnado por este operador que le reconoce así validez plena, que establece que:

«TELEFÓNICA se obliga a aplicar a ASTURSAT durante la duración del presente Convenio un **descuento lineal del 40% sobre todos los servicios** mencionados en la cláusula IV del citado Convenio.

Este tipo de descuentos, si bien con diferencia en su cuantía, venían igualmente siendo aplicados a ASTURSAT desde bastante antes. Así, adjunta ASTURSAT a su escrito de 29 de enero de 2002, un “Acuerdo de colaboración entre ASTUR SERVICIOS AUXILIARES DE TELEFONÍA, S.L. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.”, fechado a 1 de marzo de 1999, , firmado por TESAU y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que no ha sido impugnado por este operador que le reconoce así validez plena, en el que se establece que:

«En atención a la relevancia de Astursat, como Gran Cliente de Telefónica de España, S.A. y al respeto de las condiciones que más abajo se relacionan, se efectuará un **descuento del 25% sobre la facturación real**, quedando el pago mensual en 6.250.000 ptas. impuestos no incluidos».

La aplicación de este tipo de descuentos parece haber sido sistemática. Así, por ejemplo, LATINO señala en su escrito de 6 de febrero de 2002 (antecedente de hecho undécimo, doc.51) que:

«Hay que tener en cuenta que **los descuentos suponen, al menos, un 60% de la facturación bruta**».

Esta afirmación de LATINO queda corroborada por el “Acuerdo entre LATINO TELECOM, S.L. y TELEFONÍA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL” de 31 de mayo de 1999 (doc.51), firmado por TESAU y que no ha sido impugnado por este operador que le reconoce así validez plena. En concreto, el anexo a dicho Acuerdo, denominado “Acuerdos Económicos”, establece que:

«Según la tabla de bonificación le corresponde un **descuento del 30% sobre el incremento estimado** [y ello sobre la base de la siguiente Tabla]

PORCENTAJES DE INCREMENTO EN FACTURACIÓN PARA BONIFICACIÓN ADICIONAL	
INCREMENTO DE FACT. INTERNACIONAL	PORCENTAJE DE DESCUENTO ADICIONAL
Entre un 1% y un 35%	10%
Entre un 36% y un 71%	23%
Del 72% en adelante	30%

Finalmente, puede incluirse la siguiente carta de TESAU a una empresa de telefonía de uso público, firmada por TESAU y que no ha sido impugnada por este operador que le reconoce así validez plena, como un ejemplo más en cuanto a su política de descuentos al margen del régimen de regulación de precios vigente:

Estimados Sres.:

(...) Previsiones de Conceptos pendientes de ABONAR:

A) El 5% de llamadas de fijo a móvil. Al finalizar el año, un descuento adicional del 7% de fijo a Móvil y el 10% del resto de llamadas.

Abono Total al 31-12-2001 4.129.724 Ptas.(24820.14 Euros) IVA

Incluido.

B) Devolución de 21.000 Ptas.(126,21 Euros), de las líneas contratadas desde agosto hasta la fecha de hoy (19-11-2001) sumando un total de 304 líneas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Abono Total 7.405.440 Ptas.(44507,59 Euros) IVA Incluido.

C) El 5% de llamadas de fijo a móvil. Al finalizar el año, un descuento adicional del 7% de fijo a Móvil y el 10% del resto de llamadas.

Abono Total del ejercicio 2002 6.194.000 Ptas.(37226,69 Euros) IVA Incluido.

Previsión publicidad sobre 1500 líneas contratadas a 13.720 Ptas. (82,46 Euros) Por línea.

Abono Total 23.872.800 Ptas.(143478,42 Euros). IVA Incluido (...)

RESUMEN DE FACTURAS, ABONOS Y PAGOS METALICOS

Al 31 de diciembre del 2002, pendiente de otros abonos por líneas, por otra publicidad, por la asociación y otros conceptos la deuda quedaría:

TOTAL FACTURAS: 129.566.225 Ptas.(778708,70Euros) IVA Incluido.

TOTAL PAGOS Y ABONOS: 59.601.964 Ptas.(358215,02Euros) IVA Incluido.

DEUDA PDTE. AL 31-12-2002 69.694.261 Ptas.(420493,68Euros) IVA Incluido.

Cuarto.- DISCRIMINACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS TARIFAS Y FALTA DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD. 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 necesidad de **publicidad** en los conceptos tarifarios se 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**».

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores, TESAU ha venido incumpliendo en sus relaciones con las empresas de telefonía de uso público los principios de publicidad, transparencia y no discriminación que la normativa vigente y, en concreto, la Orden de 10 de mayo de 2001, garantizan, por lo que en esta Resolución ha de recordarse a TESAU la necesidad de que respete el régimen de precios vigente asegurando a sus clientes la necesaria publicidad, transparencia y no discriminación en sus tarifas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De nuevo, debe recordarse que no se impide a TESAU que 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, 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.

III.3. INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR POSIBLE INCUMPLIMIENTO POR TESAU DE LA *RESOLUCIÓN SOBRE CONTROL DE PRECIOS APLICADOS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. A LA OPERADORA VIC TELEHOME, S.A.* DE 24 DE ENERO DE 2002.

Primero.- COMPETENCIA DE ESTA COMISIÓN PARA SANCIONAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS RESOLUCIONES. En el Informe que se remitió a TESAU junto a la comunicación de inicio del trámite de audiencia se aludía al posible incumplimiento por TESAU de la *Resolución sobre control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.U. a la operadora Vic Telehome, S.A.* de 24 de enero de 2002.

En efecto, en la mencionada Resolución de 24 de enero de 2002 se establecía que:

«Telefónica habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo aplicar precios y descuentos conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión.

En concreto:

- **TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA,** cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.
- Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados habrá **de responder a una causa existente, lícita y verdadera.**
- TELEFÓNICA no podrá vincular contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público a otras prestaciones que su cliente realice en su favor».

A este respecto, TESAU considera en su alegación Séptima «(i) que esa C.M.T carece de competencias para ejercitar la potestad sancionadora en materia tarifaria, (ii) que tampoco puede, so pena de incurrir en fraude de ley, sancionar a mi



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

representada por un presunto incumplimiento de una resolución en materia tarifaria y (iii) que TESAU no ha incumplido la resolución de esa C.M.T. de fecha 24 de Enero de 2002».

En cuanto a «la falta de competencia de la C.M.T. para sancionar en materia tarifaria», así como a la «imposibilidad de sancionar a mi representada por un presunto incumplimiento en materia tarifaria, so pena de incurrir en fraude de ley», señala TESAU que «el incumplimiento por parte de los operadores de telecomunicaciones de normativa relativa a los precios o tarifas a aplicar por la prestación de sus servicios, incumplimiento que TESAU niega expresamente, no está contemplado en ninguno de los tipos de ilícito administrativo establecidos en el régimen sancionador de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (...). Del mismo modo, TESAU difícilmente habría podido incurrir en la conducta tipificada, de manera residual, en el artículo 80.17 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (...). Partiendo de la base de que el incumplimiento por parte de los operadores de telecomunicaciones de normativa relativa a precios o tarifas a aplicar por la prestación de sus servicios (incumplimiento que TESAU rechaza de plano) no está contemplado en ninguno de los tipos del ilícito administrativo establecidos en el régimen sancionador de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (art.79. 80 y 81) y de que el Informe de esa C.M.T. no se ha acreditado la infracción, por TESAU, de norma de rango legal en materia tarifaria, necesariamente debemos concluir diciendo que la C.M.T. carece de competencia sancionadora en la materia (...). El ejercicio de la potestad sancionadora que el ordenamiento jurídico otorga a la C.M.T. para sancionar presuntos incumplimientos en materias sobre las que la C.M.T. carece de competencias sancionadoras, por carecer de competencias sustantivas, podría constituir, dicho sea con los mayores respetos y en términos de estricta defensa, un fraude de ley».

En este sentido, debe señalarse que esta Comisión no ejerce su potestad sancionadora con respecto al «incumplimiento por parte de los operadores de telecomunicaciones de normativa relativa a los precios o tarifas a aplicar por la prestación de sus servicios», con respecto al cual TESAU considera que no se estaría ante «ninguno de los tipos de ilícito administrativo establecidos en el régimen sancionador de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones», ni tampoco porque TESAU «habría podido incurrir en la conducta tipificada, de manera residual, en el artículo 80.17 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones», sino que esta potestad se realiza en virtud de lo dispuesto en el **artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones**, que **tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones**, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes.

La mencionada Resolución se dictó en ejercicio de las funciones que esta Comisión tiene atribuidas y, en concreto las que la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/1997), en su artículo 1.Dos.1, establece con respecto al objeto de esta Comisión de 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 los precios** en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

Así, en efecto, para el cumplimiento de los objetos señalados, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de diversas funciones, entre ellas:

- (i) letra c) del artículo 1.dos.2 la Ley 12/1997: velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias.
- (ii) letra f) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: 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 el suministro de red en condiciones de red abierta, así como **la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios**.
- (iii) el artículo 1.Dos.2, letra h), que indica que “la CMT **vigilará la debida aplicación de las tarifas por los operadores**, adoptando al efecto las resoluciones que procedan”.

En este sentido, **el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el procedimiento sancionador** incoado en virtud de los preceptos expuestos, a tenor de lo establecido en los artículos 76.1 y 84.1.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y el artículo 1 apartado Dos.2.I, en relación con el apartado Tres del mismo artículo de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, según el cual corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de la instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

De este modo, no existe en modo alguno fraude de ley por estarse supuestamente ejerciendo la competencia sancionadora en una materia en la que esta Comisión no sería competente, pues, como se ha mostrado, esta Comisión inicia procedimiento sancionador, en su caso, con respecto al posible **incumplimiento de una Resolución emanada del Consejo de la misma en**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una materia, cual es la relativa a la vigilancia de las tarifas de los operadores, sobre los que la normativa vigente la reconoce única competente.

Esta Comisión es, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, la Administración competente en exclusiva para determinar si ha existido o no una aplicación debida o indebida de las tarifas por los operadores en general, y por el operador sujeto a regulación de precios en particular. En este sentido, **el incumplimiento de las resoluciones de esta Comisión en materia tarifaria se somete al régimen general por el que el incumplimiento de las resoluciones de este organismo constituiría una infracción muy grave cuyo esclarecimiento y, en su caso, sanción, corresponderían igualmente a esta Comisión**, tal y como claramente establecen los artículos 79 y siguientes de la LGTel.

Téngase en cuenta, además, que **lo contrario supondría vaciar de contenido la letra h) del artículo 1.Dos.2. de la Ley 12/1997**. De poco o nada valdría que esta Comisión declarara cómo deben aplicarse las tarifas, o cómo no deben aplicarse, si posteriormente no existiera posibilidad alguna de sancionar el incumplimiento de dicha resolución. Así, de no existir la posibilidad de incoación de procedimiento sancionador con respecto a las Resoluciones de esta Comisión en materia tarifaria, y habida cuenta de que, como se ha señalado, es esta Comisión la única competente al respecto, se estaría vaciando de contenido tanto la competencia atribuida a esta Comisión en virtud del artículo 1.Dos.2 h) de la Ley 12/1997 al no existir consecuencia jurídica alguna a su incumplimiento.

Por otra parte, debe recordarse que la competencia de esta Comisión en materia tarifaria y, en concreto, con arreglo al artículo 1.Dos.2 h) de la Ley 12/1997, no fue en su momento cuestionada por TESAU en el expediente RO 2001/5734, del que se deriva la mencionada Resolución de 24 de enero de 2002, como tampoco se cuestionó en otros expedientes en los que esta Comisión ha ejercido la mencionada competencia con respecto a TESAU.

Segundo.- CON RESPECTO AL POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN SOBRE CONTROL DE PRECIOS APLICADOS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. A LA OPERADORA VIC TELEHOME, S.A. DE 24 DE ENERO DE 2002. En lo relativo a «la inexistencia de incumplimiento, por TESAU, de la Resolución de la C.M.T. de 24 de enero de 2002», TESAU considera que «no ha aplicado descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TESAU (...). Para entender que TESAU no ha podido aplicar descuentos en la forma establecida por esa C.M.T. en su resolución de 24 de Enero de 2002, es necesario partir de dos premisas, a saber:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) Que para que existiese incumplimiento sería necesario demostrar que TESAU aplicó descuentos incumpliendo el régimen de regulación de precios (...). No solamente no se ha demostrado la aplicación de tales descuentos por TESAU, sino que difícilmente la misma pudo aplicarlos, toda vez que las entidades de telefonía de uso público que formularon solicitud de intervención ante ese Organismo vieron suspendida la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público con anterioridad a la fecha de dicha resolución.
- b) Que dichos descuentos fueron aplicados con posterioridad al 24 de Enero de 2002 (...). No sólo no se han demostrado la realización de descuentos irregulares por parte de TESAU con posterioridad a la fecha en que se dicta la resolución de la C.M.T. (24-1-2002), sino que difícilmente podían realizar tal demostración cuando fueron suspendidas en la prestación del servicio telefónico con carácter previo a dicha fecha»

En el presente expediente se ha comprobado la existencia de acuerdos similares a los analizados en la Resolución de 24 de enero de 2002 anteriormente mencionada, con entidades distintas a VIC TELEHOME. Sin embargo, algunos de estos acuerdos son anteriores a dicha Resolución, por lo que no pueden ni deben tenerse en cuenta a los efectos de iniciar al respecto procedimiento sancionador alguno por posible incumplimiento de Resolución de esta Comisión. Así, por ejemplo, en el “Acuerdo entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA y LATINO TELECOM, Acciones de Marketing y Publicidad (Locutorios)”, de 1 de junio de 2001, documento no impugnado por TESAU, se adjuntan unas “Condiciones particulares Acuerdo LATINO TELECOM, S.L. TELEFÓNICA” en las que se prevé que:

«Se establece el porcentaje de **descuento por país, descrito en la tabla adjunta, aplicado sobre la facturación bruta de servicio medido de tráfico internacional, es decir, antes de aplicar Masterbono Proveedores** (...). El descuento adicional proviene de la firma de un acuerdo de colaboración publicitaria donde se incluyen acciones conjuntas de Marketing y Publicidad entre Telefónica y Latino Telecom S.L. [dicho acuerdo de colaboración se concreta en que “la Cantidad por impacto válido se valora en 3,6 pesetas por minuto de comunicación. Latino Telecom se compromete a disponer en los locales en los que explote los terminales de uso público de un cartel de señalización con la marca y logotipo de Telefónica, valorándose el impacto de comunicación en 0,5 ptas por minuto]».

De modo similar al caso de LATINO puede señalarse el de LAR, que adjunta a su escrito de 15 de enero de 2002 (antecedente de hecho Noveno) un “Acuerdo entre LAR COMUNICACIONES y TELEFÓNICA DE ESPAÑA” que articula un descuento justificado como «Contraprestación por la realización de las acciones de marketing y publicitarias (...). La cantidad por impacto válido se valora en 3,6 pesetas por minuto de comunicación».

Como se ha señalado, la fórmula de los descuentos encubiertos a través de supuestas acciones de marketing y publicitarias ya fue analizada por esta Comisión en su *Resolución sobre control de precios aplicados por Telefónica*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de España, S.A.U. a la operadora VIC TELEHOME, S.A. de 24 de enero de 2002 en la que se estableció que TESAU habría de abstenerse de realizar descuentos semejantes en el futuro. En este sentido, sin embargo, no consta que las condiciones ofrecidas a LATINO y LAR se hayan producido tras la Resolución de 24 de enero de 2002 antes citada.

Ahora bien, **la documentación recibida durante la tramitación del expediente ofrece fundados indicios de que actualmente TESAU estaría ofreciendo a la AOTEP descuentos contrarios a lo establecido por esta Comisión en su mencionada Resolución de 24 de enero de 2002, resultando en consecuencia procedente el inicio de procedimiento sancionador al respecto en el que se determine si existe o no efectivamente dicho incumplimiento y, en su caso, las sanciones que correspondan.**

Así resulta de las alegaciones de algunos operadores, que han puesto de manifiesto el incumplimiento por TESAU de la Resolución de 24 de enero de 2002. Así, por ejemplo, PLASTIC CARDS señala que existe un incumplimiento de dicha Resolución, pues TESAU mantiene su política de descuentos encubiertos a favor, una vez más, de AOTEP:

- «[TESAU] encubre [en los nuevos contratos] unas condiciones especiales no escritas que en el caso de los miembros de AOTEP llegan a suponer un 38% más un 2% adicional de descuento sobre el total de los conceptos facturados y que en empresas no pertenecientes a esta asociación significa un porcentaje menor negociado independientemente con cada una de ellas (...). Y para facilitar las liquidaciones, que antes suponían un arduo trabajo para TESAU, ahora el beneficiario del acuerdo, cada vez que TESAU le envía una factura, emite directamente otra contra TESAU por el porcentaje acordado (...). Se produce una discriminación entre sus propios clientes y no digamos a las empresas que como la nuestra en el ejercicio de su libertad han decidido trabajar con otras operadoras y por tanto no firmar el contrato impuesto por TESAU (...). El fin conseguido con esta actuación ha sido beneficiar a las empresas que operan con TESAU...»

Similares alegaciones realizar ESCOITÓFONO en su escrito de contestación al requerimiento de información de esta Comisión (antecedente de hecho decimoséptimo), en el que indica que:

- «Los acuerdos de **descuentos en concepto de Publicidad o Marketing se basan en lo mismo. La factura de Telefónica España se le aplica al cliente con los precios B.O.E. El cliente realizará el ingreso a Telefónica con el importe acordado y Telefónica le emite una autofactura o nota de abono por la diferencia**».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Del mismo modo, ESCOITÓFONO ponía en conocimiento de esta Comisión que:

- «**Telefónica nos aplicará** [a los asociados a AOTEP] **un descuento de un 38% en el total de la factura mensual**. En esta factura mensual le ingresaríamos en la cuenta bancaria el 62% del importe total y nos enviarían una nota de abono en concepto de Marketing de la diferencia, acogiéndose a que nosotros colocaríamos una pegatina en los teléfonos de monedas, donde aparecería el logotipo de Telefónica de España, S.A.»

Ha de tenerse en cuenta la importancia del testimonio de estas dos empresas, que han formado parte de la Junta Directiva de la AOTEP y, en el caso de ESCOITÓFONO, lo ha sido incluso en el período inicial al que se refieren los descuentos aludidos.

Pero, es más, se ha recibido documentación que corrobora lo alegado por los interesados. Así, aporta ESCOITÓFONO un escrito alusivo a las **“CONDICIONES GENERALES DEL ACUERDO” entre TESAU y la AOTEP** (doc.61) en el que se especifica un:

«Descuento de un 38% sobre facturación bruta (sobre todos los conceptos excepto equipos, sin incluir descuentos efectuados en factura) más un posible 2% (según crecimiento)».

También aporta ESCOITÓFONO un **“MODELO DE LIQUIDACIÓN” de AOTEP** (doc. 61) en el que se establece la siguiente tabla explicativa sobre cómo se calcula el descuento a partir de una factura que se muestra como ejemplo:

5.-MODELO DE LIQUIDACIÓN

Cuota abono	1.942,00A	
Consumos sin descuentos	7.272,94	B
TOTAL BRUTO (A+B)	9.214,94	C
Descuento acuerdo (C-38 %)	3.501,68	D
Total (C-D)	5.713,26	
I.V.A. 16 %	914,12	
TOTAL A PAGAR	6.627,38	

AOTEP explica de nuevo a sus asociados la operativa actual en otra carta remitida a los mismos:

U R G E N T E

PROCEDIMIENTO ASOCIADOS AOTEP A PARTIR 7-MARZO-02

1. Notificar al banco donde tenemos domiciliados los pagos de TELEFONICA que devuelva los recibos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Cuando recibamos la factura, realizaremos una autoliquidación de la siguiente forma:
Cogemos la Base imponible de la factura recibida y a la misma le sumamos los importes aplicados por descuentos de tráfico (Plan Universal). La cantidad resultante será nuestra nueva Base.
A esta nueva Base, le aplicamos un 38% de descuento. A la cantidad resultante le añadiremos el 16% de IVA. Este es el importe que deberemos abonar a TELEFÓNICA.
En el caso de compra de equipos, TELEFÓNICA presenta factura de venta independiente del resto. Aquí nuestro descuento es de 22,5% y TELEFÓNICA emite la factura ya con el descuento incluido.
3. Disponemos de 10 días hábiles (CAMBIO DE ULTIMA HORA: AUMENTAMOS A 10 DIAS) desde la fecha de pago de la factura (día 7 de cada mes) para realizar el ingreso en la siguiente cuenta de TELEFÓNICA:
Entidad: 0030 (BANESTO)
Sucursal: 1406 (C/ Halcón, 2 - Madrid)
D.C.: 04
Cuenta: 0030 1406 04 0000141271
Observaciones: Pago recibido mes.....correspondiente a empresa.....
Si el día 7 no hubiéramos recibido todavía el Factel, a través de la página Web de TELEFÓNICA (www.telefonicaonline.com, apartado EMPRESAS: Su factura) podemos conocer el importe Total y el detalle de nuestra factura.
4. **Para poder cuadrar nuestra contabilidad, y salvo cambio de procedimiento que sería anunciado convenientemente, deberemos hacer lo siguiente:**
Emitir factura a TELEFÓNICA por el importe de la bonificación descontada + 16% IVA. Los datos para la factura son los siguientes:
TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.
Gran Vía, 28
28013 Madrid
NIF.: A-82018474
CONCEPTO: Colaboración publicitaria mes.....
La factura NO la debemos enviar a TELEFÓNICA.
La suma del pago efectuado a TELEFÓNICA más esta factura deberá cuadrar con el importe de la factura inicial emitida por TELEFÓNICA.

Abunda AOTEP en las explicaciones a sus abonados, presentando un ejemplo práctico de la operativa anterior:

NOTA INFORMATIVA 06/02

PROCEDIMIENTO ASOCIADOS AOTEP A PARTIR 7-MARZO-02

EJEMPLO PRACTICO DE AUTOLIQUIDACION

Estas condiciones serán de exclusiva aplicación para aquellos asociados que hallan firmado y presentado el correspondiente contrato emitido por TELEFÓNICA.

RECIBIMOS FACTURA DE TELEFÓNICA CON FECHA PAGO 7/MARZO/02 (CORRESPONDIENTE A CONSUMOS DE ENERO) POR LOS SIGUIENTES IMPORTES:

BASE IMPONIBLE	0.61 Euros
+16% IVA	0.96 Euros
TOTAL FACTURA	6.97 Euros

NOS HAN REALIZADO UNOS DESCUENTOS POR TRÁFICO EN FACTURA DE 0.60 €

A LA BASE IMPONIBLE DE LA FACTURA LE SUMAMOS LOS DESCUENTOS POR TRAFICO REALIZADOS.

A LA NUEVA BASE LE PALICAMOS EL 38% DE DESCUENTO Y LE SUMAMOS EL IVA. ESA ES LA CANTIDAD QUE TENDREMOS QUE INGRESAR EN LA CUENTA DE TELEFÓNICA.

NUEVA BASE IMPONIBLE	6.61 Euros
MENOS:38% DESCUENTO	2.51 Euros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TOTAL	4.10 Euros
+16%IVA.	0.66 Euros
TOTAL A INGRESAR A TELEFÓNICA	4.75 Euros

DISPONEMOS DE 10 DIAS HABILES DESDE LA FECHA DE PAGO (DÍA 7 DE CADA MES) PARA LA REALIZAR EL INGRESO EN LA CUENTA NOTIFICADA POR TELEFÓNICA.

FACTURA DEL ASOCIADO A TELEFÓNICA:

LA BASE DE ESTA FACTURA SERA EL 38% DESCONTANDO (2.51 €) MENOS LOS DESCUENTOS POR TRAFICO EMITIDOS EN LA FACTURA ORIGINAL DE TELEFÓNICA(0.60 €)

BASE FACTURA A TELEFÓNICA	6.61 Euros
+ 16% IVA	0.31 Euros
TOTAL FACTURA	2.22 Euros

DE ESTA FORMA NUESTROS SALDOS CONTABLES Y EL IVA QUEDARAN TOTALMENTE COMPENSADOS.

Los anteriores documentos remitidos por la AOTEP a sus asociados han sido impugnados por TESAU, en tanto que serían documentos de parte no aprobados por TESAU. Sobre este particular, y sin perjuicio de que, como se señaló en su momento, ni el hecho de que el origen de los documentos esté en uno de los interesados o un tercero, ni la falta de aprobación por TESAU de los mismos, suponen en modo alguno un motivo de invalidez de los documentos, ha de señalarse que algunos de los documentos recibidos no sólo incluirían el membrete de la AOTEP, sino que, incluso, tienen impreso el fax desde el que se enviaron con la identificación de esta asociación. De este modo, parece difícilmente cuestionable el que los documentos provienen de la AOTEP, con lo que resulta, conforme a las reglas de la sana crítica, cierto su contenido, pues lo contraría resultaría en que una asociación que agrupa cerca de un centenar de empresas de telefonía de uso público, entre ellas algunas de las más importantes de España por número de líneas, habría ideado unilateralmente un procedimiento, y que sería en consecuencia aplicado por sus asociados en sus relaciones con TESAU sin que TESAU hubiera hasta el presente, que conste, presentado protesta alguna al respecto.

En todo caso, en el procedimiento sancionador iniciado de acuerdo con lo expuesto en este apartado habrá de comprobarse la validez de estos documentos y, en todo caso, la existencia de los descuentos a que aluden.

En definitiva, y a la vista de los mencionados documentos y la valoración de los mismos realizadas de acuerdo con los principios de la sana crítica, existen indicios suficientes como para que resulte necesaria la apertura de un procedimiento sancionador por posible incumplimiento de la Resolución de 24 de enero de 2002, en concreto de los siguientes apartados de su Resuelve:

- **TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA**, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, aporta TESAU un acta notarial (anexo al doc.188) en la que un notario certificaría la existencia de publicidad de TESAU realizada por ciertas empresas de telefonía de uso público. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el acta notarial aportada muestra cómo el notario se persona sólo en los locales previamente seleccionados por TESAU y da fe igualmente de fotografías tomadas al respecto por TESAU. El modo de proceder carece por tanto de objetividad alguna que hubiera podido sin embargo conseguirse fácilmente mediante un procedimiento tan sencillo como, por ejemplo, facilitar al notario el listado completo de los locales que se benefician de descuentos por publicidad para que éste seleccionara un número determinado de ellos y pudiera de este modo certificar la existencia de publicidad más allá de cuatro locales previamente escogidos por TESAU. De este modo, el acta aportada no sólo no acredita la existencia de publicidad en todos los locales a los que en principio habría de extenderse, sino que los locales sobre los que se levanta el acta no han sido siquiera libremente elegidos por el notario o seleccionados mediante cualquier mecanismo aleatorio, sino que han sido previamente facilitados por TESAU. Por ello, y dado que de acuerdo con los principios de la sana crítica no puede en modo alguno considerarse asegurado por el acta notarial aportada que el descuento aportado por TESAU se realice como contraprestación a una publicidad previa de la empresa de telefonía de uso público que lo recibe, resulta igualmente necesario que el procedimiento sancionador anteriormente aludido esclarezca igualmente si existe o no un incumplimiento del siguiente apartado de la Resolución de 24 de enero de 2002 antes citada:

- Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados habrá **de responder a una causa existente, lícita y verdadera.**

Por último, la propia TESAU viene a reconocer que para poder prestar a TESAU servicios de publicidad remunerados por ésta estaría exigiendo previamente la contratación de su servicio telefónico fijo disponible al público. Así, expone TESAU en sus alegaciones que «esta C.M.T. debe reconocer que existe una clara necesidad para el adecuado desarrollo del contrato –no olvidemos, que el acuerdo se refiere a acciones de publicidad- de mantener cierto volumen de servicio telefónico con mi representada puesto que sino de poco valdrá llenar de pegatinas y anagramas los locutorios o los terminales si luego no se le ofrece la posibilidad al cliente final de utilizar el servicio telefónico de mi representada» (doc.188, pág.55). Lo anterior vuelve a ser mencionado por la propia TESAU en su escrito de alegaciones cuando señala que considera «para del objeto del contrato [de publicidad] que mi representada exija un mínimo nivl de tráfico telefónico con ella» (doc. 188, pág.55) -que, por otra parte, parece que se realizaría además con carácter de exclusividad, esto es, de forma que no sólo se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vincularía contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público de TESAU sino que se haría obligatorio para todas las comunicaciones de la empresa de telefonía de uso público-, de este modo, y a raíz de las propias declaraciones de TESAU, existen indicios de que podría existir un incumplimiento del siguiente apartado del mencionado Resuelve de la Resolución de 24 de enero de 2002,:

- TELEFÓNICA no podrá vincular contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público a otras prestaciones que su cliente realice en su favor».

En consecuencia, y a la vista de todo lo expuesto, procede que en esta misma Resolución se acuerde el inicio de procedimiento sancionador a TESAU por posible incumplimiento de la *Resolución sobre control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.U. a la operadora VIC TELEHOME, S.A.*, de 24 de enero de 2002, acordada en el expediente RO 2001/5734.

III.4. INCUMPLIMIENTO REITERADO POR TESAU DE REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN DE ESTA COMISIÓN.

Primero.- POSIBLE INCUMPLIMIENTO REITERADO DE REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN SOLICITANDO DETERMINADOS CONTRATOS. Esta Comisión, mediante escrito de 27 de diciembre de 2001, requirió a TESAU para que remitiera la siguiente información:

- Copia de todos y cada uno de los contratos, acuerdos, promociones u ofertas de cualquier tipo que TESAU haya aplicado desde el momento en que se comenzó a prestar el servicio a LATINO TELECOM, S.L., AMNA TELECOM, S.L., ESCOITOFONO, S.L., TELECOMUNICACIONES SERVICIOS AVANZADOS DE TELEFONÍA, S.L., VIC TELEHOME, S.A., BLUECOM COMUNICACIONES, S.A., CINDETEL BALEARES, S.A., ADETEL (ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DEL TELECOMUNICACIONES), GRUPO COMYTEL, COBRE TELECOMUNICACIONES STR S.A., LAR COMUNICACIONES, S.L., PROXIMA COMMUNICATION desde la fecha en que se comenzó a prestarles servicio hasta el momento presente, estén o no siendo actualmente aplicados.

Transcurrido el plazo de 10 días concedido para la contestación al mencionado requerimiento, no se recibió la misma, pese a registrarse el 16 de enero un escrito de TESAU solicitando ampliación del plazo para poder contestar.

Ante la falta de respuesta tras el plazo prorrogado a instancias de TESAU, esta Comisión, procedió, mediante escrito de 18 de febrero de 2002, a reiterar el requerimiento, exponiendo que “el incumplimiento del presente requerimiento, al ser reiteración de una cuestión formulada en un requerimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anterior a la que TESAU ha eludido referirse, podría dar lugar a la incoación de expediente sancionador al amparo de lo dispuesto en el artículo 79 punto 17 de la Ley General de las Telecomunicaciones”.

El 7 de marzo de 2002 se recibió escrito de TESAU en el que se exponía que

- «por medio del presente escrito y de conformidad con el artículo 76.Uno de la LJPAC, Telefónica de España viene a dar cumplimiento en tiempo y forma, al requerimiento en el expediente de referencia mediante la aportación de la siguiente documentación:
 - Contrato-tipo para la realización de actuaciones de marketing y publicidad de productos y servicios de Telefónica de España, aportado ya por mi representada en su escrito de fecha 11-2-2002 (DOCUMENTO nº UNO), y que es el que hasta ahora estaba vigente.
 - Contrato-tipo de prestación de servicios de telefonía fija (DOCUMENTO Nº DOS), presentado, para su firma, por Telefónica de España a las empresas destinadas a la explotación comercial en régimen de telefonía de uso público (...).
 - Contrato-tipo de prestación de servicios de telefonía fija destinados a la explotación comercial en régimen de telefonía de uso público (locutorios) (DOCUMENTO nº TRES), presentado, para su firma, por Telefónica de España a las empresas destinadas a la explotación comercial en régimen de telefonía de uso público (Locutorios) (...).

Los contratos aportados como documentos 2 y 3 pretendían y pretenden regir a partir del 1 de marzo de 2002 las relaciones con los explotadores de líneas para la Telefonía de Uso Público, en sustitución del apartado como documento número 1 (...)».

Tal y como puede comprobarse, TESAU no respondió al requerimiento de información que le fue formulado y reiterado. En efecto, TESAU aportaba unos contratos-tipo, cuando lo que se le había requerido era **«copia de todos y cada uno de los contratos, acuerdos...»** a determinadas empresas, no habiéndose recibido copia de ninguno de ellos.

Por ello, mediante escrito de 14 de marzo de 2002, esta Comisión reiteró POR SEGUNDA VEZ a TESAU que aportara la información requerida:

- **Copia de todos y cada uno de los contratos, acuerdos, promociones u ofertas de cualquier tipo que TESAU haya aplicado desde el momento en que se comenzó a prestar el servicio a LATINO TELECOM, S.L., AMNA TELECOM, S.L., ESCOITOFONO, S.L., TELECOMUNICACIONES SERVICIOS AVANZADOS DE TELEFONIA, S.L., VIC TELEHOME, S.A., BLUECOM COMUNICACIONES, S.A., CINDETEL BALEARES, S.A., ADETEL (ASOCIACION DE EMPRESARIOS DEL TELECOMUNICACIONES), GRUPO COMYTEL, COBRE TELECOMUNICACIONES STR S.A., LAR COMUNICACIONES, S.L., PROXIMA COMMUNICATION desde la fecha en**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se comenzó a prestarles servicio hasta el momento presente, estén o no siendo actualmente aplicados.

En este sentido, se indicó a TESAU que en el expediente de referencia consta copia de algunos de los mencionados contratos y no coinciden en modo alguno con los “contratos-tipo” aportados por TESAU en su contestación, con lo que resultaba evidente que TESAU no había aportado copia de todos y cada uno los contratos firmados con las entidades señaladas en el requerimiento.

Asimismo, se puso de manifiesto que el artículo 1.Dos.2.i) de la Ley 12/1997 de 24 de abril habilita a esta Comisión para el ejercicio de la potestad sancionadora en caso de incumplimiento de los requerimientos de información formulados en el ejercicio de sus funciones. Concretamente, se indicó a TESAU que el incumplimiento del presente requerimiento, al ser reiteración de una cuestión formulada en un requerimiento anterior a la que TESAU había eludido referirse, podría dar lugar a la incoación de expediente sancionador al amparo de lo dispuesto en el artículo 79 punto 17 de la Ley General de las Telecomunicaciones que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la CMT.

Finalmente, tras solicitar una nueva ampliación de plazo mediante escrito con entrada en esta Comisión fechado el día 16 de abril de 2002, TESAU procedió a contestar mediante escrito con entrada en esta Comisión fechado el día 8 de mayo de 2002, una vez más de forma manifiestamente incompleta, por cuanto TESAU aporta tan sólo los contratos que firmó con las distintas empresas el 1 de junio de 2001, pero no aporta los contratos anteriores, cuando una y otra vez se le ha requerido y reiterado que los presente TODOS “estén o no siendo actualmente aplicados”, siendo en consecuencia procedente que por esta Comisión se inicie procedimiento sancionador por posible incumplimiento reiterado del mencionado requerimiento y subsiguiente infracción tipificada en el artículo 79.17 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Segundo.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN CON RESPECTO A LAS ENTIDADES DE TELEFONÍA DE USO PÚBLICO A LAS QUE TESAU PRESTABA SERVICIO Y AQUELLAS A LAS QUE HABÍA INTERRUMPIDO O SUSPENDIDO EL SERVICIO. Esta Comisión, mediante escrito de 27 de diciembre de 2001 requirió a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) que aportara la siguiente información:

1. Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU prestara servicio a 1 de enero de 2001 (con su dirección, a los efectos derivados de los artículos 34 y 39.2 de la LJPAC), señalando para cada una de ellas el total de líneas en dicha fecha, así como el número de total de minutos y llamadas cursados en 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

ENTIDAD	Nº de líneas (1/1/01)	Nº Minutos (año 2000)	Nº Llamadas (año 2000)

- Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU haya suspendido o interrumpido el servicio en 2001, señalando para cada una el momento de inicio y finalización de la suspensión o interrupción, así como el número de líneas afectadas. Igualmente, señale los motivos por los que se procedió a la suspensión o interrupción, indicando.

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	Nº de líneas afectadas	Motivos de la suspensión o interrupción

Transcurrido el plazo de 10 días concedido para la contestación al mencionado requerimiento, no se recibió la misma, pese a registrarse el 16 de enero un escrito de TESAU solicitando ampliación del plazo para poder contestar.

Ante la falta de respuesta tras el plazo prorrogado a instancias de TESAU, esta Comisión, procedió, mediante escrito de 15 de febrero de 2002, a reiterar el requerimiento, exponiendo que “el incumplimiento del presente requerimiento, al ser reiteración de una cuestión formulada en un requerimiento anterior a la que TESAU ha eludido referirse, podría dar lugar a la incoación de expediente sancionador al amparo de lo dispuesto en el artículo 79 punto 17 de la Ley General de las Telecomunicaciones”.

Ante la necesidad de contar cuanto antes con la identificación de los interesados que TESAU no facilitaba, con la finalidad de permitirles ejercer sus legítimos derechos en el procedimiento, el 18 de febrero de 2002, esta Comisión remitió requerimiento a TESAU en los siguientes términos:

«De acuerdo con el artículo 39.2 de la LJPAC, “los interesados en un procedimiento que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados que no hayan comparecido en él tienen el deber de proporcionárselos a la Administración actuante”.

En este sentido, esta Comisión, (...), requiere por la presente TESAU que aporte la siguiente información:

- Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU prestara servicio a 1 de enero de 2001 (con su dirección, a los efectos derivados de los artículos 34 y 39.2 de la LJPAC).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU haya interrumpido el servicio en todas o alguna de sus líneas, por los motivos que sea, a partir del 1 de agosto de 2001».

El 8 de marzo de 2002 se recibió en esta Comisión escrito de TESAU que hacía referencia a los dos requerimientos señalados en este apartado Segundo exponiendo que:

- «A la vista de la identidad de la información contenida en ambos requerimientos, Telefónica de España considera la existencia de un único requerimiento de información».

En este sentido, continua el escrito de TESAU en los siguientes términos:

«Por medio del presente escrito y de conformidad con el artículo 76.Uno de la LJPAC, Telefónica de España viene a dar cumplimiento, en tiempo y forma, a los requerimientos formulados en el expediente de referencia y sobre la base de las siguientes alegaciones:

Única.- Telefónica de España ha cumplimentado los mencionados requerimientos en tiempo. En efecto, con fecha 11 de febrero de 2002, mi representada remitió a la CMT la información requerida en el seno del expediente RO 2001/5734, toda vez que, como se indicaba en el punto II, se habría producido una acumulación de los expedientes, de conformidad con lo señalado en el apartado quinto de la resolución de 27 de diciembre de 2001 dictada en el expediente OM 2001/5789.

Al escrito remitido por Telefónica de España se adjuntaban los datos referidos a la suspensión del servicio a las empresas prestadoras de servicios de telefonía de uso público.

Asimismo, se indicaba a esa Comisión la dificultad que concurría en la localización de todas las entidades de telefonía de uso público a las que se presta servicio, *ya que muchas de ellas están en segmentos, como el de Gran Público "que carecen de un seguimiento comercial específico (...). No obstante, si esa CMT nos hace llegar algún criterio selectivo para su elección, podríamos aportar los datos del grupo escogido".* A pesar de las dificultades comentadas, tras la realización de un importante esfuerzo, procedemos a adjuntar como Documento nº UNO, los datos relativos al tráfico prestados a las entidades de telefonía de uso público».

Pese a lo declarado, TESAU no contestaba en debida forma a los requerimientos de información expuestos y así se le comunicó.

En efecto, por una parte TESAU decía haber aportado en el expediente RO 2001/5734 relación de las empresas de telefonía de uso público de que tiene conocimiento. Sin embargo, la relación aportada resultaba incompleta pues esta Comisión tenía conocimiento de empresas que habían recibido cartas de TESAU para que firmaran los contratos-tipo de TESAU para telefonía de uso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

público al constar como interesadas en los expedientes RO 2002/6162, RO 2002/6180, RO 2002/6590 y en el presente expediente. De hecho, en el marco del expediente RO 2002/6162, remitió TESAU, mediante escrito de 24 de abril de 2002, un listado de empresas que incluían numerosas entidades no relacionadas en su respuesta. En consecuencia, TESAU estaba remitiendo sus contratos-tipo para telefonía de uso público a empresas que estimaba que prestan dicho servicio y, sin embargo, no las había incluido en la relación aportada a esta Comisión. Todo ello se le comunicó a TESAU con la finalidad de cumplir su solicitud anteriormente transcrita de que «si esa CMT nos hace llegar algún criterio selectivo para su elección, podríamos aportar los datos del grupo escogido».

Por otra parte, el requerimiento pedía que se diferencien dos relaciones:

- 1) la de aquellas empresas de telefonía de uso público (como mínimo tendrían que estar todas a las que TESAU había remitido sus contratos-tipo para telefonía de uso público, como queda dicho), y
- 2) la de aquellas de la relación anterior a las que haya interrumpido el servicio en todas o alguna de sus líneas, por los motivos que sean, a partir del 1 de agosto de 2001.

En consecuencia, se recordaba a TESAU que debía aportar las dos relaciones requeridas debidamente diferenciadas.

En tercer lugar, se pedía a TESAU la **dirección** de las empresas relacionadas, con el objeto de que por esta Comisión se les pueda notificar la existencia del presente requerimiento para que puedan comparecer en defensa de sus derechos e intereses legítimos y directos, tal y como establecen los artículos 34 y 39.2 de la LJPAC. La falta de contestación de TESAU impide a estas empresas la defensa de sus mencionados derechos e intereses ante esta Comisión. En consecuencia, TESAU se indicó a TESAU que debía proceder a incluir la dirección, necesaria para proceder a comunicar a dichas entidades la existencia de este procedimiento.

En cuarto lugar, se exigía relación de las líneas de cada una de las empresas de telefonía de uso público a 1 de enero de 2001, así como el total de minutos y llamadas cursados durante 2000 por cada una de ellas. Sin embargo, en la respuesta de TESAU se incluía tan sólo una relación de las “numeraciones a 1 de enero” y otra relación de las “numeraciones a 1 de febrero”, sin que resultara claro a qué año se refieren. Igualmente, TESAU aportaba sólo los minutos en enero (nuevamente no especificaba el año), faltando las llamadas y los totales para 2000. En consecuencia, se exigió a TESAU que contestara al requerimiento aportando la información en el mismo solicitada y, por tanto, las líneas a 1 de enero de 2001 con los consumos de minutos y el número de llamadas totales correspondientes a 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En quinto lugar, se exigía relación de todas las entidades de telefonía de uso público a las que se hubiera procedido a interrumpir o suspender el servicio desde 1 de agosto de 2001 hasta el momento de la contestación de TESAU, incluyendo el número de líneas afectadas, la fecha de inicio de la suspensión e interrupción y la finalización de la suspensión e interrupción, junto al motivo de la misma. En este sentido, TESAU aportaba una relación en la que se aludía a “fecha propuesta de suspensión”, no contestando por tanto a lo requerido, esto es, la fecha efectiva de la suspensión, la fecha de finalización de la misma, el número de líneas afectadas y los motivos, e igualmente con respecto a las interrupciones del servicio.

En consecuencia, esta Comisión reiteró de nuevo los requerimientos mencionados en este apartado Segundo:

- Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU prestara servicio a 1 de enero de 2001 (con su dirección, a los efectos derivados de los artículos 34 y 39.2 de la LJPAC).
- Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU haya interrumpido el servicio en todas o alguna de sus líneas, por los motivos que sea, a partir del 1 de agosto de 2001».

1. Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU prestara servicio a 1 de enero de 2001 (con su dirección, a los efectos derivados de los artículos 34 y 39.2 de la LJPAC), señalando para cada una de ellas el total de líneas en dicha fecha, así como el número de total de minutos y llamadas cursados en 2000.

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

ENTIDAD	Nº de líneas (1/1/01)	Nº Minutos (año 2000)	Nº Llamadas (año 2000)

2. Entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU haya suspendido o interrumpido el servicio en 2001, señalando para cada una el momento de inicio y finalización de la suspensión o interrupción, así como el número de líneas afectadas. Igualmente, señale los motivos por los que se procedió a la suspensión o interrupción, indicando.

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	Nº de líneas afectadas	Motivos de la suspensión o interrupción

Una vez más, se ponía de manifiesto a TESAU que el artículo 1.Dos.2.i) de la Ley 12/1997 de 24 de abril habilita a esta Comisión para el ejercicio de la potestad sancionadora en caso de incumplimiento de los requerimientos de información formulados en el ejercicio de sus funciones. Concretamente, el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incumplimiento del presente requerimiento, al ser reiteración de una cuestión formulada en un requerimiento anterior a la que TESAU ha eludido referirse, podría dar lugar a la incoación de expediente sancionador al amparo de lo dispuesto en el artículo 79 punto 17 de la Ley General de las Telecomunicaciones que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la CMT.

Finalmente, el 9 de mayo de 2002 se recibió escrito de TESAU en el que aportaba un listado de 55 empresas, señalando que **“al igual que ya se ha señalado en escritos anteriores y en el curso de este mismo expediente, Telefónica de España no quiere dejar de destacar que el listado remitido a la CMT, y que actualizamos mediante el presente escrito, incluye a las entidades más significativas que prestan el servicio de Telefonía de uso público”**.

En este sentido, se ha reiterado a TESAU la necesidad de contar con la identificación de TODAS las empresas de telefonía de uso público con su dirección, pues de otra manera se les está impidiendo la posibilidad de ejercer sus derechos de contradicción y defensa en el presente procedimiento así como el resto de los derechos que como interesados en el procedimiento les corresponden a TODAS (y no sólo a las que unilateralmente TESAU considere como “las entidades más significativas”). Igualmente, la falta de contestación de TESAU ha impedido disponer de más datos para poder cuantificar la dimensión del mercado, la posición del Grupo Telefónica en el mismo y la repercusión de las suspensiones o interrupciones del servicio operadas.

La falta de respuesta de TESAU a los mencionados extremos, tras dos requerimientos a su vez reiterados, implica la necesidad de iniciar al respecto procedimiento sancionador por posible subsiguiente infracción tipificada en el artículo 79.17 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Sobre este extremo, TESAU alega que «la categoría del Art.31 b) son los referidos a titulares de derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte y a los titulares de intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el expediente. Dentro de esta categoría debe tenerse muy presente lo razonado en alegaciones anteriores; la indefinición del ejercicio de la potestad y la falta de cumplimiento de la finalidad exigible hace que TESAU se encuentre en situación de verdadera indefensión pues la falta de concreción del ejercicio de aquella potestad hace que esta parte no pueda saber qué es lo que realmente se solicita y, principalmente, para qué se solicita. Si este expediente trae causa de una denuncia por corte de suministro y restablecimiento del servicio entendemos que se solicite información sobre las empresas a las que se ha adoptado tal medida, pero no acertamos a comprender para qué se nos pide información sobre “Todas las entidades de Telefonía de Uso Público a las que TESAU prestara servicio a 1 de Enero de 2001”. Desde luego, a la vista del informe que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comentamos, es claro que la C.M.T., so pretexto del ejercicio de aquella potestad, perseguía algo más que sólo se ha concretado en aquélla. Paralelamente, a la vista de las imputaciones que se hacía a esta parte en la propuesta de resolución, el concepto de interés de interés legítimo y titular de derechos es absolutamente indefinido, lo que demuestra el incumplimiento de la finalidad y el principio de proporcionalidad antes aludido (...). Si se impusiera la necesidad de comunicar el procedimiento a todos los titulares de intereses legítimos que, directa o indirectamente, pudieran resultar afectados por la resolución, se daría lugar a una presencia prácticamente inagotable de administrados o grupos representativos de intereses colectivos, que harían el emplazamiento interminable y casi siempre incompleto. Esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, en el que la C.M.T. se extralimita y pide información de imposible cumplimiento, pues los datos que pide aparte de los suministrados por TESAU, no se conocen por nuestra representada (...). La pregunta que debería resolver la C.M.T. es qué interés legítimo y directo tiene en un expediente de información sobre corte de suministro y pretensión de restablecimiento de servicio, más allá de la búsqueda del cumplimiento de la legalidad, una empresa de Telefonía de Uso Público a la que no se le ha cortado el suministro. Debemos recordar, una vez más, que esta era la causa, la finalidad y el objetivo que debería haber inspirado la actuación administrativa». Igualmente, vuelve TESAU a reiterar su alegación de que «no parece lógico que la C.M.T. pueda sancionar por incumplir un requerimiento de información si la información que se pide no debería ser solicitada al revasar sus competencias y si, por ende, no hay obligación de suministrarla»

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, no es admisible la pretensión de TESAU de limitar el conocimiento de esta Comisión en el presente expediente a las cuestiones referentes a cortes de suministro, sin tener en cuenta el resto de hechos y cuestiones que se deriven del expediente y que se ponen de manifiesto en los escritos que iniciaron el presente procedimiento. No existe, así, extralimitación en el ejercicio de la potestad de recabar información por esta Comisión, sino que los requerimientos de información se han realizado con la finalidad de dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 12 y 89 de la LJPAC.

El conocimiento de las entidades de uso público a las que TESAU prestara servicio en 2001 resultaba procedente no sólo para facilitar la cuantificación el mercado con miras al ejercicio por esta Comisión de sus competencias en materia de defensa de la competencia, motivo éste por el que se solicitaban al respecto determinados datos relativos a número de líneas, llamadas y minutos, sino que resultaba conveniente la puesta en conocimiento de la tramitación del presente procedimiento al resto de entidades de uso público con la finalidad de que aquellas que se consideraran afectadas en sus intereses o derechos pudieran personarse en el expediente y ejercer los derechos que la legislación les reconoce y que, como se ha expuesto repetidamente, esta Comisión considera necesario estimular tanto con respecto a TESAU como con respecto a las entidades que operan en el mercado. En este sentido, debe tenerse en cuenta que según algunas entidades, como PLASTIC CARDS, «el número de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

empresas personadas es muy bajo en comparación con el de empresas afectadas. Este fenómeno tiene su fundamentación en dos factores, de un lado las maniobras coactivas realizadas por TESAU y de otro el desconocimiento de muchas pequeñas empresas de donde acudir para hacer prevalecer sus derechos», o el GRUPO COMYTEL «sólo el temor a la tremenda contundencia de las decisiones unilaterales de TESAU ha frenado al sector a denunciar algunas de sus prácticas», por lo que hubiera sido deseable que esta Comisión se hubiera podido poner en contacto con los posibles afectados para comunicarles la existencia del presente procedimiento y estimular el ejercicio de los derechos que como posibles interesados les reconoce la legislación vigente.

No resulta procedente que TESAU se autoarrogue la competencia de decidir no sólo cuáles deben ser las cuestiones debatidas en el presente expediente, sino también cuáles han de ser o no los interesados en el procedimiento negando a esta Comisión a continuación la identificación de los mismos.

TESAU alega que no dispone de la información solicitada pues no tenía identificadas las empresas a las que prestaba servicio en 2001. Sin perjuicio de que, en todo caso, con respecto a las empresas que TESAU sí ha aportado a esta Comisión faltan, no obstante, los datos requeridos, con lo cual existiría de por sí un incumplimiento del requerimiento, será en el procedimiento sancionador abierto con respecto a los posibles incumplimientos mencionados en este apartado donde se dilucidará si, por ejemplo, de todas las empresas de telefonía de uso público a las que TESAU ha remitido en 2002 sus nuevos contratos sólo prestaba servicio en 2001 a las que facilita en su listado.

Por otra parte, TESAU indica, con respecto a que en la pág.13 del Informe remitido por esta Comisión se dice *“...la relación es incompleta pues esta Comisión tiene conocimiento de empresas que han recibido carta de TESAU... y faltan en dicha relación...”*, y en la pág. 39 del mismo Informe se dice *“...Igualmente, hay empresas que han alegado suspensiones e interrupciones del servicio desde 2001, no están en el listado facilitado por TESAU...”*, que, «a la vista de lo anterior, TESAU plantea una triple pregunta: 1) si se dispone de la información por parte de la C.M.T. ¿por qué, para qué y con qué finalidad se pide a TESAU? y 2) si C.M.T. conoce empresas interesadas cuyos derechos e intereses legítimos se verían afectados por la resolución que se dicte ¿por qué no se les emplaza de oficio? y 3) (...) ¿quién incumple el deber de notificar y quién causa indefensión? ¿TESAU que tiene que adivinar qué es lo que quiere la C.M.T. o la C.M.T. que parece tener perfectamente claro qué es lo que persigue y conociendo empresas afectadas no les comunica la existencia del procedimiento?».

Sobre este particular, es necesario destacar que esta Comisión no tenía la información solicitada. Simplemente, la vista de la relación de entidades de telefonía de uso público que han comunicado a esta Comisión su desacuerdo con los contratos propuestos por TESAU o la interrupción del servicio por dicho operador en 2002 en los expedientes que esta Comisión tramita al efecto, junto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a las relaciones aportadas por la propia TESAU en el marco de los expedientes RO 2001/5734 y RO 2001/6162 parece mostrar que la respuesta a los requerimientos de información de esta Comisión no habría sido completa. Por otra parte, la demora en la respuesta de TESAU y el haber sido dicha respuesta incompleta ha supuesto la necesidad de continuar la tramitación del expediente sin la personación de las distintas entidades, con la finalidad de dar solución a las cuestiones planteadas en el expediente en un plazo que no supusiera por su excesiva dilación una indefensión a las entidades ya personadas.

En cuanto a la alegación Octava de TESAU, en la cual manifiesta que «habría que preguntarse hasta qué punto puede la C.M.T. sancionar a una operadora que incumple un requerimiento de información relacionado sobre una materia sobre la que no tiene competencia sustantiva. La respuesta es clara: la C.M.T. está empleando una potestad instrumental, la de sancionar, basada en un incorrecto ejercicio de otra potestad instrumental, la de obtener información, en relación con su función sustantiva. Piénsese en materia de precios, que se analizan profusamente en este expediente, y sobre los que la C.M.T. no tiene competencia sustantiva por corresponder al Ministerio», debe recordarse que los requerimientos y sus reiteraciones se realizaron en ejercicio de las funciones que esta Comisión tiene atribuidas y, en concreto las que 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 12/1997), en su artículo 1.Dos.1, establece con respecto al objeto de esta Comisión de 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 los precios** en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones). Así, en efecto, para el cumplimiento de los objetos señalados, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de diversas funciones, entre ellas:

- (i) letra c) del artículo 1.dos.2 la Ley 12/1997: velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias.
- (ii) letra f) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: 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 el suministro de red en condiciones de red abierta, así como **la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios**.
- (iii) el artículo 1.Dos.2, letra h), que indica que “la CMT **vigilará la debida aplicación de las tarifas por los operadores**, adoptando al efecto las resoluciones que procedan”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, TESAU alega que «TESAU ha cumplido los requerimientos pues ha aportado los documentos solicitados». En este sentido, en primer lugar indica TESAU que «debe quedar constancia de que parte de la información solicitada ya estaba en poder de la C.M.T. Efectivamente, en diversas ocasiones, en el Informe se evidencia este aspecto, concretamente en la página 37, párrafo quinto se afirma... *“Sin embargo, la relación es incompleta pues esta Comisión tenía conocimiento de empresas que habían recibido cartas de TESAU para que firmaran los contratos tipo de TESAU para telefonía de uso público”*. Esta afirmación supone: 1) que la propia C.M.T. reconoce implícitamente que no hay incumplimiento al hablar de relación incompleta; 2) que la propia C.M.T. reconoce que tiene “conocimiento de empresas” luego no parece lógico pedir una información que ya se tiene; 3) que se nos imputa indefensión de terceros por lo que si la C.M.T. conoce a estos terceros la responsabilidad en la falta de emplazamiento no es nuestra sino suya; 4) que si se tiene ya la información y no obstante se pide, amén de ir contra el principio de economía procedimental, parece deducirse una “inducción de la C.M.T. a la comisión de la infracción” (...). En relación con lo anterior, recordamos que TESAU en uno de sus escritos indicó que ya se habían cumplimentado los mencionados requerimientos en tiempo, pues en fecha 11 de Febrero de 2002 se remitió la información requerida en el seno del expediente RO 2001/5734, expediente acumulado (...). Por último, recordamos que TESAU ya manifestó las dificultades que concurrían en la localización de todas las entidades de telefonía de uso público a los que presta servicio (...) con ello queremos significar la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de suministrar la información en los términos en los que había sido planteado por la C.M.T. Sabido es que lo actos de contenido imposible son nulos de pleno derecho...»

Finalmente, llega TESAU a considerar que «cosa muy diferente sería que estos documentos no fueran los que quería la C.M.T. o que la documentación aportada estuviese incompleta. Ello nos lleva a preguntar si el incumplimiento del que se nos acusa debe ser total o parcial (...). Sería parcial si TESAU remite la información que a su juicio es la que pide la C.M.T. En este caso no hay incumplimiento; es más, existe un vacío legal o falta de tipificación pues el legislador no ha previsto este supuesto porque no es lo mismo no contestar que no contestar lo que se nos pide exactamente». En cuanto a la reiteración, TESAU alega que «no es lo mismo no contestar y reiterar el requerimiento, que contestar y reiterar el requerimiento». A este respecto, considera TESAU que «en el primer caso se dará el tipo legal; en el segundo no, pues la reiteración exige una repetición de lo mismo pero no sólo desde un punto de vista formal, que es la fórmula empleada por la C.M.T., sino desde un punto de vista material, esto es, solicitando a TESAU aquello que a juicio de la C.M.T. debe ser remitido». .

A este respecto debe señalarse que, aparte de que TESAU reconoce que contestar sólo a parte de lo solicitado es, aunque parcial, un incumplimiento, el legislador en modo alguno alude como infracción a la falta de contestación a lo «que se pide exactamente», sino que lo tipificado es, en sí, «el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información reiterados por la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones», tal y como claramente establece el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

artículo 79.17 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. De este modo, no es admisible la pretensión de TESAU de que basta con contestar lo que sea para que el requerimiento se haya cumplido, sino que debe contestarse a lo solicitado. En este sentido, precisamente, esta Comisión ha sido muy explícita en su reiteración al requerimiento al señalar a TESAU cómo la información aportada no cumplía con lo requerido, mostrando detalladamente los motivos por los que se estimaba así.

En todo caso, es en el marco del procedimiento sancionador donde habrá de dilucidarse la existencia o inexistencia de incumplimiento reiterado de los requerimientos de información mencionados en este apartado, por lo que sin perjuicio haber tenido en cuenta las alegaciones formuladas por TESAU al respecto en su contestación a la audiencia, procede que sea en el mismo donde se fijen de modo definitivo.

Por otra parte, con respecto a los posibles incumplimientos reiterados de los requerimientos de información de esta Comisión anteriormente expuestos se recibieron en esta Comisión, en su contestación al Informe remitido a las partes junto a la comunicación de inicio del trámite de audiencia, escritos de diversas entidades indicando, frente a las anteriores consideraciones de TESAU, que habría de actuarse con respecto a la falta de contestación de TESAU a los mismos.

Así, el 13 de junio de 2002 se registró la entrada en esta Comisión de escrito de VIC TELEHOME en el que se ponía de manifiesto, entre otras alegaciones, que «TESAU ha procedido a ignorar los distintos requerimientos de información que, desde el 28 de diciembre de 2002, le han sido solicitados por esta Comisión, en alguna ocasión mostrando una falta de respeto inaudita con este órgano y rayana en la grosería, como en el escrito de 7 de marzo de 2002, en que se envían unos contratos-tipo para la prestación del servicio de telefonía fija que nada tenían que ver con los contratos solicitados por la Comisión, quizás con la oculta esperanza de que esta Comisión no se diera cuenta de la más que notable diferencia entre uno y otro o de que, “por esta vez”, dejaran pasar la gravedad de las cuestiones que están siendo objeto de conocimiento por parte de la Comisión. Esta parte quiere dejar constancia de su consternación por esta actitud de TESAU, la cual, en este y en otros expedientes relaciones con el sector de Telefonía de Uso Público, parece pretender colocarse por encima del bien y del mal, de las competencias de esta Comisión, de la ley y del Derecho, mientras en el ínterin acaba mediante actos ilícitos con la incipiente competencia en el sector».

Por su parte, PLASTIC CARDS, mediante escrito con entrada registrada el 11 de junio de 2002 señalaba que «en cuanto a las negativas reiteradas de TESAU ante los requerimientos de la CMT señalarles *“que tienen el listón muy alto”*, pues la actitud mantenida por TESAU, aparte de constituir una infracción muy grave, agravada por un lado por la negativa a declarar todos los afectados cercenando así sus



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derechos, y de otro al prolongar artificialmente la resolución de los expedientes (...). Califiquen ustedes la posición en la que quedan las empresas y personas que colaboran con ese organismo cuantas veces son requeridos costándoles tiempo y dinero e incluso llegando a ser vilipendiadas por esta razón».

Tercero.- CON RESPECTO AL INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR POSIBLE INCUMPLIMIENTO POR TESAU DE REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN REITERADOS. El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el procedimiento sancionador incoado en virtud de los preceptos expuestos con respecto a los posibles incumplimientos de requerimientos reiterados de información por TESAU aludidos en este apartado de los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución, a tenor de lo establecido en los artículos 76.1 y 84.1.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y el artículo 1 apartado Dos.2.I, en relación con el apartado Tres del mismo artículo de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, según el cual corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de la instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

III.4. CON RESPECTO A LA LIBRE COMPETENCIA.

La primera alegación de TESAU con respecto a las materias analizadas en este apartado es la expuesta como Novena en su escrito, en la que se señala que «considera que este órgano sectorial carece de competencia para analizar o calificar las conductas presuntamente imputadas a mi representada (...). TESAU se limita a poner de manifiesto, a los efectos oportunos, la incompetencia de la C.M.T. para resolver este expediente».

Sobre este particular, 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 defensa de la 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 interno³.

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 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

³ 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

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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. Ella 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 funciones⁴:

⁴ 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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.

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

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.
- 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.⁵

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 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.

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

⁵ 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 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

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:

"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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

A) MERCADOS RELEVANTES.

Los mercados de producto que resultan afectados con motivo de las distintas actuaciones de TESAU que se denuncian por los interesados 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 de producto, TESAU propone una definición de mercado distinta. Así, en su alegación Décima escribe que «la C.M.T. define los mercados relevantes como el mercado de telefonía fija y el mercado descendente de servicio de telefonía de uso público; sin embargo, el primero de ellos podría ser mucho más restrictivamente definido si se hubieran tenido en cuenta las características del concreto sector de la telefonía de uso público. Así, consideramos que el primero de los mercados relevantes debería ser definido como el de la provisión de Servicio Telefónico Básico (STB, en adelante) para telefonía de uso público, en el que se encontraría TESAU. Desde el punto de vista de la oferta, se realiza un planteamiento diferenciado de otros mercados dentro de la provisión de STB, dado que lo que se demanda es un gran volumen de tráfico y, por lo tanto, se realizan ofertas consistentes en descuentos por volúmenes muy elevados (el Masterbono Proveedores, en el caso de TESAU). Desde el punto de vista de la demanda, la necesidad de un gran volumen de tráfico para revender y el tipo de tráfico, generalmente internacional (sobre todo en el segmento de tráfico destinado a locutorios), suelen ser características básicas de este mercado, en el que, además, los demandantes son revendedores con un relevante poder de compra basado principalmente en el volumen de tráfico que gestionan. Respecto a la posición de TESAU en dicho mercado, sería discutible que la misma tuviera posición de dominio en el mismo»

Sin embargo, no es correcto lo alegado por TESAU. 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 finales⁶.

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,

⁶ 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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sin diferencias sustanciales en las características de la demanda en el mismo y con sujeción además a una misma normativa. De este modo, 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.

B) POSICIÓN DE DOMINIO DE TELEFÓNICA EN LOS MERCADOS RELEVANTES.

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, 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.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 estaría en torno al 70% por número de teléfonos de uso público y al 90% 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)*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 es un mercado con una íntima conexión al mercado de telefonía fija, en la medida misma en que sin el segundo no es posible la existencia misma del primero.

En cuanto a la definición de su posición de dominio, TESAU considera que «respecto a otros factores que la C.M.T. utiliza para demostrar la existencia de una posición de dominio por parte de TESAU, debemos aclarar que existen elementos como los llamados “activos intangibles” por la C.M.T., que no aportan ningún valor añadido en este mercado concreto. Así, por ejemplo, la reputación de la marca TELEFÓNICA podría ser un factor determinante de la elección del demandante en otro

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tipo de mercados, pero no en éste en el que el factor precio es el principal criterio de elección por parte del cliente»

Sin embargo, estas manifestaciones de TESAU de algún modo resultan contradictorias con la firma con diversas empresas de telefonía de uso público de acuerdos de publicidad y marketing. TESAU llega a alegar, como ya se ha expuesto anteriormente, que junto a su publicidad considera imprescindible que el usuario tenga acceso desde el teléfono de uso público a su servicio telefónico, con la finalidad de que dicho usuario pueda percibir la calidad de TESAU, lo cual sería, como se señala, contradictorio con señalar ahora que al usuario no le importa para nada la calidad.

Pero es que, además, las distintas empresas del sector de telefonía de uso público suelen publicitar de modo destacado el hecho de trabajar con TESAU, con lo que muestran la importancia que las mismas dan a dicha marca y, por ende, la que consideran que percibe el usuario final. Así, por ejemplo, en la Revista *Imagen* de junio de 2002, nº 49, puede constatarse cómo diversas empresas publicitan en el sector de la telefonía de uso público su utilización de los servicios de TESAU.

Por otra parte, y en cuanto al segundo de los mercados considerados, el de la telefonía de uso público, TESAU dice que «TESAU no presta servicios en el mercado de la telefonía de uso público y que TTP, por su parte, no ha sido imputada en el presente expediente (...), por lo que entendemos que su posición en el mercado carece de relevancia; únicamente las conductas de TESAU en el mercado ascendente están siendo enjuiciadas en el presente expediente»

A este respecto puede destacarse cómo si bien es cierto que las conductas de TESAU se realizan en el mercado de telefonía fija en el que, como se ha expuesto, es dominante, los efectos de su conducta producen efectos en el mercado de la telefonía de uso público, en el que se ha analizado por este motivo la posición del Grupo Telefónica y, por tanto, se han tenido en cuenta los servicios de las distintas filiales del mismo. Por otra parte, resulta cuando menos sorprendente la alegación de TESAU de que no prestaría servicios de telefonía de uso público cuando es el operador obligado a la prestación de dicho servicio en el dominio público de uso común en virtud de la normativa vigente en materia de servicio universal, contando para ello con el parque de terminales más numeroso, con diferencia, de este mercado y siendo el operador igualmente que en virtud de ello presenta los mayores volúmenes de facturación, número de minutos y número de llamadas cursados.

Finalmente, y en cuanto a los efectos de las distintas conductas de TESAU analizadas, puede señalarse con carácter general que dado que el acceso a la red constituye el requisito imprescindible y esencial para que las empresas de telefonía de uso público puedan prestar el servicio a sus clientes, así como la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesidad de que este acceso no se imponga con carácter exclusivo o de modo que se fidelice al cliente para todas o la mayor parte de sus comunicaciones, para que los operadores alternativos puedan prestar servicio a las mencionadas empresas de telefonía de uso público, y ante el número de empresas afectadas de acuerdo con lo alegado por las mismas en el expediente, como mínimo cercanas al centenar –habida cuenta la presencia de los asociados a la AOTEP-, entre ellas algunas con más de 10.000 líneas en servicio, como ASTURSAT y otras personadas, el efecto de cierre que tendrían los abusos mencionados es considerable y supone la necesidad de que por esta Comisión ponga fin a los mismos mediante la presente Resolución.

C) ABUSOS DE POSICIÓN DE DOMINIO DE TELEFÓNICA.

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 este sentido, la tramitación del procedimiento ha permitido identificar los siguientes abusos realizados por TESAU en sus relaciones con las empresas de telefonía de uso público desde noviembre de 1998 hasta la actualidad:

Primero.- EXCLUSIVIDAD. Con respecto a la imposición de exclusividad, TESAU señala en su alegación Undécima que «no cabe llegar a conclusión alguna relativa a una hipotética imposición de condiciones de suministro en exclusiva a los operadores TUP que contrataban con TESAU, a pesar de la conclusión a la que llega esta C.M.T.», y ello por las siguientes razones:

«a) En realidad nunca ha existido tal exclusividad dado que todos los operadores en el mercado de la TUP han encaminado libremente sus llamadas hacia operadores de telefonía fija alternativos a TESAU». La única fundamentación de TESAU a este respecto es que «a la fuerza comercial de mi representada le consta que el conjunto de los operadores TUP mencionados por esa C.M.T respecto de los que supuestamente mi representada les exigió un aprovisionamiento en exclusiva en ningún caso se aprovisionaron con carácter de absoluto respecto de mi representada». Por otra parte, señala TESAU que «mi representada no ejercitó ninguna acción de resolución contractual por incumplir esos supuestos compromisos de tráfico».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

«b) Una exclusividad en este mercado carece de virtualidad de generar efectos restrictivos alguno dada la evidente fase de crecimiento del mismo», considerando en este sentido TESAU que «no se genera efecto restrictivo alguno que pudiera ser considerado como la elevación de una barrera de entrada en el mercado de la prestación de los servicios de telefonía fija para TUP». Es más, llega TESAU a señalar que «así, mi representada no puede aceptar que se considere, sin más y sin realizar un análisis en mayor profundidad respecto del potencial impacto en el mercado afectado (telefonía de uso público), que al existir una hipotética situación de dominio en el mercado —que no es el caso como hemos acreditado— ya se veda totalmente la posibilidad de acordar obligaciones de exclusividad (...) esta C.M.T. no realiza análisis alguno ni aporta datos a lo largo de su Informe que permitiera llegar a la conclusión de ese efecto cierre o efecto saturación de mercado que tendría como último efecto la expulsión de los competidores de mi representada en el mercado ascendente del servicio telefónico para TUP».

De acuerdo con la doctrina de la Comisión europea, la fidelidad “incluso relativa” cuando es requisito para la obtención de las primas, equivale a una exclusividad, **sin que la posibilidad de poner término al acuerdo en cualquier momento e incluso el que el acuerdo se realizara a instancias de los clientes elimine su carácter abusivo**. La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (TPI en adelante) en el asunto *BPB Industries PLC y British Gypsum LTD contra Comisión*, de 1 de abril de 1993 (asunto T-65/89) recuerda, en este sentido que la celebración por una empresa con posición de dominio en un mercado de contratos de compra en exclusiva relativos a una proporción importante de las compras constituye un obstáculo inaceptable a la entrada en dicho mercado. De este modo, la conducta de TESAU de imponer exclusividad en la prestación de su servicio telefónico resultaría abusiva aun cuando, contra lo expuesto por TESAU, no se hubiera producido con respecto a la totalidad de las comunicaciones. Es más, tal y como se expondrá, en este caso estamos ante una **exclusividad impuesta por el operador dominante que habría contado con la oposición de los clientes** cuyo único motivo para aceptarla estaría en la obtención de descuentos no autorizados, **dado que el vincularse con un compromiso de compra en exclusiva con TESAU les impediría cursar sus llamadas a través del operador en cada caso más impidiéndoles así la reducción del precio de sus comunicaciones y siendo así perjudicados en este coste que la propia TESAU considera el factor de mayor importancia competitiva en el mercado de la telefonía de uso público**. Finalmente, el hecho de que TESAU no hubiera procedido, según alega, a velar por el riguroso cumplimiento de los compromisos de compra establecidos no obsta en modo alguno a que dichos compromisos se recogen en los contratos, con lo que los clientes se encontrarían vinculados jurídicamente a los mismos y cualquier incumplimiento habría podido ser denunciado por TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, **en cuanto a la determinación de los efectos sobre el mercado, debe tenerse en cuenta que TESAU no ha contestado a los requerimientos de información con respecto a los contratos celebrados con distintas entidades de telefonía de uso público, lo cual impide conocer realmente a cuántas y a cuáles se aplicaron cláusulas de exclusividad**, por lo que precisamente las dificultades a este respecto deben imputarse únicamente a TESAU. **Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que las empresas afectadas por los compromisos de compra en exclusiva habrían sido de gran entidad, como es el caso de ASTURSAT, el resto de las denunciantes y el conjunto de los asociados a la AOTEP**, junto a lo que ha de tenerse en cuenta que **el momento en que se produjo la imposición de exclusividad fue precisamente en torno a las fechas en que se inició la liberalización del sector en España**, momento especialmente delicado para la naciente competencia a la que se sustraían clientes de gran consumo como son, precisamente, los de telefonía de uso público analizados.

Realizadas las anteriores consideraciones con relación a las alegaciones de TESAU acerca de su posible abuso de posición de dominio por imposición de cláusulas de exclusividad, resulta procedente analizar si, efectivamente, se estableció la mencionada exclusividad.

En este sentido, adjunta ASTURSAT a su escrito de 29 de enero de 2002 (doc. 47), un “Acuerdo de colaboración entre ASTUR SERVICIOS AUXILIARES DE TELEFONÍA, S.L. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.”, fechado a 1 de marzo de 1999 y no impugnado por TESAU, en el que se establece que:

«Telefónica de España, S.A. y Astursat, se reconocen **exclusividad en sus relaciones, no pudiendo por tanto esta última mantener acuerdos sustancialmente idénticos con terceros, ni poner en marcha proyectos paralelos que puedan suponer su competencia en el mercado de las telecomunicaciones, sin consentimiento expreso de la primera**».

De esta manera, es evidente que TESAU impuso la exclusividad en el contrato con ASTURSAT como contraprestación a los descuentos que ofrecía a dicha entidad. Es más, la estipulación transcrita incluye la imposición de una cláusula de no competencia a ASTURSAT. La exclusividad se realiza no sólo con respecto al servicio telefónico, sino que abarca los terminales. Así, en el mencionado acuerdo de ASTURSAT se señala también que «ASTURSAT se compromete a adquirir todo el equipamiento telefónico necesario para desarrollar su actividad a TELEFÓNICA».

De modo similar, adjunta LAR a su escrito de 15 de enero de 2002 (antecedente de hecho Noveno, doc. 38) un “Acuerdo entre LAR



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

COMUNICACIONES y TELEFÓNICA DE ESPAÑA”, no impugnado por TESAU que expone que:

«LAR COMUNICACIONES tiene contratadas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA un volumen importante de líneas que va a destinar a la explotación del servicio de telefonía de uso público en locales» así como que **«LAR COMUNICACIONES se compromete, durante la vigencia del presente Acuerdo, a mantener operativos los locales (...) así como el servicio telefónico prestado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA».**

De esta manera, también a LAR se le impuso el mantener el servicio telefónico prestado por TESAU.

Sobre este particular, señala TESAU que «la mención que incluye esta C.M.T. para fundamentar una supuesta exclusividad es la transcripción de la cláusula 2.2. del mencionado contrato de la que no cabe derivarse en absoluto una restricción en la facultad de LAR COMUNICACIONES de poder dirigirse a proveedores alternativos a mi representada (...). Esta C.M.T. debe reconocer que existe una clara necesidad para el adecuado desarrollo del contrato –no olvidemos, que el acuerdo se refiere a acciones de publicidad- de mantener cierto volumen de servicio telefónico con mi representada puesto que si no de poco valdrá llenar de pegatinas y anagramas los locutorios o los terminales si luego no se le ofrece la posibilidad al cliente final de utilizar el servicio telefónico de mi representada».

De esta manera, y en contra de lo expuesto en la Resolución de 24 de enero de 2002 anteriormente citada (expediente RO 2001/5734), TESAU no sólo reconoce que estaría imponiendo la utilización de su servicio telefónico a las entidades que quieran beneficiarse de su publicidad, sino que, es más, lo considera algo inherente a este tipo de relaciones.

Por otra parte, las cláusulas de exclusividad se repiten con respecto a otras entidades de telefonía de uso público. Así, en el “Acuerdo entre LATINO TELECOM, S.L. y TELEFONÍA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL” de 31 de mayo de 1999 (doc. 51), no impugnado por TESAU, se establece que:

«las condiciones recogidas en este Acuerdo han sido calculadas partiendo de la base de que LATINO TELECOM cursa el **95% del tráfico telefónico a través de la red de TELEFÓNICA. La modificación por LATINO TELECOM del porcentaje anteriormente previsto, durante la vigencia de este Acuerdo, dará derecho a TELEFÓNICA a revisar automáticamente las condiciones económicas del Acuerdo».**

En suma, puede constatarse cómo **las cláusulas anteriores suponen un instrumento de TESAU dirigido a asegurarse la exclusividad en todo o la mayor parte del tráfico telefónico generado por las empresas de telefonía**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de uso público afectadas, perjudicando así a los operadores del servicio telefónico fijo disponible al público al privarles a través de este tipo de cláusulas de exclusividad de la posibilidad de acceder a clientes de gran consumo como son los de telefonía de uso público, a los cuales también se les perjudica al impedirles contratar para sus distintos tipos de comunicaciones aquellos prestadores de servicios en cada caso más económicos o eficientes.

De este modo, la exclusividad aludida constituye un **abuso de la posición de dominio de TESAU, 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.

Segundo.- FIDELIZACIÓN. Con respecto a la posible existencia de fidelización abusiva en las relaciones de TESAU con las empresas de telefonía de uso público, expone TESAU que «aun en el hipotético caso de que los descuentos de los que ASTURSAT o el empresas afirman haberse beneficiado hubieran existido realmente, en ningún caso ha sido analizado por esta Comisión si los mismos serían fidelizadores: son descuentos lineales (nunca progresivos), podrían perfectamente descansar en prestaciones económicas (ahorro de costes e ingresos suplementarios), replicables por la competencia, etc. (...). Por otra parte, la duración de cinco años no puede considerarse fidelizadora si no existe una penalización en el caso de resolverse el contrato con anterioridad al transcurso de los mismos».

En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido diferenciando lo que se denomina "primas de cantidad, de lo que denomina "primas de fidelización". **Las primeras**, exclusivamente vinculadas al volumen de consumo, **son admisibles cuando se fijan objetivamente y son válidas para el conjunto de los eventuales consumidores; las segundas se calculan en función de las necesidades de los clientes** y tienden a impedir la competencia en la medida en que estas prácticas, considera el Tribunal, en manos de una empresa en posición dominante, y particularmente en un mercado en expansión, tienden a reforzar su posición mediante una competencia no fundada en las prestaciones y, por tanto, falseada. Así, cuando los descuentos no son función de cantidades fijada objetivamente o válidas para el conjunto de los eventuales clientes, si no estimaciones establecidas para captar gamas o segmentos de clientes en función de la capacidad de absorción que se les presume, el objetivo contemplado no es cubrir el máximo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de cantidad, si no el máximo de necesidades de los clientes y por tanto su fidelización.

La jurisprudencia comunitaria entiende que el hecho de que una empresa en posición dominante en el mercado vincule a sus clientes –aunque sea a petición de ellos mismos- con una obligación o compromiso de proveerse todo o en una parte considerable de sus necesidades, exclusivamente a través de la citada empresa, constituye una explotación abusiva de una posición de dominio, independientemente de la existencia de contrapartida por la vía de descuentos o de primas. Y ello es así igualmente cuando la empresa, sin vincular a los clientes mediante una obligación formas aplica, bien en virtud de acuerdos con sus clientes, bien unilateralmente un sistema de primas de fidelización, es decir, descuentos vinculados a la condición de que el cliente se provea exclusivamente para el todo o una parte importante de sus necesidades, de la empresa dominante.

En suma **el otorgamiento de primas de fidelización para incitar a proveerse exclusivamente en la empresa dominante son incompatibles con el objetivo de una competencia no falseada**. Incluso si la inobservancia por el cliente de su compromiso de consumo exclusivo no le expone si no a la pérdida del descuento prometido, esos contratos supondrán siempre una incitación suficiente a reservar la exclusividad al proveedor.

Pues bien, en este caso tenemos la existencia de descuentos otorgados a clientes concretos que persiguen el que los mismos mantengan en todo o en la mayor parte de sus necesidades al operador dominante como proveedor, constituyendo así una conducta de fidelización abusiva en los términos expuestos.

Así, adjunta ASTURSAT a su solicitud de intervención de 5 de diciembre de 2001 (Antecedente de derecho tercero, doc. 3) un “Convenio ASTURSAT/TELEFÓNICA” de 20 de junio de 2000, no impugnado por TESAU que establece que «TELEFÓNICA desea colaborar con ASTURSAT», que «el Convenio permanecerá en vigor (...) por un período de 5 años» y, de modo destacado, que «TELEFÓNICA se obliga a aplicar a ASTURSAT durante la duración del presente Convenio un descuento lineal del 40% sobre todos los servicios mencionados en la cláusula IV del citado Convenio».

De modo semejante, adjunta ASTURSAT a su escrito de 29 de enero de 2002 (doc. 47), un “Acuerdo de colaboración entre ASTUR SERVICIOS AUXILIARES DE TELEFONÍA, S.L. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.”, no impugnado por TESAU, fechado a 1 de marzo de 1999, en el que se establece que:

«en atención a la relevancia de Astursat, como Gran Cliente de Telefónica de España, S.A. y al respeto de las condiciones que más abajo se relacionan, se efectuará un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

descuento del 25% sobre la facturación real, quedando el pago mensual en 6.250.000 ptas. impuestos no incluidos».

El disfrute de un descuento de las características señaladas, que llegan a un 40% de la facturación total, resulta un elemento que en buena medida será tenido en cuenta por el cliente para rechazar las ofertas de otros operadores y mantenerse con TESAU. A ello se suma el que el “Convenio ASTURSAT/TELEFÓNICA” de 20 de junio de 2000 (doc. 47), no impugnado por TESAU, establece que «cualquier nuevo servicio o ampliación del existente que ASTURSAT contrate con TELEFÓNICA y que las partes acuerden, quedará incluido en las condiciones descritas en el presente Convenio», con lo que se provoca el que ASTURSAT contrate el resto de servicios también con TESAU. Además, el contrato se establece por un plazo de 5 años, que es un período singularmente largo y de especial relevancia en el momento en que el mercado se está abriendo, precisamente, a los nuevos entrantes. De este modo, en definitiva, el monto del descuento unido a lo dilatado del plazo de aplicación del mismo y a que cualquier nuevo servicio se beneficiaría de dichas condiciones pueden perfectamente haber llevado a los clientes a satisfacer todas o la mayor parte de sus necesidades del operador dominante, resultando así un abuso de su posición de dominio contrario a la jurisprudencia comunitaria y nacional en materia de defensa de la libre competencia así como 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).

Sin perjuicio de lo anterior, existen descuentos vinculados al incremento en el consumo. Así, en el “Acuerdo entre LATINO TELECOM, S.L. y TELEFONÍA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL” de 31 de mayo de 1999 (doc. 51). En concreto, el anexo a dicho Acuerdo, denominado “Acuerdos Económicos”, se establece que «Según la tabla de bonificación le corresponde un **descuento del 30% sobre el incremento estimado** [y ello sobre la base de la siguiente Tabla]

PORCENTAJES DE INCREMENTO EN FACTURACIÓN PARA BONIFICACIÓN ADICIONAL	
INCREMENTO DE FACT. INTERNACIONAL	PORCENTAJE DE DESCUENTO ADICIONAL
Entre un 1% y un 35%	10%
Entre un 36% y un 71%	23%
Del 72% en adelante	30%

Tercero.- DISCRIMINACIÓN Y FALTA DE TRANSPARENCIA. Tal y como ha quedado demostrado, **los descuentos ofrecidos por TESAU a las distintas empresas de telefonía de uso público resultan muy distintos**, beneficiándose a empresas que han disfrutado de un 40% de descuento frente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a otras que han disfrutado un 25% o, más aún, aquellas que no han recibido descuento alguno en el pasado frente a otras que estarían aún disfrutándolos como pudieran ser las asociadas a la AOTEP, todo ello según se deriva de lo expuesto en apartados precedentes.

Pues bien, la discriminación de precios puede resultar 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.

Sobre este particular, manifiesta TESAU que «en el hipotético caso de que dichas diferenciaciones entre las distintas empresas dedicadas a la telefonía de uso público se hubieran producido, la C.M.T. debería haber analizado si las mismas no podrían estar sustentadas en el principio de igualdad, de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Así, por ejemplo, si ser miembro de la AOTEP puede suponer un ahorro en los costes de gestión, una garantía de solvencia económica, etc»

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, del mismo modo que el art. 16.1 de la Ley 3/1991 de enero, de competencia desleal, reputa como desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de vent, a no ser que medie causa justificada, las discriminaciones aludidas, y con respecto a las cuales se señalaba la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de TESAU en el Informe remitido por esta Comisión a dicha entidad junto a la comunicación de inicio del trámite de audiencia, no han sido en modo alguno justificadas por TESAU, que se limita en sus alegaciones a exponer que el ofrecimiento de descuentos a la AOTEP “puede” suponer un ahorro en los costes de gestión o una garantía de solvencia económica. El hecho, sin embargo, es que a lo largo de los últimos años TESAU ha venido ofreciendo condiciones distintas a las empresas de telefonía de uso público sin que parezca existir correlación alguna entre dichas condiciones y los volúmenes contratados por las empresas favorecidas. En este sentido, TESAU se ha venido beneficiando de una absoluta falta de transparencia en sus relaciones con las empresas de telefonía de uso público, lograda a través del ofrecimiento de descuentos no autorizados y, por tanto, no publicados. A este respecto TESAU argumenta que «en cuanto a la falta de transparencia, es necesario poner de manifiesto que es una práctica habitual en el mercado el mantenimiento de la confidencialidad de determinados contratos en los que las partes cuentan con libertad negociadora (...)». Sin embargo, en este caso la falta de transparencia se ha aprovechado para establecer condiciones distintas con los distintos clientes que, ignorando la existencia de mejores condiciones ofrecidas a otros operadores, habrían estado así aceptando para recibirlas, por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejemplo, compromisos de compra en exclusiva como los anteriormente expuestos. El carácter abusivo de la imposición de exclusividad en el suministro ha sido anteriormente expuesta, pero aquí debe señalarse que esta falta de transparencia ha permitido igualmente la existencia de condiciones disímiles que han afectado a las empresas de telefonía de uso público, perjudicando la posición competitiva de unas frente a otras sin el conocimiento de las mismas.

De este modo, la existencia de las mencionadas discriminaciones entre las distintas empresas del sector de la telefonía de uso público se ha basado en un sistema de absoluta falta de transparencia por parte de TESAU. La mayor parte de los contratos analizados establecían cláusulas de confidencialidad muy estrictas. Así, al operarse los descuentos al margen del sistema vigente de regulación de precios y, por tanto, la publicidad e igualdad que éste garantiza, y asegurarse el silencio de los beneficiarios a través de las señaladas cláusulas de confidencialidad, existía la posibilidad de establecer un sistema de discriminación en los descuentos y condiciones ofrecidos al sector de la telefonía de uso público que la investigación de esta Comisión con los resultados expuestos a lo largo de este Informe pone de manifiesto.

Por último, la falta de transparencia ha sido también tenida como relevante a la hora de determinar la existencia o no de explotación abusiva de una posición de dominio. En su sentencia "Michelin", el Tribunal de Justicia señala que la falta de transparencia de un sistema de descuentos tiene por efecto que los destinatarios del mismo se encuentren en una situación de inseguridad y no pueden generalmente prever con certeza las consecuencias que tendrá su aplicación. Idéntica consideración ha merecido la discriminación en las condiciones establecidas por el operador dominante sin causa objetiva que las justifique.

Quinto.- NEGATIVAS Y RETIRADAS DE SUMINISTRO. Con respecto a la existencia de negativas y retiradas de suministro abusivas, TESAU expone en su alegación Decimoquinta que «no cabe acusar a TESAU de actuación anticompetitiva cuando las prácticas que llevó a cabo durante finales del 2001 eran proporcionadas y estaban plenamente justificadas en términos de eficiencia económica (...) mi representada, ante esta situación patente de riesgo crediticio y de insolvencia patrimonial, sólo pudo optar por denunciar anticipadamente los contratos que mantenía con estos operadores con el objetivo de paralizar de forma inmediata el perjuicio patrimonial que se le estaba generando»

Sin embargo, lo cierto es que TESAU ha venido realizando suspensiones e interrupciones de suministro a distintas empresas de telefonía de uso público, algunas de las cuales han desaparecido con motivo de dichas suspensiones o interrupciones, como es el caso de ASTURSAT.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las interrupciones de servicios no sólo se han referido al telefónico, sino que han incluido otros, tales como la tramitación de nuevas altas o bajas de líneas, cambios de titularidad y otros similares. Así, por ejemplo, indica ESCOITÓFONO en su escrito de 29 de noviembre de 2001 (doc. 2) **«Una de las medidas de presión a las que nos han sometido, es la interrupción del servicio SGIC. Significa que Escoitófono, desde hace 10 días, no puede tramitar ni solicitar ningún servicio de los que hasta el momento y por la naturaleza de nuestra empresa lo necesitamos a diario (cambios de titularidad de las líneas, solicitud de altas de servicio...)».**

No obstante, la medida más grave para las empresas de telefonía de uso público es, indudablemente, la suspensión o interrupción del servicio telefónico, que paraliza completamente su actividad y les priva de la obtención de los recursos económicos recurrentes que les permiten afrontar los distintos costes operativos a que se enfrentan.

En suma, es necesario establecer en qué medida la suspensión o interrupción del servicio por parte de TESAU ha sido acorde con la normativa o se ha producido en condiciones abusivas o si, tal y como expone TESAU, se habría limitado a una interrupción de suministro justificada por impagos debidamente notificados a los clientes en los plazos y con la antelación correspondiente.

Empezando por **ESCOITÓFONO**, esta empresa **denuncia que desde que comenzó a contestar los requerimientos de información de esta Comisión –ha sido, junto a PLASTIC CARDS, el único asociado de la AOTEP que lo ha hecho-, y con motivo precisamente de haber puesto en conocimiento de esta Comisión los distintos documentos anteriormente mencionados, TESAU viene sometiéndola a una política que ha incluido, junto a la interrupción del servicio SGIC y los derivados del mismo, la suspensión en distintas ocasiones del servicio telefónico.**

TESAU sin embargo alude, como se ha visto, a que el motivo de dichas suspensiones sería la existencia de impagos de facturas debidamente notificadas.

Pues bien, en este sentido, adjunta ESCOITÓFONO a su escrito de 29 de noviembre de 2001 (Antecedente de Hecho segundo, doc. 2, como el resto de documentos citados en adelante hasta que se especifique otro) un “Acuerdo de colaboración entre ESCOITÓFONO, S.L. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA para la implementación de la facturación plana empresas”, no impugnado por TESAU, en el que se señala explícitamente que el establecimiento de la facturación plana «redundaría en beneficio de ambas empresas», así como que **«El devengo de los importes correspondientes a los equipos entregados y servicios prestados por Telefónica a la Empresa Contratante, incluyendo**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las correspondientes cuotas de abono, se producirá una vez al año, a 31 de diciembre»

El acuerdo especificaba además que «al final de cada periodo anual, Telefónica presentará a la Empresa Contratante la cantidad real consumida por ésta, por todos los servicios y productos utilizados en el año, **documentándola con el detalle correspondiente**». Este extremo es importante, pues las distintas empresas de telefonía de uso público que han denunciado las interrupciones y retirada de suministro de TESAU en el presente expediente señalan en sus alegaciones que además de que las facturas de TESAU se realizaron en momentos que no correspondían, TESAU se negó en todo momento a justificarles los importes que facturaba, negándoles el detalle necesario para la comprobación de las cantidades facturadas.

Pues bien, el 29 de octubre de 2001, TESAU emite una factura a ESCOITÓFONO en concepto de “Regularización Facturación Tarifa Plana Año 2001” por un importe de 13.422.708 pesetas. El mismo día emite TESAU una factura a ESCOITÓFONO por 15.570.371 pesetas, remitiendo al día siguiente una carta a ESCOITÓFONO en la que se le indica que de no proceder a su pago antes del día 30 de noviembre de 2001 iniciarían «las acciones más convenientes en defensa de nuestros intereses». El 6 de noviembre TESAU remite nueva carta a ESCOITÓFONO señalando que «ponemos en su conocimiento que también figura pendiente la factura de fecha 07/04/2001, que al pie se cita, y cuyo importe asciende a la cantidad de 21.244.484 ptas» así como que se le concede «un plazo de 15 días, a partir de la fecha de este escrito, para satisfacer el importe adeudado (...) [o] procederemos a iniciar las acciones más convenientes en defensa de nuestros intereses». .

Tal y como se deduce de la lectura del contrato transcrito, las referidas facturas se realizan en un momento que no se corresponde con lo estipulado en el contrato suscrito con ESCOITÓFONO. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la vigencia del referido contrato, resultaba sin embargo admitida por TESAU en su carta a ESCOITÓFONO de 21 de septiembre de 2001, en la que indica:

«Como Ustedes conocen, su empresa y Telefónica de España tienen suscrito **un acuerdo de facturación plana, con vencimiento el 31 de Diciembre del año en curso**. La presente tiene por objeto comunicarles la decisión de Telefónica de no prorrogar a su vencimiento el acuerdo citado, por lo que debe considerarse este escrito como denuncia del mismo»

De este modo, TESAU admite que el acuerdo estaba vigente hasta 31 de diciembre de 2001, con lo que, de acuerdo con el propio contrato, sólo en dicha fecha podría procederse a la facturación de los distintos servicios contratados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pese a ello, el 15 de noviembre de 2001, ESCOITÓFONO remite carta a TESAU en la que le indica que se encontraba:

«A su disposición para llegar a un acuerdo económico con Uds, tras su denuncia del Acuerdo de facturación plana (...). Sin embargo, hemos recibido con sorpresa varias comunicaciones posteriores en las que **se nos reclama el inmediato abono de las cantidades a regularizar por nuestra Empresa de los años 2.000 y 2001, que no se corresponde con lo suscrito en su día por las partes y con la actuación de buena fe llevada a cabo en el desarrollo del referido Acuerdo.** Por un lado, le recuerdo que la fecha prevista en el Contrato para la regularización es el mes de Enero de cada año (...). Sin embargo, nos remiten Uds una **factura sin detallar** por importe superior a los 21 millones en la que ni siquiera se han aplicado los descuentos que nos corresponden (...) Por otro lado, suponemos que tendrán en cuenta que el próximo año 2.002 TELEFÓNICA adeudará a mi Empresa una cantidad aproximada de 13 millones de pesetas, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de Publicidad de AOTEP suscrito en su día. (...) **En todo caso, no podemos aceptar de ningún modo su amenaza de suspender el servicio de las líneas que ESCOITÓFONO tiene contratadas con Uds, dado que estarían incumpliendo el Acuerdo suscrito en su momento y ocasionarían perjuicios irreparables a personas físicas y jurídicas ajenas a las partes contractuales. Nos ponemos a su disposición para renegociar un acuerdo satisfactorio para ambas partes...**».

No obstante, ESCOITÓFONO señala que no hubo disposición negociadora alguna por TESAU, que procedió a suspenderle el servicio en distintas ocasiones.

Las mencionadas suspensiones resultaron abusivas, no sólo por existir entre las partes un contrato vigente que impedía las facturaciones realizadas antes del 31 de diciembre de 2001 y que obligada a su detalle, sino **porque, además, la propia TESAU acabó reconociendo que dichas facturas eran erróneas** en la carta que, ya en febrero de 2002, remitió a ESCOITOFONO (doc. 161):

Muy Sr. Nuestro:

De acuerdo con la conversación telefónica mantenida en el día de hoy, le acompaño **duplicado de las facturas emitidas con fecha 4 de febrero, por los conceptos detallados, en sustitución de las facturas remitidas en su día**, y que se procedió a su anulación.

NUEVAS FACTURAS EMITIDAS:

<u>FACTURA</u>	<u>IMPORTE</u>	<u>CONCEPTO</u>
60-B2RR-000312	59.998,00 Euros	Regularización Año 2.000
60-B2RR-000313	165.782,48 Euros	Regularización Año 2.001
60-B2RR-000314	25.665,63 Euros	Cuota Plana Diciembre 2.001

FACTURAS ANULADAS:

<u>FACTURA</u>	<u>IMPORTE</u>
60-D198-111916	127.681,64 Euros
60-KL1RR-000067	93.579,64 Euros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

60-L155-005816

33.989,10 Euros

Por otra parte, y de acuerdo con nuestra conversación quedamos, a la espera de confirmación por su parte para la reunión prevista para el próximo miércoles, día 20 de febrero.

Expone ESCOITÓFONO que aparte de las irregularidades con su empresa, TESAU está realizando similares actuaciones con respecto a otra cuyo único vínculo con ESCOITÓFONO sería la participación en ella del gestor de la misma, CAMEL&PRESS. En este sentido, indica ESCOITÓFONO que:

- «No se nos permite devolver la titularidad de las líneas que fueron pagadas por nuestros clientes y que ahora quieren recuperar las líneas a su nombre. Sin embargo, cuando el cliente tramita por su cuenta el cambio de titularidad sí que lo consiguen la cesión. Caso del Café Bar Anclas (981.12.95.46)».
- «Nos encontramos también la negativa de los instaladores de Telefónica de España, S.A. a instalar líneas a nombre de Caramel&Press S.L.».
- «Un caso a poner como ejemplo nos sucedió el 2 de Noviembre del 2.001 con un técnico de una subcontrata de Telefónica. Éste se persona en el Café Bar Ranqui (981.75.65.05) en la Calle Carballo Calero en la localidad de Carballo, para instalar una línea, y le dice a la dueña del local que no lo haga pues esta empresa va a dar en quiebra y están intentando jugar con los clientes para explotar teléfonos públicos sin pagar a Telefónica. En otros casos, los técnicos de Telefónica llegaron a instalar los PTR y le comentaban al dueño o camareros que éramos una empresa estafadora, como por ejemplo: Cafetería Pentagrama (con número de abonado 981.15.22.61), Café Bar Vila (981.74.94.37) o El Café (981.38.40.90). En otros casos, llegaron a instalar la línea y el PTR pero nunca llegó a funcionar o darse de alta, es el caso del Café Bar Travesía (Travesía de Arteijo nº 353- Arteijo). En la Calle San Luis nº 25-1º, instalan una línea y tras recibir el técnico una llamada de su responsable le dice que no le dé el alta por la morosidad latente que existe en ese domicilio. El técnico se marcha sin dar el alta (...). En la Cafetería Aqua (981.60.51.46), en la localidad de Laracha, el técnico-instalador le dice “que somos una empresa de sinvergüenzas”».

Según indica ESCOITÓFONO, el motivo de todas las mencionadas actuaciones de TESAU está en que CAMEL&PRESS es una empresa con vínculos con ESCOITÓFONO, por lo que las presiones recibidas por la colaboración de ESCOITÓFONO con esta Comisión se estarían extendiendo a dicha empresa.

No obstante, no son las anteriores las únicas empresas que han recibido por parte de TESAU suspensiones o interrupciones de servicios en condiciones abusivas.

Así, tal y como señala ASTURSAT en su solicitud de intervención (doc.3):

- **«Cumplido en sus términos el citado contrato por parte de ASTURSAT y efectuados religiosamente todos los pagos pactados en el citado contrato**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...) se encuentra ASTURSAT con la sorpresa de que Telefónica en fecha 30 de octubre pasado le entrega a su administrador la carta cuya copia acompañamos en la que se reclaman sendas facturas por importes de 158 millones y 676 millones, y ante la sorpresa de ASTURSAT, puesto que es totalmente improcedente la reclamación y el pago de dichas cantidades, ya que lo pactado es otra cosa, ante tal sorpresa, **se comunica por parte de Telefónica, en concreto por parte de Don [...], que el contrato de 20 de junio no es interesante ya para Telefónica, que tienen que pagar lo que se les reclama y negociar otro contrato con otras condiciones distintas».**

- «Se vuelve a manifestar que a Telefónica no le interesa mantener el contrato de 20 de junio de 2000, que hay que negociar otro (...) que no procede indemnización de ningún tipo por la resolución unilateral de dicho contrato (...) evidentemente no se llega a ningún acuerdo ya que **ASTURSAT no ha incumplido el contrato, ha efectuado los pagos que en el mismo se establecen y lo que Telefónica plantea (sin saber cuál sea el oscuro motivo) es una resolución unilateral del contrato de 20 de junio de 2.000,** para cuyo cumplimiento ASTURSAT realizó importantes inversiones y teniendo al efecto más de doscientos empleados».
- «Finalmente, sobre las 16 horas del día de ayer **Telefónica procedió a cortar las líneas de ASTURSAT, y que en número de unos 10.600 se encuentran cortadas al día de hoy,** sin que sea necesario expresar el enorme perjuicio que ello está causando a los usuarios y a la empresa que en estos momentos se encuentra en una situación desesperada existiendo incluso altercado en la propia sede de la misma ante las reclamaciones de los clientes».

En este sentido, ASTURSAT adjunta carta de TESAU de 30 de octubre de 2001 (doc. 3) (del mismo día, en consecuencia, que la remitida a ESCOITÓFONO) en la que se indicaban una serie de facturas emitidas un día antes por TESAU (de nuevo, a ESCOITÓFONO se emitieron el mismo día) señalando que de no pagarse antes del 30 de noviembre TESAU se vería obligada a «emprender las acciones contempladas para este caso, que podría incluso traducirse en la suspensión del servicio».

Tras ello, procedió TESAU a interrumpir el suministro a ASTURSAT, tanto para llamadas entrantes como salientes, incluyendo los números de emergencia. Al producirse dicha interrupción, ASTURSAT remitió carta a TESAU el 13 de noviembre (doc.3) informando a TESAU de que:

«TELEFÓNICA está cortando las líneas contratadas por esta empresa, sin que según lo acordado en el contrato de 20 de Junio del 2000, se haya producido impago o incumplimiento alguno de dicho contrato por esta parte».

Tal y como se ha señalado anteriormente, la interrupción del servicio supuso la desaparición misma de ASTURSAT y la pérdida de sus 10.500 líneas en servicio hasta dicha fecha en distintos establecimientos abiertos al público.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Otro ejemplo lo constituye LAR. En efecto, aporta LAR una carta de TESAU, de 6 de agosto de 2001 (doc. 38), en la que TESAU les indica que:

«Ponemos en su conocimiento que con fecha 2/08/2001, se ha emitido y ha sido puesta al cobro la(s) factura(s) que al pie le detallamos (...). La emisión anticipada de la mencionada factura obedece al hecho de haberse detectado, en un breve periodo de tiempo, unos elevados consumos que exceden el umbral de crédito acordado y que aconsejan el envío de la misma para evitarle la acumulación de cargos no previstos. Por lo tanto, le concedemos un plazo de 5 días a partir de la fecha de la factura para que liquide la misma. Una vez transcurrido el plazo indicado si no tenemos constancia del pago de la factura, entenderemos que declina satisfacer su importe por lo que procederemos a suspender el servicio contratado y a iniciar las acciones más convenientes en defensa de nuestros intereses».

Pocos días después, el 10 de agosto de 2001, reciben nueva carta de TESAU (doc. 38) en la que TESAU señala la emisión de nuevas facturas en términos similares. Similares cartas se reciben (doc. 38) con fecha 4 de septiembre,, 11 de septiembre (dos por diferentes facturas), 14 de septiembre (dos, por diferentes facturas de nuevo), 25 de septiembre, 28 de septiembre (dos), 10 de octubre, 16 de octubre.

Tal y como señala LAR (doc. 38), su actividad **«fue interrumpida abruptamente el 18 de octubre de 2001, sin que exista por parte de TESAU comunicación previa**, como era su obligación de hacerlo, obligación que consta en la Cláusula Tercera en el acápite 3.4. (...) TESAU incumplió flagrantemente lo dispuesto en la Cláusula Sexta del acuerdo, es decir, no cumplió con el plazo de vigencia establecido, no existió ninguna inspección por parte de ellos, peor aun [no] hubo notificación alguna».

También LATINO resultó afectada por las interrupciones del servicio de TESAU.

De hecho, LATINO alega en su escrito de 6 de febrero de 2002 (antecedente de hecho undécimo, doc. 51) que:

- **«Telefónica de España, S.A. pretende, con la excusa del impago de las facturas, el cierre de Latino Telecom, S.L. y el de otras empresas, a fin de controlar completamente a través de empresas afines, el sector de locutorios telefónicos».**

Tras la interrupción del servicio telefónico que realizó TESAU a LATINO, esta segunda entidad logró el restablecimiento en dicho servicio gracias al auto del Juzgado de 1ª Instancianº 74 de Madrid.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En dicho auto se da por **«acreditado a través de la prueba documental aportada en ese acto por la parte actora, que se abonaron totalmente por la actora la factura correspondiente a los teléfonos instalados en bares, cafeterías, cuestión ésta admitida por TELEFÓNICA, no así en los locutorios públicos y en la modalidad denominada reventa a terceros de minutos, en los que no se ha abonado la cantidad adeudada (...) debiéndose no obstante en aras a la propia complejidad de las relaciones jurídicas (contrato) existentes entre las partes, y la necesidad de reducir o descontar de la cantidad adeudada conceptos tales como marketing, publicidad, etc..., cuestión ésta admitida por el (...) gestor de Telefónica y considerar que debe restablecerse la totalidad de los servicios contratados por la parte actora con TELEFÓNICA».**

Pese a lo anterior, LATINO alega posteriormente a esta Comisión que:

- «Después de restablecer el servicio telefónico de los Teléfonos Públicos de Moneda, previo pago de todas y cada una de las facturas reclamadas, **ha procedido nuevamente a suspender o interrumpir el servicio telefónico de los Teléfonos Públicos de Moneda, incluso estando al corriente de pago».**

Y todo ello pese a que, aparte de lo acreditado de acuerdo con el auto anteriormente mencionado, y tal y como indica LATINO:

- «En las facturaciones realizadas en los últimos meses no hay ningún tipo de detalle en los descuentos aplicados a las mismas en conceptos de: Volumen, Master-Bono y Acuerdo. **Latino Telecom, S.L. está reclamando continuamente a Telefónica de España, S.A. una información suficiente para poder verificar si los importes que reclama en sus facturas son o no correctos, sin que hasta la fecha la haya facilitado».**
- «Como consecuencia del impago de la factura con vencimiento 7 de noviembre de 2001, **debido a no poder verificar el importe de los descuentos aplicados, y del impago de la factura anticipada debido a la aplicación abusiva (...)**».

Finalmente, puede señalarse el caso de PUBLITEL (doc. 156, como los demás que se citan a continuación sobre la relación entre TESAU y PUBLITEL). Esta entidad señala que:

- «PUBLITEL tenía firmado un contrato de una tarifa plana con TELEFÓNICA DE ESPAÑA; firmado el 19-08-1999 el cual en el año 2000 se regularizó sin ningún inconveniente (...)».
- «En una reunión del día 12 de octubre del 2001 (...) de la asociación de Teleoperadores AOTEP, se comunicó a los asociados por parte del Señor Arturo Rodríguez (...) que TELEFÓNICA “aunque sonara a chulería, pero va con chulería, TELEFÓNICA iba a trabajar de aquí en adelante con quien ellos quisieran” (...). Automáticamente hablamos con nuestro asesor comercial (...) y nos dijo (...) **que nos hiciéramos grandes, que los pequeños iban a caer».**
- **«El día 31/10/2001 recibimos un Burofax que envió adjunto, en el cual informa TELEFONICA la deuda pendiente (según TELEFONICA). A este**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Burofax le siguieron el día 8/11/2001 otros con la regularización de la plana del año 2001, solicitándonos que se hiciera efectiva inmediatamente (...). Nosotros le dijimos que no se nos había notificado el cese del contrato de tarifa plana. El Señor Rubén Arias afirmó que había algunas empresas a las que no se les había notificado; no pudiendo demostrarnos copia del fax de la notificación, nos vinimos sin poder llegar a un acuerdo (...). Puesto que no nos habían mandado la factura de la Tarifa Plana, y nos estaban amenazando reiteradamente con cortes, hicimos un Acta notarial en la cual presentamos un talón bancario de la plana de diciembre (...). Tuvimos una reunión con ellos el día 19/02/2002 en la calle Zurbarán nº 12 en Madrid. Allí nos dieron una carta en la cual informaban que en sus oficinas habían detectado en el último trimestre del 2001 en sus sistemas informáticos un error y como consecuencia se habían emitido antes de la fecha determinadas facturas que iban a anularlas (...). El día 19/02/2002 tuvimos una reunión, en la cual (...) nos sacó una relación de toda la deuda, donde aparecían teléfonos instalados en Lugo, Pontevedra, Vigo y en Valladolid, zonas en las cuales nosotros no teníamos teléfonos instalados (...). El día 20/02/2002 recibimos a las 12:30 h un fax comunicándonos la relación de deuda pendiente y avisándonos que debíamos de hacer el pago antes de las 14:00 h. de dicho día, puesto que, en caso contrario, suspenderían el servicio (...). En el fax mandado con la deuda, aparecía la deuda de otra empresa con Razón Social similar, lo que hizo más dificultosa la comprobación de las facturas (...). Posteriormente recibimos un Burofax en el cual se rogaba nuestras noticias antes del próximo día 09/03/2002, el cual nos tranquiliza un poco. El día 21/02/2002 a las 12:00 de la mañana nos dimos cuenta de que estaban cortando. (...) El día 27/02/2002 mandamos por Burofax una propuesta de pago, la cual no contestaron con nada. El día 01/03/2002 enviamos otro Burofax con otra propuesta de pago la cual hasta la fecha de hoy seguimos sin contestación. (...) El día 13/03/2002 nos llega una orden de pago sin recibir factura previa por la cantidad de 9.760,44 euros por parte de TELEFÓNICA, suponemos que es en concepto de la plana del mes de Febrero, puesto que las cantidades coinciden. Pero según TELEFÓNICA nosotros ya no tenemos Tarifa Plana».

La documentación recibida permite constatar cómo la factura emitida por TESAU el 29 de octubre de 2001 era en concepto de *Regularización Facturación Tarifa Plana Año 2001*, cuando de acuerdo con el contrato de Tarifa Plana la regularización correspondiente al año 2001 no podía presentarse hasta el 31 de diciembre de dicho año, única fecha en la que resultaba posible conocer además los consumos realmente producidos durante el año 2001.

De hecho, TESAU reconoce en su carta de 19 de febrero que dicho acuerdo de Factura Plana estaba vigente en realidad hasta dicho 31 de diciembre 2002:

- «Habiéndose denunciado el contrato de facturación plana que teníamos suscrito con usted mediante la oportuna notificación, las facturas que se emitan a partir de Enero de 2002 serán las regulares».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El 19 de febrero, recibe PUBLITEL un fax en el que TESAU requiere el pago y ruega sus noticias «antes del próximo día 9 de marzo de 2002». Sin embargo, al día siguiente TESAU les comienza a cortar las líneas, ante lo cual PUBLITEL presenta denuncia el día después ante la Guardia Civil a TESAU «por haberles cortado las líneas de teléfonos de los establecimientos donde ellos tienen instalados los teléfonos públicos que monta su empresa. PREGUNTADO por el valor de los daños. MANIFIESTA: que no lo puede saber, ya que muchos de los establecimientos son de venta al público por teléfono, como pollerías, pizzería, restaurantes, peluquerías, etc, y cada día que pasa sin tener línea de teléfono están perdiendo dinero».

Posteriormente, PUBLITEL se pone por dos veces en contacto con TESAU para que se avenga a estudiar fórmulas de pago y aclare las facturas «pues algunas de ellas no están muy claras» no recibiendo respuesta alguna de TESAU que se niega de esta forma a negociar.

Hay que recordar una vez más que TESAU ha venido negándose a justificar a las distintas empresas señaladas anteriormente las facturaciones que les emitía, cuando al final resulta que, efectivamente, no eran correctas, como reconoció posteriormente la propia TESAU a PUBLITEL:

En este sentido, además de que TESAU reconoce el error en las facturas que había emitido y que motivaban supuestamente sus actuaciones en lo relativo a las suspensiones y/o interrupciones del servicio, TESAU reconoce que el error le era imputable únicamente a ella, tal y como muestra la carta de TESAU a PUBLITEL de 19 de febrero de 2002, en la que se TESAU establece que:

- «Le comunicamos que habiendo detectado que, **en el último trimestre de 2001, se ha producido en nuestros sistemas automatizados de facturación un error como consecuencia del cual se han emitido antes de la fecha correspondiente determinadas facturas, procedemos a subsanar el mismo, mediante la anulación de las facturas afectadas, emitiendo las procedentes**».

En el mismo sentido, el 20 de febrero de 2002 TESAU remite a ESCOITÓFONO una carta en la que reconoce (doc. 161):

- «En el último trimestre de 2001, se ha producido en nuestros sistemas automatizados de facturación un error como consecuencia del cual se han emitido antes de la fecha correspondiente determinadas facturas. Es por ello que por medio del presente escrito, procedemos a subsanar el citado error mediante la anulación de las facturas afectadas y la emisión de las procedentes».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Debe recordarse que TESAU no ha impugnado ninguna de las cartas que las entidades aportan en el marco de este expediente como recibidas de TESAU y que se citan en los párrafos precedentes. De este modo, en definitiva, la propia TESAU reconoce que las facturas emitidas inicialmente y por las cuales procede a suspender o interrumpir el servicio a distintas empresas de telefonía de uso público no eran correctas ni en su cuantía ni en su momento de emisión e intento de cobro.

Así, la negativa de TESAU de continuar prestando servicios a las empresas afectadas, tanto en lo referente al servicio telefónico como en lo relativo a la tramitación de nuevas altas, bajas o cambios de titularidad en las líneas, no resultó razonable, debiendo recordarse que con respecto a la negativa de suministro, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto *Commercial Solvents*⁸ 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.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones DOCE de 22 de agosto de 1998⁹, caracteriza precisamente la retirada de acceso a un cliente como un supuesto de abuso de posición de dominio. De hecho, esta Comisión ya ha tenido la oportunidad de declarar que una supresión de acceso por parte de la filial de Telefónica Cabitel a los números 900 desde terminales de uso público, constituía un abuso de posición de dominio, mediante la Resolución de 22 de diciembre de 1998 y anterior Resolución de adopción de medidas cautelares de 24 de septiembre de 1998. La competencia de esta Comisión para adoptar dicha Resolución ha sido confirmada por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 17 de octubre de 2000.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que si TESAU consideraba que los contratos que regían su relación con las entidades de telefonía de uso público que han denunciado a esta Comisión cortes de suministro abusivos no eran adecuados, debía en este caso haber acudido a esta Comisión para interponer el correspondiente conflicto de acceso, de modo que por esta Comisión se

⁸ Asuntos 6/73 y 7/73, *Commercial Solvents/Comisión*, Rec. 1974, p. 223

⁹ Comunicación de la Comisión Europea (DO C 265 de 22.08.98 p. 02) sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las Telecomunicaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hubieran, en su caso, determinado las condiciones en que TESAU debía facilitar el acceso en términos más aceptables para ambas partes, no resultando admisible que TESAU determine unilateralmente que ciertos contratos –que de hecho, según alega por ejemplo ASTURSAT, habrían sido redactados e incluso impuestos por TESAU- no son razonables a partir de un momento determinado y proceda a su rescisión por propia voluntad procediendo a interrumpir el servicio a las empresas afectadas sin atender sus peticiones de respeto a lo pactado o justificación de las facturas que se remitían al cobro.

Sexto.- CON RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UN POSIBLE EMPAQUETAMIENTO DE SERVICIOS POR TESAU. Adjunta ASTURSAT a su solicitud de intervención de 5 de diciembre de 2001 (Antecedente de derecho tercero) un “Convenio ASTURSAT/TELEFÓNICA” de 20 de junio de 2000 (doc. 47), no impugnado por TESAU, que establece que:

«Cualquier nuevo servicio o ampliación del existente que ASTURSAT contrate con TELEFÓNICA y que las partes acuerden, quedará incluido en las condiciones descritas en el presente Convenio».

Pues bien, a este respecto, se exponía en el Informe que se remitió a los interesados junto a la comunicación de inicio del trámite de audiencia que tal y como ya señaló esta Comisión en su *Resolución sobre la solicitud de intervención presentada por MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. en relación a la comercialización conjunta de servicios de telefonía fija, TV digital por satélite y acceso a Internet llevada a cabo por DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (VÍA DIGITAL)*, los artículos 82 del TJCE y 6 de la LDC catalogan como comportamiento abusivo, y en consecuencia sujeto a prohibición, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación con el objeto del contrato en cuestión. El mismo tipo de calificación ha recibido este tipo de prácticas de la Comisión Europea en sus Directrices para la aplicación de las normas de telecomunicaciones sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (DOCE C 233/2, de 6 de septiembre de 1991).

TESAU alega que la cláusula mencionada no implica que ASTURSAT deba contratar otros servicios junto al de telecomunicaciones, por lo que no existiría un empaquetamiento. Efectivamente, de la cláusula mencionada no se deriva que para contratar el servicio telefónico de TESAU se haya impuesto a ASTURSAT la contratación de otro servicio, sino que se trata más bien de una cláusula que clarifica cuáles serían las condiciones contractuales aplicables a los nuevos servicios que, voluntariamente, podría ASTURSAT contratar a TESAU en un futuro. De este modo, esta Comisión acepta lo alegado por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU y no considera que exista empaquetamiento a raíz de la cláusula transcrita.

Cuestión distinta podría ser la cláusula que igualmente se prevé en el mencionado contrato entre ASTURSAT y TESAU, de acuerdo con la cual:

«ASTURSAT se compromete a adquirir todo el equipamiento telefónico necesario para desarrollar su actividad a TELEFÓNICA».

En virtud de esta cláusula se limita en un contrato relativo al servicio telefónico fijo la libertad del cliente para contratar su equipamiento telefónico con el suministrador en su caso más barato o eficiente para obligarle a adquirir los del suministrador del servicio telefónico. Ahora bien, frente al caso en el que una empresa vinculara la compra de equipos a la previa contratación de su servicio telefónico, en cuyo caso se estaría afectando al mercado del servicio telefónico y, por tanto, al tratarse de un servicio de telecomunicaciones sería pertinente la decidida intervención de esta Comisión, pues **el mercado de equipos terminales es un mercado conexo del de telecomunicaciones y, por tanto, esta Comisión está legitimada para intervenir siempre que se produzcan en el mismo comportamientos que tengan efectos en los mercados de telecomunicaciones**. Sin embargo, en el presente supuesto **ASTURSAT contrata el servicio de telecomunicaciones libremente** (en base acaso a unos descuentos no autorizados, pero esta cuestión se analiza en otros apartados de esta misma Resolución y no procede considerarla en este momento) y el mercado sobre el que se genera el efecto en su caso pernicioso por el empaquetamiento es el de equipos terminales cuya salvaguarda no corresponde directamente a esta Comisión, por lo que no resulta procedente un pronunciamiento de la misma al respecto.

III.5. CON RESPECTO A LA REMISIÓN POR PARTE DE TESAU A LA AOTEP DE INFORMACIÓN SOBRE CIERTOS ABONADOS AL SERVICIO TELEFÓNICO. En la contestación de TESAU a requerimiento de esta Comisión, recibida en Registro de este organismo el 3 de julio de 2001, y de acuerdo con documentos que la misma TESAU aportaba se desprende que facilitaba, y quizás facilita, a la AOTEP información sobre el estado de pago de determinadas personas físicas y jurídicas con TESAU.

En concreto, TESAU aporta documentos que muestran cómo la AOTEP le consultaba para conocer si determinadas personas físicas o jurídicas se hallaban o no en situación de impago con TESAU. Por su parte, TESAU respondía a tales peticiones de información dando las cuantías exactas que en su caso tuvieran dichas personas físicas o jurídicas pendientes de pago, y señalando los números telefónicos correspondientes a dichos impagos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No es posible determinar las circunstancias concretas en que la información anteriormente mencionada es suministrada por TESAU a la AOTEP o, en su caso, a otras empresas o clientes. Por ello, y dado que esta Comisión no es competente en materia de protección de datos, no procede pronunciamiento alguno de esta Comisión al respecto.

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

Acuerda

Primero.- EN CUANTO A LA RETIRADA DE SUMINISTRO. Telefónica de España, S.A.U. deberá, a partir del día siguiente a la recepción de la notificación de la presente Resolución, abstenerse de proceder a modificaciones unilaterales de contratos suscritos con empresas de telefonía de uso público que puedan provocar interrupciones o suspensiones de sus servicios sin la previa autorización de esta Comisión.

Segundo.- CON RESPECTO A LAS INFORMACIONES DE TESAU A LOS CLIENTES DE LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA DE USO PÚBLICO.

Telefónica de España, S.A.U. deberá, en el plazo de 3 días hábiles contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación de la presente Resolución, cesar en cualquier tipo de comunicación a terceros través de sus recursos técnicos, comerciales o de atención al cliente, relativas a la situación de las empresas de telefonía de uso público a las que preste o haya prestado servicio, en particular, en lo relativo a su situación financiera o crediticia con respecto a Telefónica de España, S.A.U. y, singularmente, a los clientes de dichas empresas o los titulares de los locales donde las mismas tengan instalados sus teléfonos de uso público.

Tercero.- INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR POSIBLE INCUMPLIMIENTO REITERADO DE REQUERIMIENTOS DE ESTA COMISIÓN.

Iniciar expediente sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones por el posible incumplimiento reiterado de los requerimientos de información señalados en el apartado III.4 de estos Fundamentos de Derecho.

La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho relativo al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posible incumplimiento de Resoluciones anteriores de esta Comisión de la presente resolución.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación según lo establecido en el artículo 82 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, todo ello, con las garantías previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. 285 de 27 de noviembre de 1992) y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Se nombra Instructor del presente procedimiento sancionador a D^a Alejandra de Iturriaga Gandini, quien en consecuencia quedará sometida al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, los interesados en el presente expediente disponen de un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la practica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el supuesto de que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Así mismo, deberá ser notificado a los interesados.

Cuarto.- INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES ANTERIORES DE ESTA COMISIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Iniciar expediente sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones por el posible incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 24 de enero de 2002 en el expediente RO 2001/5734.

La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho relativo al posible incumplimiento de Resoluciones anteriores de esta Comisión de la presente resolución.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación según lo establecido en el artículo 82 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, todo ello, con las garantías previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. 285 de 27 de noviembre de 1992) y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Se nombra Instructor del presente procedimiento sancionador a D^a Ana María de Santiago, quien en consecuencia quedará sometida al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, los interesados en el presente expediente disponen de un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la practica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el supuesto de que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Así mismo, deberá ser notificado a los interesados.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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