



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 25/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de junio de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN CON RESPECTO AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO POR LA DENUNCIA FORMULADA POR “SPHAIRON ACCESS SYSTEMS GmbH” CONTRA EL CONCURSO PARA LA MIGRACIÓN DE LAS LÍNEAS TRAC DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

(Expediente OM 2003/812).

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Denuncia de SPHAIRON. Con fecha 30 de abril de 2003, se registró la entrada en esta Comisión de un escrito remitido por SPHAIRON ACCESS SYSTEMS GmbH (SPHAIRON, en adelante) exponiendo que:

- «El acceso telefónico a las zonas rurales lo ha venido prestando Telefónica mediante la denominada tecnología TRAC (Telefonía Rural de Acceso Celular) basada en el uso de la red celular de su servicio *Moviline*.
- La Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, que forma parte del paquete de Directivas que modifican el marco regulador de las Telecomunicaciones en la Unión Europea, establece que la conexión proporcionada por el servicio universal “...*debe permitir a los usuarios finales (...) transmisiones de datos a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet, teniendo en cuenta las tecnologías dominantes utilizadas por la mayoría de los abonados y la viabilidad tecnológica*”. La necesaria modificación que esto implica en el acceso rural a la red telefónica pública fija, se establece en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disposición final tercera de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), donde se añade una disposición transitoria a la LGTel que contempla que en el plazo máximo de cinco meses, a partir del 12 de octubre de 2002, Telefónica presentará ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología un plan de actuación detallado para garantizar que las conexiones a la red telefónica pública fija posibiliten a sus abonados el acceso funcional a Internet.

- Con fecha 30 de julio de 2002, Telefónica publicó el pliego de Condiciones Particulares para la Migración TRAC en el que se señala que la financiación de la migración se realizará con cargo a los Fondos Europeos para el Desarrollo Regional (FEDER).
- Paralelamente a la licitación pública que señalamos, Telefónica invitó a los proveedores de equipos a que realizaran ofertas de los equipos necesarios para la instalación de este tipo de redes antes del 30 de septiembre de 2002. SPHAIRON recibió esta invitación, pero finalmente no realizó oferta alguna a Telefónica sino que se dirigió únicamente a los operadores de LMDS (...) [el subrayado es nuestro]
- La exclusión injustificada de los equipos de SPHAIRON, para suministrar soluciones tecnológicas a Telefónica, además de no poseer una base técnica justificada, impide de manera indirecta el competir en el suministro de equipos a los operadores adjudicatarios de la licitación, por cuanto que, aun cumpliendo cabalmente con los requisitos técnicos y de calidad exigidos en el Pliego, estos se encuentran en una situación de completa dependencia con respecto de Telefónica, ya que esta compañía no sólo se convierte en su principal cliente en el mercado de suministro de infraestructuras o redes de acceso rural, sino que posee la potestad de aprobar los equipos a utilizar por los citados operadores adjudicatarios (...)».
- Así las cosas, la denuncia de SPHAIRON se refiere a un posible incumplimiento por parte de TESAU de los principios de transparencia y no discriminación en la selección de proveedores de equipos en el marco del señalado proceso de sustitución de líneas TRAC. Concretamente, SPHAIRON manifiesta que dichos principios habrían de cumplirse por TESAU debido a su posición de dominio en el mercado de referencia, que, según alega SPHAIRON, sería el de *servicios de telefonía rural con acceso celular en todo el mercado español*, así como el hecho de que el proyecto se financiará con fondos FEDER *«lo que sin duda, obligó al Ministerio a seleccionar a los operadores en base a los criterios de transparencia y no discriminación, [por lo cual]*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

evidentemente, Telefónica se encuentra obligada a la aplicación de los mismos principios en la selección de proveedores de equipos».

Finaliza SPHAIRON pidiendo que:

- «Se obligue a Telefónica de España, S.A.U. a realizar una nueva selección de proveedores de equipos para el proyecto migración TRAC en la que se garanticen la transparencia y la no discriminación entre los mismos.
- Que, subsidiariamente, se obligue a Telefónica de España, S.A.U. a realizar las pruebas de selección pertinentes a SPHAIRON para ser seleccionado».

Segundo.- Apertura de trámite de información previa. Con el objeto de determinar la procedencia de apertura o no de un procedimiento administrativo con respecto a la denuncia comentada en el apartado Primero de estos Antecedentes de Hecho, el 20 de mayo de 2003 se procedió a la apertura de un trámite de información previa, con la referencia OM 2003/812, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la LJPAC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO

De acuerdo con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones, *“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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”.

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.

Tal y como ha reiterado esta Comisión en numerosas Resoluciones en las que ha procedido a restablecer las condiciones de competencia en los mercados sobre los que posee atribuidas responsabilidades en la salvaguardia de las mismas, *«esta Comisión está obligada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la LRJPAC, a ejercer las competencias que por Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones se le atribuyen en materia de salvaguarda de libre competencia, en consecuente ejercicio legítimo de competencias hasta cierto punto concurrentes con las de otros órganos administrativos, pues de otro modo se incumpliría el mandato del legislador explicitado en las funciones del artículo 1.Dos. 2 c) y f) de dicha ley a esta Comisión»*¹.

Ahora bien, debe recordarse que esta Comisión es un órgano administrativo con un objeto especializado por razón de la materia. Concretamente, tal y como establece el artículo 1.Dos de la Ley 12/1997, el objeto de esta Comisión es *“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, es cierto que, en la dinámica espontánea del mercado, pueden producirse comportamientos de operadores que, si bien **tienen lugar en mercados diferentes a los especificados en el artículo 1.Dos de la Ley 12/1997, afecten sin embargo a los mercados señalados en dicho artículo**. En estos supuestos, sería procedente una actuación de esta Comisión para restablecer las condiciones de competencia efectiva en los mercados cuya salvaguarda le encomienda el citado artículo 1.Dos de la Ley 12/1997.

¹ Así se ha expuesto con prolija argumentación en diversas Resoluciones, desde la de 2 de diciembre de 1999, relativa a determinadas prácticas de TESAÚ respecto de los servicios de Infovía e Infovía Plus a otras más recientes como la 18 de julio de 2002, relativa a las actuaciones de TESAÚ con respecto a las empresas de telefonía de uso público (exp. OM 2001/5789) o la de 19 de septiembre de 2002 con respecto a las circunstancias en que se desarrolló la “Oferta de telecomunicaciones públicas para locutorios” de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (exp. OM 2002/6634), entre otras muchas en las que esta Comisión ha adoptado las medidas necesarias para restablecer las condiciones de competencia en los mercados de telecomunicaciones, audiovisual y servicios telemáticos e interactivos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuestión distinta sería el supuesto contrario, esto es, cuando se esté ante **actuaciones de los agentes que operan en los mercados incluidos en el artículo 1.Dos de la Ley 12/1997 que, sin embargo, no alteran las condiciones de competencia en ellos**, afectando únicamente a agentes situados en otros mercados diferentes de estos. En tales casos, esta Comisión debe evaluar los efectos que pudieran generarse en los mercados que el artículo 1.Dos de la Ley 12/1997 incluye en su ámbito competencial y, en caso de considerar que no existen o que no son perjudiciales o lo suficientemente relevantes para alterar las condiciones de competencia en ellos, podrá abstenerse de intervenir, dejando así que sean los órganos horizontales de defensa de la competencia los que, en su caso, inicien una actuación al respecto.

Pues bien, **los hechos denunciados por SPHAIRON encajarían en el segundo de los supuestos mencionados**, puesto que se refieren a una actuación de TESAU, operador presente en el mercado de las telecomunicaciones, que estaría teniendo presuntos efectos en un mercado distinto, cual es genéricamente el del suministro de equipos para la construcción de redes de telecomunicaciones, mercado éste que no se corresponde con los enumerados en el artículo 1.Dos de la Ley 12/1997.

En efecto, los hechos alegados por SPHAIRON se refieren y limitan al mercado de suministro de equipos, lo que se deduce de lo señalado por la propia denunciante en su escrito:

«La exclusión injustificada de los equipos de SPHAIRON, para suministrar soluciones tecnológicas a Telefónica, además de no poseer una base técnica justificada; impide de manera indirecta el competir en el suministro de equipos».

Sobre la base de lo anterior, puede afirmarse que la denuncia formulada por SPHAIRON no se referiría en modo alguno a determinadas conductas de TESAU que hayan podido generar efectos distorsionadores de la competencia en los mercados de telecomunicaciones o servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos. Y, de hecho, esta Comisión no ha podido identificar indicio alguno en contrario, ya que no se ha recibido pronunciamiento ninguno por parte de los operadores de telecomunicaciones que son potenciales clientes de SPHAIRON o, particularmente, por parte de aquellos que han concurrido al citado concurso, en el sentido de manifestar haber sufrido cualquier tipo de desventaja o perjuicio derivado del hecho de no poder obtener suministro de los equipos comercializados por SPHAIRON para cumplir con la finalidad del mismo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, esta Comisión estima que, en las actuales circunstancias y en tanto no han resultado identificados efectos perjudiciales, reales o indiciarios, en las condiciones de competencia en los mercados incluidos en el artículo 1.Dos de la Ley 12/1997, no procede su intervención en el presente caso, por lo que tampoco resulta pertinente, tal y como se establece en el artículo 69.2 de la LJPAC, la apertura de un procedimiento administrativo ordinario en relación con esta cuestión.

Además, la denuncia de SPHAIRON referida en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución se enmarca dentro del proceso de sustitución de las líneas de telefonía rural de acceso celular (TRAC) iniciado de acuerdo con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE en adelante).

Con arreglo a lo previsto en el artículo 4 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Servicio Universal), la conexión desde una ubicación fija a la red telefónica pública “deberá permitir a los usuarios finales (...) **transmisiones de datos a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet**, teniendo en cuenta las tecnologías dominantes utilizadas por la mayoría de los abonados y la viabilidad tecnológica”.

Por este motivo, en la LSSICE se incluyó una disposición final primera por la que se modificaba el artículo 37 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel), cuyo párrafo a) pasaba a tener la siguiente redacción:

«Que los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. La conexión debe ofrecer al usuario la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales y permitir la transmisión de voz, fax y **datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet**.

A estos efectos, se considerará que la velocidad suficiente a la que se refiere el párrafo anterior es la que se utilizada de manera generalizada para acceder a Internet por los abonados al servicio telefónico fijo disponible para el público con conexión a la red mediante pares de cobre y módem para banda vocal».

Con el objeto de asegurar el cumplimiento de las anteriores disposiciones, la LSSICE incorporaba como disposición final tercera otra modificación de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

LGTel, mediante la inclusión en la misma de una Disposición Transitoria duodécima con la siguiente redacción:

«En el plazo máximo de cinco meses a partir de la entrada en vigor de esta disposición, **el operador designado para la prestación del servicio universal presentará al Ministerio de Ciencia y Tecnología, para su aprobación en el plazo de un mes, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, un plan de actuación detallado** para garantizar que las conexiones a la red telefónica pública fija posibiliten a sus abonados el acceso funcional a Internet y, en particular, a los conectados mediante Telefonía Rural de Acceso Celular (TRAC).

El desarrollo del plan estará sujeto a las siguientes condiciones:

- a) Incluirá soluciones tecnológicas eficientes disponibles en el mercado para garantizar el derecho de los usuarios a disponer, previa solicitud a partir de la aprobación del plan, de la posibilidad de acceso funcional a Internet en el plazo máximo de sesenta días desde la fecha de dicha solicitud en las zonas con cobertura. Estas soluciones tecnológicas deberán prever su evolución a medio plazo hacia velocidades de banda ancha sin que ello conlleve necesariamente sus sustitución.
- b) La implantación en la red de acceso de las soluciones tecnológicas a las que se refiere el párrafo a) deberá alcanzar a los abonados al servicio telefónico fijo disponible al público que, en la fecha de aprobación del plan, no tienen la posibilidad de acceso funcional a Internet, de acuerdo con el siguiente calendario:
 - 1º Al menos al 30 por 100 antes de junio de 2003.
 - 2º Al menos al 70 por 100 antes del 31 de diciembre de 2003.
 - 3º El 100 por 100 antes del 31 de diciembre de 2004.En todo caso, esta implantación alcanzará, al menos, al 50 por 100 de los citados abonados en cada una de las Comunidades Autónomas antes del 31 de diciembre de 2003.
- c) En el plan de actuación deberá priorizarse el despliegue al que se refiere el párrafo b) con arreglo al criterio de mayor densidad de abonados afectados.
- d) A los efectos de lo dispuesto en los apartados anteriores y en caso de que sea necesario, el operador designado para la prestación del servicio universal podrá concluir con otros operadores titulares de concesiones de dominio público radioeléctrico, contratos de cesión de derechos de uso de las bandas de frecuencias necesarias para el cumplimiento de los objetivos establecidos en esta disposición. Dichos contratos deberán ser sometidos a la previa aprobación por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología, que podrá establecer las condiciones de salvaguarda del interés público que estime necesarias».

Con arreglo las anteriores previsiones, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU en lo sucesivo), presentó al Ministerio de Ciencia y Tecnología su *Plan*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Actuación para garantizar el acceso funcional a Internet a los abonados de la red pública fija de TELEFÓNICA DE ESPAÑA.

Dicho Plan de Actuación fue sometido a informe previo de esta Comisión, de acuerdo con la normativa expuesta, que aprobó en consecuencia el día 7 de enero de 2003 su *Informe preceptivo a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones sobre el Plan de Actuación para garantizar el acceso funcional a Internet a los abonados de la red pública fija de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.* y fue posteriormente objeto de aprobación por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología, y competente para la supervisión del proceso de sustitución de las líneas TRAC.

Esta Comisión no dispone de información suficiente acerca de las características del proceso de sustitución de líneas TRAC iniciado bajo la supervisión del Ministerio de Ciencia y Tecnología, en cuanto a si los plazos o exigencias del mismo impiden o desaconsejan, de manera justificada o no, la aceptación de los equipos de SPHAIRON en un momento posterior a los del resto de proveedores o siguiendo unos trámites diferentes. Igualmente, de lo alegado por SPHAIRON se deduce que TESAU habría examinado y rechazado sus equipos de una manera y por unos motivos con los que SPHAIRON no estaría de acuerdo.

A la vista de lo alegado y aportado por la propia denunciante, no resultaría en absoluto claro que, tal como afirma SPHAIRON, se hubiera producido incumplimiento alguno por parte de TESAU de los principios de transparencia y no discriminación en el proceso de sustitución de líneas TRAC que dicho operador debe llevar a cabo.

La propia SPHAIRON reconoce que **«Telefónica invitó a los proveedores de equipos a que realizaran ofertas de los equipos necesarios para la instalación de este tipo de redes antes del 30 de septiembre de 2002»**. Es más, continúa SPHAIRON reconociendo que **«SPHAIRON recibió esta invitación»**. A la luz de ello, no cabría identificar de lo alegado indicio alguno de que se hubiera producido por parte de TESAU un comportamiento discriminatorio o falta de transparencia en el tratamiento dispensado al denunciante. Es más, no sólo no habría TESAU excluido inicialmente de este proceso a ningún proveedor de equipos, sino que incluso la propia SPHAIRON señala cómo TESAU habría practicado un comportamiento activo dirigido a favorecer la concurrencia de los mismos, al haberlos invitado, con carácter general, a la presentación de ofertas.

A mayor abundamiento, resulta que **la entidad denunciante admite que «no realizó oferta alguna a Telefónica**, sino que se dirigió únicamente a los operadores de LMDS (...)».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En todo caso y como ha quedado dicho, el proceso de sustitución de líneas TRAC se encuentra bajo la supervisión directa del Ministerio de Ciencia y Tecnología, de acuerdo con las anteriormente reseñadas previsiones recogidas en la LSSICE.

Así, y dado que la denuncia de SPHAIRON se refiere al concurso convocado para la migración de las líneas TRAC que supervisa el Ministerio de Ciencia y Tecnología, y puesto que no consta que haya resultado afectado ninguno de los mercados que integran el ámbito competencial de esta Comisión, es a dicho organismo al que ha de darse traslado de las actuaciones, siguiendo en este sentido lo establecido en el artículo 20 de la LJRPAC, de acuerdo con el cual *“el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública”*.

Vistos los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Dar traslado al Ministerio de Ciencia y Tecnología de la denuncia presentada por SPHAIRON con fecha 30 de abril de 2003, dando por concluido el presente trámite de información previa sin que resulte procedente iniciar procedimiento ordinario al respecto.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque