



COMISIÓN 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 44/00 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 14 de diciembre de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba en el expediente número ME 2000/3176 la siguiente

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DEL CENTRE TELEMATIC VALENCIA, S.L., y JET ENLACES TELEMÁTICOS, S.L., CONSISTENTE EN INSTAR A TELEFONICA DATA ESPAÑA, S.A., PARA QUE FIRME CON AQUELLAS UN CONTRATO POR TRÁFICO INDUCIDO .

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Escrito de solicitud.

Con fecha 11 de agosto de 2000 fue registrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) una solicitud de intervención de las entidades CENTRE TELEMATIC VALENCIA, S.L. (en adelante CTV) y JET ENLACES TELEMATICOS, S.L. (en adelante JET) en virtud de la cual se pone en conocimiento de la CMT cierto comportamiento de la compañía TELEFONICA DATA ESPAÑA, S.A. (en adelante TDE), instándose asimismo la adopción de determinadas medidas.

Concretamente, los solicitantes alegan en su escrito que TDE se niega a concluir un contrato de retribución por tráfico inducido con CTV y JET. Estas compañías, adquiridas por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante LINCE), son proveedores de servicios de acceso a Internet (PSIs) que en su



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

momento concluyeron con TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U (en adelante TESAU) un contrato para la prestación del servicio de acceso a la información "Infovía", contrato del que se adjunta copia y que permanece en vigor. TESAU actúa como distribuidora del servicio en cuestión, siendo TDE la empresa que ostenta la condición de titular y proveedor del mismo.

Dicha negativa se ha visto precedida por las solicitudes que ambas compañías manifiestan haber dirigido a TDE en su momento, en el marco de unos contactos que fueron iniciados el 18 de febrero de 2000 y que se concretaron en el intercambio de diversos correos electrónicos entre las partes.

Con posterioridad, la solicitud fue reiterada por LINCE, mediante carta fechada el 9 de marzo de este año. La respuesta de TDE (comunicación de 24 de marzo de los corrientes) hacía referencia, entre otras cosas, a la necesidad de que la solicitud la plantease el interlocutor adecuado, debiendo acreditarse la representación para actuar en nombre y representación de CTV y JET.

El 12 de mayo de 2000 TDE remitió a los solicitantes, a petición de estos, copia del modelo de contrato de remuneración por tráfico inducido. CTV y JET alegan haber remitido a TDE ese mismo día debidamente firmada por persona con poder una copia del referido contrato.

De acuerdo con el escrito dirigido a esta Comisión, TDE no sólo no ha procedido a la conclusión del contrato de referencia, sino que tampoco ha dado contestación formal a la solicitud de CTV y JET, ni ha comunicado informalmente las razones de su comportamiento, que los solicitantes interpretan como una negativa tácita a firmar el contrato en cuestión.

A juicio de los solicitantes, TDE, en tanto que operador que explota redes de telecomunicaciones y presta servicios a terceros proporcionando acceso a sus redes, vulnera los principios de objetividad y no discriminación recogidos en la normativa sectorial de aplicación: a saber, los artículos 6 y 35.dos de la Ley 11/1998, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante LGT), y el artículo 6 del Reglamento de Interconexión, aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.

Asimismo, los solicitantes entienden que el GRUPO TELEFONICA (más concretamente TESAU, TDE y TERRA) "está abusando de su posición de dominio para extenderla a un mercado verticalmente conectado cual es el de servicios de Internet. El mecanismo de abuso es una discriminación a favor de la sociedad del grupo presente en el mercado descendente, consistente en la conclusión de un contrato de remuneración de tráfico inducido que aporta cuantiosos a la sociedad presente en el segmento más abierto a la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

competencia, contrato negado a un competidor de esta sociedad, que al no poder beneficiarse de estos sustanciosos ingresos, no puede competir en condiciones de igualdad”.

En razón de lo anteriormente expuesto, CTV y JET instan la adopción de determinadas medidas :

(i). Imponer a TDE la conclusión del contrato de remuneración por tráfico inducido, así como el pago de las cantidades que los solicitantes habrían percibido de estar en vigor el contrato de referencia, junto con los correspondientes intereses de demora. Más concretamente, la cantidad a abonar resultaría de aplicar los baremos recogidos en el borrador de contrato remitido en su momento por TDE al tráfico efectivamente inducido por CTV y JET en la red de aquélla desde la fecha de entrada en vigor del contrato suscrito por TERRA y TDE (1 de octubre de 1999), al entender que ese es el momento a partir del cual se produce la discriminación en la que incurre TDE.

Subsidiariamente, se señalan como referentes temporales a los efectos señalados el 18 de febrero de 2000 (fecha en la que los solicitantes comunicaron a TDE su voluntad de suscribir el contrato de referencia) o, en último caso, el 12 de mayo de este año (momento en que CTV y JET remitieron a TDE copia firmada del contrato en cuestión).

(ii). Se estima concurren los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar consistente en una determinada obligación de hacer : abonar mensualmente a CTV y JET los pagos que correspondan conforme a lo dispuesto en la copia del contrato anteriormente señalada.

Segundo- Escrito de inicio de expediente

Esta Comisión puso en conocimiento de los interesados, mediante sendos escritos de fecha 7 de septiembre de los corrientes, que, en virtud de la solicitud de intervención presentada ante la CMT, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero. Requerimiento de información a TDE

Asimismo, sobre la base de lo dispuesto por los artículos 78.uno de la LRPAC y 30 del Reglamento de la CMT, se ha procedido, mediante escrito de fecha 7 de septiembre de 2000, a requerir a TDE el envío de cierta información :



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- acerca de la veracidad o no de los hechos alegados en su momento por CTV y JET.
- de no ser ciertos, se solicitaba que se acreditara suficientemente. En caso de no haber procedido a la conclusión del contrato de remuneración de tráfico inducido, debían señalarse las razones a las que obedecía ese comportamiento.

Cuarto- Contestación de TDE

TDE, tras solicitar una ampliación de plazo que fue otorgada en su momento, contestó al requerimiento de la CMT mediante escrito con entrada registrada el 18 de septiembre del presente año, adjuntando cierta documentación (declarada parcialmente confidencial por el interesado) a los efectos de acreditar los hechos que en su defensa alega. De forma resumida las alegaciones de TDE señalan:

- Que no existe un abuso de posición de dominio y que de existir la CMT sería incompetente para actuar en el caso concreto que nos afecta dada la nueva redacción dada al art. 1.dos..2.f) de la Ley de Liberalización de las telecomunicaciones

- Que reconoce la existencia de un contrato entre los proveedores de acceso a internet CTV-JET con Telefónica de España, SA¹, para la prestación de un servicio de acceso a la información de los centros proveedores de información (infovía), en la que Telefónica de España actuaba como distribuidora de TDE, titular y proveedora de dichos servicios.

- Que TDE nunca ha negado a CTV-JET, ya sea de forma expresa o tácita, la suscripción de un contrato de tráfico inducido.

- Que TDE no tiene constancia del contrato que supuestamente JET-CTV enviaron a aquella con fecha 12 de mayo aceptando un modelo de oferta presentado por TDE. En relación con este punto se añade que la única prueba que aportan los solicitantes es un albarán que tan sólo prueba que con dicha fecha se realizó un envío de CTV-JET a "Telefónica Grandes Clientes", sin que en ningún sitio conste cual era el contenido del envío y si este lo recibió TDE.

- Que el modelo de contrato de retribución de tráfico inducido que los solicitantes aportan en el documento inicial no se corresponde con el modelo de contrato que normalmente utiliza TDE desde febrero de 2000 por lo que se adjunta un nuevo modelo. Más adelante TDE manifiesta que este modelo lo ofrece a todos los Proveedores de acceso a internet que se lo solicitan y añade

¹ Con fecha respectivamente de 21 y 22 de noviembre de 1996



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ninguno de los contratos de esta naturaleza que ya ha firmado, se han suscrito de forma simultánea al contrato de prestación de servicio al que están vinculados.

- Que los solicitantes tienen firmado un contrato de “infovía” y no de “infovía plus” y que el contrato de remuneración de tráfico se vincula sólo a este último.

Quinto.- Trámite de audiencia

Con fecha 28 de septiembre de 2000 y de acuerdo con el art. 84 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común se notifico a CTV-JET y TDE el trámite de audiencia para que, en un plazo no superior a 15 días, aportaran los documentos o justificaciones que consideraran oportunos.

En este trámite se puso de manifiesto que *“de la documentación recibida con ocasión de este procedimiento y aportada por las partes, no queda probado el perfeccionamiento de los contratos de remuneración de tráfico inducido entre Telefónica Data España, S.A. y CTV y JET respectivamente, antes de que estas dos últimas empresas plantearan el problema ante esta Comisión.*

Sin embargo, con ocasión del inicio del presente procedimiento esta Comisión tiene conocimiento de:

- *la voluntad expresa de CTV y JET manifestada a través de sus representantes de contratar con. Telefónica Data España el contrato de remuneración de tráfico inducido en condiciones idénticas a aquellas en las que otras sociedades lo hayan hecho (escrito de solicitud con fecha de entrada en esta Comisión el 11-08-2000).*
- *la voluntad de Telefónica Data España. de firmar el contrato considerado. En el escrito de esta Entidad con fecha de entrada en la CMT de 18/09/2000, pag. 12, se pone de manifiesto que se ofrece este contrato de retribución por tráfico inducido en igualdad de trato a todos los proveedores de acceso a internet que lo soliciten.*
- *el objeto del contrato y las obligaciones que de ella se deducen. En este sentido, es decisiva la aportación del modelo de contrato que aporta TDE en el mencionado escrito de 18 de septiembre de 2.000 en el que la retribución por tráfico inducido constituye una remuneración asociada a la utilización de los servicios Infovía que TDE presta al Cliente² al amparo de una autorización general de tipo C.*

² Por lo tanto se trata de unas condiciones relativas a la prestación de un servicio de telecomunicación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, de los requisitos necesarios para que exista el contrato, se plantea el problema del perfeccionamiento del mismo por la concurrencia de la oferta y la aceptación (la voluntad de las partes) entre ausentes (contratantes no presentes)."

En este sentido, en el presente trámite de audiencia se adjunta la documentación presentada por ambas parte en los escritos antes mencionados, que ponen de manifiesto la voluntad contractual y precisan el objeto de la relación jurídica. De esta forma, en el momento de la notificación y de acuerdo con la teoría de la cognición³ se entiende que el contrato objeto de discusión en este expediente queda perfeccionado. Luego, salvo que esta Comisión reciba algún documento o alegación nueva que acredite que el perfeccionamiento se ha producido antes, este Organismo considerará que la perfección ha tenido lugar como antes se indica y propondrá resolver este expediente declarando esta situación e instando a que el contrato se "formalice" por escrito en el plazo de un mes quedando expresamente recogidas en el documento las mismas condiciones que se hayan incluido en los contratos celebrados por TDE con otros operadores, de acuerdo con el principio de no discriminación en la prestación de servicios (art. 6 L.G.T.), en este caso, a otros operadores, que debe presidir su actuación."

En el escrito de audiencia se adjuntaron fotocopias de los siguientes documentos:

. Escrito inicial de solicitud presentado por CTV y JET de 11 de agosto con fecha de entrada en esta Comisión el 28 de Agosto.

³ En el caso que nos ocupa el perfeccionamiento contractual entre personas ausentes ofrece dos dudas fundamentalmente el momento y el lugar en que ha de considerarse concluida la operación.

Respecto al primer problema, el momento de la perfección, dos son las teorías más importantes que baraja la doctrina, la de la emisión o manifestación, en la que el vínculo se perfecciona en el momento mismo en que la aceptación se declara, y la de la cognición o información (llamada también del conocimiento), que exige haya llegado aquella a noticia del oferente.

En nuestro Derecho mientras el Código mercantil parece aceptar el sistema de la emisión (art. 54: "los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta..."), el Código Civil se inclina al de la cognición, pues si bien del artículo 1.258, combinado con el párrafo primero del 1.262, podía inferirse otra cosa, el segundo párrafo de este último artículo expresa rotundamente que "la aceptación hecha por carta (y la misma regla habrá que aplicar a la que se haga por telegrama o telefonema) no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento", y el artículo 623 confirma este criterio con respecto al contrato de donación, diciendo que la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

Pues bien en el conflicto que nos interesa se adopta el criterio de la cognición por la mayor seguridad jurídica que ofrece para el oferente.

En cuanto al lugar de formación del contrato, establece el Código Civil, con referencia al caso de aceptación por carta, que el contrato "se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta" (art. 1262, apartado 2º). En el caso que nos ocupa Madrid.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

. Escrito de TELEFONICA DATA ESPAÑA, S.A.U. de 18 de septiembre de 2.000. (Salvo los documentos 2 y 3 que se acompañaban como anexos, por su naturaleza confidencial como consecuencia de lo previsto en el art. 37.5 letra de, de la L.R.J. y P A C).

Con fecha 20 de octubre, todas las partes implicadas en el procedimiento solicitan una ampliación del plazo para presentar alegaciones en el trámite de audiencia, teniendo en cuenta que el objeto del procedimiento podría desaparecer en breve ya que se estaban llevando una serie de actuaciones preparatorias para la firma del contrato de tráfico inducido en los términos señalados en la propia audiencia. El día 23 de octubre se les concede la ampliación solicitada.

SEXTO: Nuevo requerimiento a TDE

De forma simultanea al trámite de audiencia y con el objeto de disipar algunas dudas en relación con el servicio Info Vía que TDE presta a JET y CTV, el 23 de octubre se dirigió un escrito a TDE en el que se instaba a esta sociedad para que indicase si el servicio que presta a las compañías mencionadas ha sufrido alguna adaptación desde el inicio de la relación. El 8 de noviembre, TDE comunica a la Comisión que el 17 de enero de 1999 dejó de prestarse el servicio Info Vía y que todos los usuarios de este servicio (entre ellos CTV y JET) fueron migrados al servicio Info Vía Plus. TDE declara que en la actualidad CTV y JET disfrutan del mismo acceso a la información que cualquier otro PSI, a través del servicio Info Vía Plus, en su modalidad **Info Vía Plus Directo**.

Por otra parte TDE declara que la firma del contrato de remuneración por tráfico inducido, está asociada a los servicios Info Vía Plus, sin que se haga ninguna distinción entre las diferentes modalidades del servicio. Por lo tanto, TDE concluye manifestando que CTV y JET tienen derecho a la conclusión de un contrato de tráfico inducido.

SÉPTIMO: Alegaciones de CTV y JET.

Con fecha 31 de octubre de 2000, CTV y JET presentan dos alegaciones:

-en primer lugar y sobre el perfeccionamiento del contrato, los interesados reiteran la declaración contenida en el escrito inicial en la que manifiestan que con fecha 12 de mayo TDE recibió la aceptación del contrato



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de remuneración. No obstante, para el caso en que la Comisión no considere acreditado dicho extremo, los interesados proponen como fecha el 11 de agosto, día en el que tuvo lugar la entrada en la CMT del escrito de solicitud y que por lo tanto debe considerarse fecha de aceptación. Por último, los interesados proponen que se utilice, para determinar el perfeccionamiento del contrato entre ausentes, la teoría de la emisión de la aceptación de acuerdo con el art. 54 del Código de comercio y teniendo en cuenta que la relación contractual es mercantil.

-en segundo lugar, los interesados señalan que aun no existiendo un perfeccionamiento del contrato, CTV y JET tenían derecho a la retribución desde que TDE firmara con Terra el 15 de septiembre de 1999 el primer acuerdo al respecto ya que, de lo contrario, TDE estaría discriminando.

OCTAVO: Alegaciones de TDE.

El día 30 de octubre, TDE señala que conforme a la cláusula 4.3 del contrato de remuneración por tráfico inducido, es conditio sine qua non para la percepción de la retribución “mantenerse al corriente del pago de los servicios Info Vía” y que por lo tanto no se puede firmar un contrato de retribución con quienes le debe conjuntamente 457 millones de pesetas. TDE alega que está facultada para resolver el contrato.

El 22 de noviembre, TDE se reitera en sus alegaciones anteriores y añade que CTV Y JET fueron absorbidas por LINCE, que posteriormente se escindió quedando su actividad relativa a la provisión de acceso a internet en manos de Wanadoo. En estas circunstancias, se ha producido una cesión del contrato no autorizada por TDE por lo que está autorizada a resolver el contrato de prestación del servicio Info Vía por incumplimiento contractual.

NOVENO: Escrito de Wanadoo.

Con fecha 15 y 17 de noviembre, Wanadoo remite a la Comisión la documentación autenticada de la fusión por absorción de CTV y JET por Lince mediante escritura pública de 25 de septiembre de 2000, inscrita en el Registro Mercantil el 27 del mismo mes, así como de escisión parcial de Lince mediante segregación de los activos y pasivos de la misma relativos al negocio de internet referido al gran público (residencial y profesional, que incluye, de acuerdo con el proyecto de escisión, el negocio desarrollado por CTV y JET hasta su absorción por Lince), transmitidos en bloque a Wanadoo España S.L.. Dicha escisión se eleva a escritura pública el 25 de septiembre de 2000 e inscribe en el Registro Mercantil el 27 del mismo mes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1.- Habilitación competencial de la CMT para intervenir en el presente Procedimiento.

De conformidad con el artículo 1.dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/1997), la CMT tiene por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector. Las mismas previsiones están contenidas en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, el Reglamento de la CMT), aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

Para el cumplimiento de ese objeto, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de determinadas funciones, entre otras :

(i). artículo 1.dos.2.c) : velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso situaciones discriminatorias.

(ii). artículo 1.dos.2.f) 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 suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios.

(iii). artículos 11.dos y 13 de la LGT; artículo 7 de la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las autorizaciones generales: conocer de los supuestos de incumplimiento de las condiciones impuestas en los títulos habilitantes de referencia.

Para una mejor determinación de las competencias que se ejercen es necesario considerar dos premisas básicas:

-que el contenido de la relación jurídica que vincula a CTV y JET con TDE es la prestación de un servicio de telecomunicación de transmisión de datos de este último a aquellos. Este servicio se presta al amparo de una autorización de tipo C y va destinado a otros operadores que lo usan para la prestación a sus clientes del servicio de provisión de acceso a internet.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-que en la prestación de servicios de telecomunicación el artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que su oferta a terceros en régimen de libre competencia debe someterse a los principios de objetividad y no discriminación.

En estas circunstancias, la posibilidad de que TDE⁴ trate de forma desigual y no justificada a los diferentes proveedores de acceso a internet (en adelante PSIs) a los que presta el servicio es un supuesto que afecta al correcto funcionamiento de un mercado de las telecomunicaciones, en este caso el de los PSIs, cuya salvaguarda corresponde a esta Comisión de acuerdo con el ya citado art. 1.dos.2 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones. En este caso, no es necesario valorar si la posición de TDE es o no dominante y si se produce un abuso. La ley le obliga a no discriminar con independencia de que sea o no dominante. Por lo tanto, el objetivo es velar por que, vinculada por el principio de no discriminación TDE ofrezca lo mismo a todos los PSIs que se encuentren en idéntica situación objetiva, sin dilatar o retrasar el momento de hacer efectiva la oferta. De lo contrario, se produciría una perturbación en el normal funcionamiento del mercado en libre competencia en la que todos los operadores deben desplegar sus actividades en igualdad de condiciones y sometidos a las mismas reglas de juego. Si en el mercado de proveedores aquellos que acuden a TDE para la conexión al servicio de acceso a información reciben, sin razón objetiva, condiciones económicamente distintas, estos operadores no están concurriendo en el mercado en las condiciones de igualdad con las que se ha querido que compitiesen de acuerdo con la Ley

II.2. Derecho a la retribución por tráfico inducido.

TDE reconoce la existencia de una oferta de remuneración por tráfico inducido asociada a la prestación de los servicios Info Vía Plus en cualquiera de sus modalidades. Esta oferta se configura, no obstante, de forma separada a la contratación del servicio de Info Vía, de manera que es posible que este contrato asociado se firme a posteriori. En estas circunstancias no se produce discriminación por el hecho de que, desde el momento en el que TDE ofrece esta remuneración con carácter general, sólo la aplique a los que expresamente la han solicitado. TDE cumple con su obligación de no discriminación al ofrecer a todos los que se encuentran en idéntica situación la posibilidad de firmar un contrato por tráfico inducido. Si los interesados no

⁴ Dentro del segmento de servicios de datos que se prestan a PSIs tanto para el acceso a internet como para conectarse con sus clientes, TDE presta el servicio a un 69% de los PSIs y mantiene una cuota del 90% si nos atenemos al número de minutos cursados (datos del informe anual elaborado por la CMT para 1999)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aceptan la oferta o lo hacen más tarde por voluntad propia, este retraso se debe exclusivamente a la libre voluntad de la otra parte.

TDE reconoce que CTV y JET tienen derecho a contratar la remuneración por tráfico inducido puesto que gozan de la relación contractual previa a la que necesariamente debe asociarse el nuevo contrato: los servicios Info Vía Plus⁵. Sin embargo, el contrato no se ha formalizado por no existir a juicio de TDE una confluencia de la oferta y la demanda –aspecto este que se analizará en el fundamento siguiente- si bien a lo largo del procedimiento y fundamentalmente tras el trámite de audiencia en el que ya es patente la voluntad de CTV y JET⁶ de contratar la remuneración por tráfico inducido, TDE esgrime otros argumentos que a su juicio impiden la firma:

*la existencia de una deuda a TDE por parte de CTV y JET (este argumento se considera en el apartado II.4) y

*La cesión no autorizada de los servicios recibidos por parte de CTV y JET a Lince y posteriormente a Wanadoo por los sucesivos procesos de fusión por absorción y escisión parcial (analizado en el apartado II.5).

II.3. Perfeccionamiento del contrato de remuneración de tráfico inducido.

En el trámite de audiencia se ponía de manifiesto que el contrato de remuneración se entendería perfeccionado desde la fecha de notificación del mencionado trámite salvo que se recibiera algún documento o alegación nueva que acreditara que el perfeccionamiento se ha producido antes. Esta última circunstancia es la que se ha producido, tal y como queda reflejado a continuación.

En la solicitud de intervención de CTV y JET a esta Comisión, con entrada en la misma el día 11 de agosto de 2000, los mencionados operadores solicitaban de esta Comisión que procediera a obligar a TDE a suscribir con ambos “el correspondiente contrato de remuneración por tráfico en las mismas

⁵ Este reconocimiento se produce en la parte final del expediente puesto que en un principio TDE sostiene que este derecho no corresponde a CTV y a JET por no disponer estos de un contrato de servicios Info Vía Plus sino tan sólo de “Info Vía”, al que no se asocia esta posibilidad, obviando en sus primeras alegaciones que este servicio que originalmente prestó se había reconducido con posterioridad al servicio Info Vía Plus.

⁶ Las partes reconocen expresamente haber iniciado conversaciones para firmar el acuerdo con carácter retroactivo tras el trámite de audiencia del presente procedimiento, razón por la que pidieron una ampliación del plazo para contestar con la esperanza de resolver el problema sin que fuera necesaria la intervención de la CMT. Estas conversaciones se rompieron precisamente por esgrimir TDE nuevas razones para impedir la firma del contrato de remuneración por tráfico inducido.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones que haya ofrecido a TERRA y que, salvo prueba en contrario, entendemos es el que se adjunta en Anexo 1 a este escrito”.

Este acuerdo es idéntico en contenido al que desde febrero de 2000 asegura estar suscribiendo TDE, y que este operador presenta como anexo en su escrito de 18 de septiembre de 2000.

En consecuencia, existen los requisitos exigidos por el artículo 1261 del Código Civil: consentimiento, objeto cierto y causa. En efecto, siendo claro que el objeto es cierto, en tanto que ambas partes presentan el mismo acuerdo, en el cual es clara también la causa de las obligaciones, en el presente procedimiento queda manifiesto el consentimiento de las partes respecto al mismo. La cuestión es tan solo, por tanto, en qué momento se puede considerar producido el consentimiento y, en consecuencia, la perfección del contrato. De igual modo, desde el momento en que se entienda perfeccionado el contrato, se entienden nacidas las obligaciones derivadas del mismo, tal y como establece el artículo 1278 del Código Civil.

CTV y JET mantienen que la relación que les une a TDE es de naturaleza mercantil -extremo este que no niega esta Comisión- y que a la hora de considerar perfeccionado el contrato entre ausentes debe aplicarse la teoría de la emisión y no la de la cognición de la aceptación. Este razonamiento se ampara en que el art. 54 del Código de Comercio⁷ recoge esta aplicación frente al art.1262 párrafo segundo del Código Civil que se esgrime en el trámite de audiencia. La teoría de la emisión supone que frente a una oferta aceptada entre ausentes la perfección del contrato se produce, no ya cuando el ofertante recibe la aceptación sino cuando la otra parte contesta aceptando la oferta. Por tanto, en tanto que la relación es mercantil, parece adecuado aplicar la teoría de la emisión que regula el Código de Comercio

En este sentido, la confluencia de la oferta y de la aceptación se entiende producida el día 11 de agosto de 2000, puesto que la propia TDE admite que el modelo presentado por CTV y JET es el que viene utilizando desde febrero de 2000, y que opera por tanto como oferta desde aquél momento, en la medida en que reconoce el derecho a su suscripción en sus términos literales a todos los contratantes de su servicio Infovía Plus. En consecuencia, la fecha del perfeccionamiento, de acuerdo con la citada teoría de la emisión, es el día 11 de agosto, cuando consta de modo fehaciente la voluntad de aceptación de CTV y JET. Es más, la propia TDE admite

⁷ “los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

implícitamente como fecha de la aceptación de CTV y JET el día 11 de agosto de 2000⁸.

En el trámite de audiencia, CTV y JET vuelven a plantear que el perfeccionamiento del contrato objeto de controversia se ha producido antes: el 12 de mayo de 2000, fecha en la que le envió firmado el contrato de remuneración de tráfico inducido a TDE, produciéndose por lo tanto la aceptación de la oferta. Sin embargo y como ya quedó puesto de relieve tanto en los antecedentes de hecho como en la audiencia, TDE no tiene constancia del contrato que supuestamente JET-CTV enviaron a aquella con fecha 12 de mayo aceptando un modelo de oferta presentado por TDE. En relación con este punto, la única prueba que aportan los solicitantes es un albarán que tan sólo demuestra que con dicha fecha se realizó un envío de CTV-JET a “Telefónica Grandes Clientes”, sin que en ningún sitio conste cual era el contenido del envío y si este lo recibió TDE. Por otra parte, TDE niega haber recibido dicho contrato firmado. En consecuencia, no existe constancia de la emisión por CTV y JET de su aceptación a la oferta de contrato de retribución de tráfico inducido que TDE realiza con carácter general a todos los suscritos a su servicio Infovía Plus.

En estas circunstancias, queda por formalizar **por escrito** el contrato que de acuerdo con las circunstancias de hecho enumeradas se perfecciona el 11 de agosto. Esta actuación, a juicio de esta Comisión, ofrece mayor seguridad jurídica a los contratantes y permite a la Comisión tener un conocimiento exacto del contenido de la relación y por lo tanto ejercer en el futuro sus obligaciones de velar por el correcto funcionamiento del Mercado con el objeto, en el caso concreto, de comprobar si esta relación contractual no presenta diferencias discriminatorias con respecto a otras que se hayan concertado con otros proveedores.

En este sentido, esta Comisión se ha percatado de la introducción de ligeras modificaciones al modelo de oferta que TDE presenta en sus alegaciones de 22 de noviembre al trámite de audiencia con respecto a aquel sobre el que las partes acordaron previamente, siendo este último coincidente con el que TDE firmó con TERRA. En consecuencia, el perfeccionamiento del contrato se produce con respecto al primer modelo presentado, aceptado el 11

⁸ En efecto, en sus alegaciones de 30 de octubre de 2000, con entrada en esta Comisión ese mismo día, TDE adjunta una propuesta de la propia TDE de “Acuerdo Transaccional” en cuya estipulación Primera incluye que el contrato de retribución por tráfico inducido tendría *“efectos al mes de agosto de 2000”*. Igualmente, en sus alegaciones de veinte de noviembre de 2000 al trámite de audiencia convocado en el procedimiento de referencia, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 22 de noviembre, adjunta TDE su propuesta de cartas de desistimiento en la que, aceptando idéntica expresión en las propuestas que le habían previamente remitido CTV y JET, se expone “la conformidad de TELEFÓNICA DATA ESPAÑA, S.A.U. en la suscripción de dicho contrato de retribución por tráfico inducido, *con efectos desde la fecha de su solicitud, 11 de agosto de 2000*”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de agosto tal y como se ha expuesto anteriormente, y no respecto al modificado presentado posteriormente.

II.4- De la deuda contraída por CTV y JET.

TDE declara que, de forma conjunta, CTV y JET deben a TDE por los servicios prestados de Info Vía Plus la cantidad de 457 105 409 pesetas⁹ y que la cláusula 4.3 del contrato de retribución por tráfico inducido relativo a las obligaciones del cliente señala que *“debe mantenerse al corriente del pago de los servicios InfoVía plus”*.

Este argumento no constituye un obstáculo para que se perfeccione el contrato. Tan sólo establece que, estar al corriente de los pagos que se deriven de los servicios Info Vía plus, constituye una obligación de la otra parte y en su defecto TDE podrá resolver el contrato de remuneración. Ahora bien, para resolverlo primero tiene que existir el contrato de remuneración y mientras no lo resuelva, el contrato existe y la remuneración por tráfico inducido tiene lugar. Estar al corriente de los pagos no constituye un requisito para acceder al contrato de remuneración sino que constituye una obligación de la otra parte una vez que el contrato esté efectivamente perfeccionado y su incumplimiento, como hemos visto, no conlleva automáticamente la resolución del mismo.

II.5- De la fusión por absorción de CTV y JET por Lince y de la escisión parcial de Lince mediante segregación de los activos y pasivos de la misma relativos al negocio de internet transmitidos en bloque a Wanadoo España S.L..

II.5.1 Naturaleza universal del título.

Los ordenamientos que han acogido de modo positivo la figura de la fusión por absorción y escisión societaria han adoptado la técnica de la sucesión a título universal. En efecto, así se establece de modo expreso en el art. 233.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), que define el desplazamiento patrimonial en bloque correspondiente a la fusión como adquisición por sucesión universal. En esta misma línea se sitúa el art. 252.1.b. de la LSA relativo al concepto de escisión, el cual utiliza la expresión de traspaso en bloque para referirse a la atribución patrimonial que opera la escisión.

A través de la adquisición a título universal de las partes patrimoniales segregadas o absorbidas, las sociedades beneficiarias sustituyen (suceden) a la sociedad escindida tanto en sus posiciones activas (bienes y derechos),

⁹ Este extremo no ha sido acreditado y por ser irrelevante, como se verá, a los efectos de la resolución, no se ha considerado oportuno contrastar la información.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como también en las posiciones deudoras (obligaciones) frente a los acreedores de la sociedad escindida o absorbida.

En la sucesión universal la transmisión del conjunto de relaciones jurídicas - con sus diferentes significaciones - se realiza como un todo, como una unidad, cuya cohesión a efectos traslativos deriva del efecto unificador que impone la especial naturaleza del título jurídico de transmisión, y no simplemente una vinculación circunstancial económica o práctica de los elementos transmitidos. La Ley sujeta una masa determinada de bienes a un mismo régimen jurídico de transmisión, para conseguir en este caso la finalidad de su transmisión conjunta y *uno actu*.

II.5.2 Posición jurídica del adquirente (sucesor) y objeto de adquisición.

Las sociedades sucesoras sustituyen a la sociedad escindida o absorbida en la misma posición jurídica que ésta ostentaba respecto de las relaciones jurídicas que constituyen la parte del patrimonio transferida. No se trata, por tanto, de una modificación novatoria de la relación con persistencia del objeto. Se trata más bien de la continuación por las sociedades escisionarias o absorbentes de las mismas relaciones jurídicas existentes en cabeza de la escindida o absorbida, produciéndose su sustitución en el objeto, condiciones, garantías y excepciones que las conformaban. Aquí el derecho u obligación subsiste en la adquirente en virtud del mismo título jurídico por el que pertenecía al titular sucedido. Ello explica que la sociedad sucesora adquiera relaciones que, de otro modo, no podrían traspasarse, como créditos o bienes sometidos a pacto de prohibición de disponer; la permanencia de las garantías de las obligaciones adquiridas; la continuación de la situación posesoria; o las situaciones procesales de las relaciones traspasadas. Las relaciones transferidas a las sociedades beneficiarias de la escisión mantienen así la misma disciplina del título originario en la sociedad escindida.

II.5.3 Conclusiones.

Si bien se produce a lo largo del procedimiento administrativo que culmina la presente resolución, una extinción sobrevenida de CTV y JET, como consecuencia de su fusión por absorción con Lince y posteriormente esta última mediante escisión parcial segrega y transmite a Wanadoo la rama de actividad de internet que incluye las actividades que en su día prestaban CTV y JET, jurídicamente y frente a terceros, en este caso TDE, estos acontecimientos no modifican la relación existente. Wanadoo sustituye a Lince y esta a su vez sustituyó a CTV Y JET en todas las relaciones jurídicas imputables al sujeto sustituido- incluido el ejercicio de la acción ante la Administración-.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, argumenta TDE que está facultada para resolver el contrato de Info Vía con CTV y JET por incumplimiento de la cláusula que obliga a que cualquier cesión del servicio sea previamente autorizada por TDE. Sin embargo TDE no ha ejercido en ningún momento la facultad de resolución por lo que sigue surtiendo efectos el contrato de Info Vía y por lo tanto es posible el perfeccionamiento del contrato de remuneración vinculado a aquel. Por último y aunque no es relevante para la resolución de este expediente, las sucesiones universales que se produce como consecuencia de la fusión por absorción y la escisión no pueden considerarse cesiones por lo que no sería necesaria la autorización previa de TDE para que tengan lugar.

Vistos los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO: La perfección del contrato de remuneración por tráfico inducido entre TDE y Wanadoo (por las sucesiones a título universal de Lince respecto de CTV Y JET y de Wanadoo respecto de Lince) ha tenido lugar, de acuerdo con los antecedentes y fundamentos que figuran en la presente Resolución, el 11 de agosto de 2000, y con respecto al modelo y tarifas acordadas por TDE con TERRA, por lo que se insta a TDE para que proceda a su formalización por escrito en el plazo de un mes desde la recepción de la presente resolución. Las partes contratantes deberán enviar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una copia del contrato en un plazo de 5 días desde su formalización.

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



COMISIÓN 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

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes